

**Mala Direta
Postal**

9912297003/2012-DR/MG
PGJ

///CORREIOS///

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mpmg.mp.br/dejure

Carlos Augusto de Oliveira Diniz
Carolina Costa Val Rodrigues
Daniel Guimarães Gonçalves
Elder Gomes Dutra
Érica Verícia Canoto de Oliveira Veras
Estefânia Naiara da Silva Lino
Felipe Faria de Oliveira
Fernanda Almeida Lopes
Gleisson de Campos
Isaac Sabbá Guimarães
Juan Sebastián Lloret
Marco Aurélio Nogueira
Nathália Macedo Antunes
Rafaela Marjorie de Oliveira Caterina
Rafael Teodoro
Ricardo Ferreira Sacco
Rosânia Rodrigues de Sousa

jul. | dez. 2013
ISSN n.º : 1809-8487
vol. 12

21

Revista Jurídica De Jure

www.mpmg.mp.br/dejure

Carlos Augusto de Oliveira Diniz
Carolina Costa Val Rodrigues
Daniel Guimarães Gonçalves
Elder Gomes Dutra
Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras
Estefânia Naiara da Silva Lino
Felipe Faria de Oliveira
Fernanda Almeida Lopes
Gleisson de Campos
Isaac Sabbá Guimarães
Juan Sebastián Lloret
Marco Aurélio Nogueira
Nathália Macedo Antunes
Rafaela Marjorie de Oliveira Caterina
Rafael Teodoro
Ricardo Ferreira Sacco
Rosânia Rodrigues de Sousa

jul. | dez. 2013

ISSN n.º : 1809-8487

vol. 12

21

jul. | dez.
2013



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.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31) 3330-8179

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brazil
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.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. 12, n. 21 (jul./dez. 2013). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2013.

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 RIQUEIRE LO SCAMBIO
PIDEJE CANJE

ERRATA: V. 12, edição n. 20, p. 103. Onde se lê “artigo enviado em...”, leia-se “artigo aprovado em...”.

Linha Teórica:

A *Revista De Jure* foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar 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 philosophy pluralist, transdisciplinary and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

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

**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 biannual technical-scientific journal that has been published 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 scientific 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; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; 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). A *Revista De Jure* recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. 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; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. *De Jure* is distributed by means of exchange or donation only.

DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

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 Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Tereza Cristina Santos Barreiro

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 Bergson Cardoso Guimarães, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)

Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre
(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 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. 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 Autónoma de México, México)

Prof. Dr. Eduardo Martínez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)

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. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itáua, Brasil)

Prof.ª Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora 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)

Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)

Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor 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)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. João Cancio de Mello Junior (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, 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 (Centro Universitário Newton Paiva, Brasil)
Esp. Luciano Coelho de Ávila (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 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)
Prof. Me. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemire Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

EDITORACÃO

Alessandra de Souza Santos
Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

REVISÃO

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Renato Felipe de Oliveira Romano
Arthur Almeida Passos (estágio supervisionado)
Nayara Garófalo e Santos (estágio supervisionado)

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Promotor de Justiça Marcos Pereira Anjo Coutinho, Especialista (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Promotor de Justiça Eduardo Sens dos Santos, Especialista (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil)
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho (Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brasil)
Prof. Me. Ricardo Ferreira Sacco (Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC, Brasil)

DE JURE - JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

ATTORNEY-GENERAL

Carlos André Mariani Bittencourt - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Luciano Luz Badini Martins

PEDAGOGICAL COORDINATOR 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 Danielle de Guimarães Germano Arlé

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

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 Bergson Cardoso Guimarães, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA

(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 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. 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 Autónoma de Mexico, Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Alvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamín, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itáúna, Brazil)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA, Brazil

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA, Brazil

Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná - Brazil)

Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD, Brazil

Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Desembargador João Cancio de Mello Junior, MA (Judge of the Superior Court of the State of Minas Gerais, Brazil)
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA, Brazil
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD, Brazil
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)
Prof. Leonardo Silva Nunes, MA (Centro Universitário Newton Paiva, Brazil)
Distrito Federal e Territórios Prosecutor Luciano Coelho de Ávila, BA, Brazil
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, 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 (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, MA, Brazil
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

EDITING

Alessandra de Souza Santos
Helena Carvalho Moysés
João Paulo de Carvalho Gavidia

PROOF READING

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
Josane Fátima Barbosa
Renato Felipe de Oliveira Romano
Arthur Almeida Passos (intern)
Nayara Garófalo e Santos (intern)

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

State Prosecutor Marcos Pereira Anjo Coutinho, BA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)
State Prosecutor Eduardo Sens dos Santos, BA (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil)
Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, MA (Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brazil)
Prof. Ricardo Ferreira Sacco, MA (Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC, Brazil)

PREFÁCIO

É com imensa alegria que chegamos à edição nº 21 da *Revista De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Por meio da publicação de artigos doutrinários e de comentários à jurisprudência continuamos perseverantes quanto ao objetivo de disseminar o conhecimento nas mais distintas áreas do Direito. Os artigos trazem discussões e pontos de vista sobre questões atuais e os comentários à jurisprudência apresentam decisões recentes dos tribunais pátrios acompanhadas da opinião dos comentaristas.

Na seção de Doutrina Internacional, a revista traz um estudo do professor argentino Juan Sebastián Lloret, no qual apresenta o sistema de proteção ambiental argentino e a importância do Ministério Público como instrumento de proteção.

No espaço reservado à Doutrina Nacional, há o interessante artigo do Promotor de Justiça de Santa Catarina, Isaac Sabbá Guimarães, intitulado 'Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade', que trata das transformações que se sucederam na teoria do Estado e, principalmente, na democracia, como consequência da globalização e das manifestações políticas transnacionais.

Já na seção de Diálogo Multidisciplinar, há um artigo escrito em coautoria por Gleisson de Campos e Rosânia Rodrigues de Sousa, cujo tema é o trabalho prisional como eixo de reintegração social. Este estudo mostra a experiência do projeto 'Liberdade com dignidade' sob a ótica dos próprios detentos.

A revista conta também com outros artigos e comentários à jurisprudência das variadas áreas do Direito divididas nas seguintes seções: Penal, Civil, Coletivo, Constitucional e Administrativo.

Gostaríamos de tornar público que estamos implantando o novo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER). Este sistema, recomendado pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), contempla ações essenciais à automação das atividades de editoração de periódicos científicos, o que permite uma melhoria na avaliação da qualidade dos periódicos e maior rapidez no fluxo das informações. O SEER possibilita ainda a melhoria da disseminação, divulgação e preservação dos conteúdos das revistas através da adoção de padrões editoriais internacionais para periódicos *on line* integralmente eletrônicos.

Os autores interessados em colaborar com a *Revista De Jure* mediante o envio de artigos doutrinários e de comentários à jurisprudência deverão, a partir de agora, cadastrar-se no SEER, o qual pode ser acessado no *link* <www.mpmg.mp.br/dejure>. Salientamos que o sucesso de nossas edições deve-se à eminente colaboração de membros e servidores dos Ministérios Públicos de Minas e dos demais estados, de juristas, professores e de estudantes que nos enviam seus trabalhos para publicação.

Boa leitura!

LUCIANO LUZ BADINI MARTINS

Promotor de Justiça

Diretor do Centro de Estudos e

Aperfeiçoamento Funcional do

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APRESENTAÇÃO

Chegamos à 21ª edição da *Revista De Jure!*

Cada vez mais nos empenhamos para fornecer aos nossos leitores um útil material de referência e consulta no campo das ciências jurídicas e afins. A equipe de produção editorial continua trabalhando pela busca constante da excelência e do devido reconhecimento deste periódico no cenário acadêmico.

Ressaltamos que a revista vem passando por constantes melhorias, como por exemplo, a implantação do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER). Esperamos que estas inovações ajudem a aumentar a nota de qualificação da De Jure na QUALIS/CAPES e que ela seja inserida nos critérios da Rede de Revistas Científicas da América Latina, do Caribe, Espanha e Portugal (Redalyc), cujo objetivo fundamental é a divulgação da atividade científica na América Latina. Justifica-se este esforço de aperfeiçoamento, uma vez que as revistas que fazem parte da base de dados da Redalyc são destaque junto à comunidade acadêmica latino-americana.

Para atender aos parâmetros internacionais de qualidade editorial,

os artigos enviados à *Revista De Jure* devem ser, obrigatoriamente, inéditos. Os trabalhos recebidos são submetidos à revisão cega de pares, junto ao Conselho Editorial, e somente publicados se considerados aptos. Com este empenho que apresentamos a edição nº 21, com o primor esperado, mantendo sempre seu caráter pluralista e multidisciplinar.

Despeço-me deixando o convite para que continuem contribuindo com a nossa De Jure, por meio do envio de artigos doutrinários e de comentários à jurisprudência. Essa participação é o que reforça a posição da revista como espaço legítimo de disseminação de ideias e de discussão acadêmica.

CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT
Procurador-Geral de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA DINIZ

Professor colaborador na disciplina “Mecanismos Processuais de Defesa dos Direitos Humanos Individuais e Sociais”, do curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (Unidade Universitária de Paranaíba -MS). Docente Convocado / Temporário do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (Unidade de Paranaíba-MS). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS (2008). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Araçatuba-SP (UNITOLEDO) na Área de Concentração: Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito; Linha de Pesquisa Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos (2011). Doutorando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3127802813505867>>.

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

DANIEL GUIMARÃES GONÇALVES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo (2005).

ELDER GOMES DUTRA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor no Programa de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada (IEC) e na Faculdade Mineira de Direito - unidade Betim, ambos da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor de Direito Ambiental na Fundação Comunitária Educacional e Cultural de João Monlevade (FUNCEC)

e do Curso DPC - Concursos Jurídicos. Graduado em Direito pela PUC Minas (2008). Pós-Graduado em Direito Público pelo IES CEAJUFE (2009). Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pela Anhanguera / LFG (2013). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2012).

ÉRICA VERÍCIA CANUTO DE OLIVEIRA VERAS

Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Núcleo de Apoio à Mulher Vítima de Violência Doméstica – NAMVID. Professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1996). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2006).

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO

Advogada. Professora na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Graduada em Administração pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2006) e em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2007). Especialista em auditoria e planejamento tributário. Mestre em Direito pelo Centro universitário Toledo (2011). Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5563702005484074>>.

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor. Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix em convênio com o Praetorium, e em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes em convênio com o Praetorium.

GLEISSON DE CAMPOS

Analista Executivo de Defesa Social - Psicólogo da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS/MG) e Coordenador do Setor Psicossocial (PPJSA). Graduado em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Segurança Pública e Justiça Criminal (Pós-Graduação *lato sensu*) pela Fundação João Pinheiro – MG.

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Doutor em Direito pela Universidade Degli Attuali di Perugia (Itália). Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal).

JUAN SEBASTIÁN LLORET

Secretário Relator especializado em ambiente e interesses difusos da Procuradoria-Geral do Ministério Público de Salta, Argentina. Mestre.

MARCO AURÉLIO NOGUEIRA

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor adjunto da Universidade Federal de Uberlândia. Professor titular da Universidade Presidente Antônio Carlos - Araguari/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1989). Mestre (1996) e Doutor (2005) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

NATHÁLIA MACEDO ANTUNES

Advogada. Graduada em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC).

RAFAELA MARJORIE DE OLIVEIRA CATERINA

Advogada. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

RAFAEL TEODORO

Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Pará. Ex-Advogado. Ex-Analista Judiciário. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Constitucional, Direito Tributário e Ciências Penais pela Universidade Uniderp/Anhanguera.

RICARDO FERREIRA SACCO

Professor de Hermenêutica e de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no curso de Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC), e de Direito Administrativo no Curso de Formação de Oficiais do Centro de Ensino e de Graduação da Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG). Servidor efetivo (Revisor) no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Colaborador do Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais como Revisor *ad hoc* da *Revista De Jure* - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9395024396518657>>.

ROSÂNIA RODRIGUES DE SOUSA

Pesquisador pleno da Fundação João Pinheiro. Docente na Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Tem experiência na área de Psicologia, com ênfase em Fatores Humanos no Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: segurança pública, trabalho, cultura organizacional, subjetividade e treinamento. Graduada em Psicologia pela Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC (1985). Mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999). Doutora em Psicologia Social do Trabalho e das Organizações pela Universidade de Brasília (2009).

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • Ensaio

21 | 67 EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL ARGENTINO Y EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN

THE ARGENTINIAN SYSTEM OF ENVIRONMENTAL LIABILITY AND MINISTERIO PÚBLICO FISCAL AS A PROTECTION INSTRUMENT

Juan Sebastián Lloret

Doutrina Nacional • Artigo

68 | 96 GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E OS CONTORNOS DE UMA DEMOCRACIA DA PÓS-MODERNIDADE

GLOBALIZATION, TRANSNATIONAL MANIFESTATION AND THE DRAWING OF THE POSTMODERN DEMOCRACY

Isaac Sabbá Guimarães

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

97 | 131 TRABALHO PRISIONAL COMO EIXO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL: A EXPERIÊNCIA DO PROJETO "LIBERDADE COM DIGNIDADE" PELA ÓTICA DOS PRESOS

PENAL LABOUR AS THE AXIS TO SOCIAL REINTEGRATION: THE EXPERIENCE OF THE PROJECT "LIBERTY WITH DIGNITY" IN THE VIEW OF THE PRISONERS

*Gleisson de Campos
Rosânia Rodrigues de Sousa*

2 DIREITO PENAL

Artigo

135 | 177 **A**RELAÇÃO ENTRE A MULTIPLICIDADE DE GRAUS DE JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL

THE RELATION BETWEEN MULTIPLE LEVELS OF JURISDICTION AND EFFECTIVENESS OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Marco Aurélio Nogueira

Comentário à Jurisprudência

178 | 207 **A**S HIPÓTESES DE PRISÃO PREVENTIVA DA LEI MARIA DA PENHA NA AVISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Érica Verícia Canuto de Oliveira Veras

3 DIREITO CIVIL

Artigo

211 | 247 **D**A IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO. UMA PROPOSTA DE RELEITURA DA ATIVIDADE COGNITIVA ADEQUADA AO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

DISMISSAL OF THE INJUNCTION REQUEST, A PROPOSITION OF REINTERPRETATION OF THE COGNITIVE ACTIVITY WHICH IS ADEQUATE TO DEMOCRATIC PROCEDURE LAW

*Elder Gomes Dutra
Rafaela Marjorie de Oliveira Caterina*

Comentário à Jurisprudência

248 | 259 **D**A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL E A POSSIBILIDADE DE CUMULAR A REPARAÇÃO NATURAL COM A INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA

Carolina Costa Val Rodrigues

4 DIREITO COLETIVO

Artigo

263 | 298 ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DA COISA JULGADA DIANTE DA TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS

THE RES JUDICATA BEHAVIOR IN THE PRESENCE OF THE PROTECTION OF INDIVIDUAL AND COLLECTIVE INTERESTS

Daniel Guimarães Gonçalves

Comentário à Jurisprudência

299 | 313 O SISTEMA MUNICIPAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM PARANAÍBA (MS): PODER DE POLÍCIA E TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR

*Carlos Augusto de Oliveira Diniz
Estefânia Naiara da Silva Lino*

5 DIREITO CONSTITUCIONAL

Artigo

317 | 339 O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: A TENSÃO ENTRE A ATUAÇÃO PREVENTIVA E A AUTONOMIA INSTITUCIONAL

RESOLUTIVE PUBLIC MINISTRY: THE TENSION BETWEEN PREVENTIVE ACTION AND INSTITUTIONAL AUTONOMY

Felipe Faria de Oliveira

Comentário à Jurisprudência

340 | 363 LEI DE DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ESTUDO SOBRE AS INCONSTITUCIONALIDADES POR OMISSÃO E O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NA ADO 24 MC/DF

Rafael Teodoro

6 DIREITO ADMINISTRATIVO

Artigo

367

407

AS APORIAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
NA RECLAMAÇÃO N° 2.138/DF NO QUE SE REFERE AOS
AGENTES POLÍTICOS ACUSADOS DE ATOS DE IMPROBIDADE

APORIA OF THE DECISION OF THE SUPREME COURT IN THE CLAIM N° 2.138/DF
CONCERNING POLITICAL AGENTS ACCUSED OF MISCONDUCT OF OFFICE

Nathália Macedo Antunes
Ricardo Ferreira Sacco

Comentário à Jurisprudência

408

417

DA RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM
PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS MUNICIPAIS PARA DELEGAÇÃO DO
SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS POR TÁXI

Fernanda Almeida Lopes

7

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES
WRITERS' GUIDELINES

421 **P**ORTUGUÊS

427 **E**NGLISH

1

Assuntos Gerais

Doutrina Internacional
Doutrina Nacional
Diálogo Multidisciplinar

**EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL
ARGENTINO Y EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN**

**THE ARGENTINIAN SYSTEM OF ENVIRONMENTAL
LIABILITY AND MINISTERIO PÚBLICO FISCAL
AS A PROTECTION INSTRUMENT**

JUAN SEBASTIÁN LLORET
Secretario Relator
Ministerio Público de Salta, Argentina
jslloret.ar@gmail.com

1. Introducción

La tarea de responsabilizarse ambientalmente no es cosa fácil. Responsabilizar a otro es tanto o más difícil aún. Pero a esta altura de la degradación se hace imperioso y por ello necesario: que tomemos conciencia y exijamos conciencia.

El breve conjunto de reflexiones que expondremos¹ se orientan a describir el grado alcanzado por el derecho y las instituciones argentinas, especialmente el Ministerio Público, para la efectividad plena del derecho al ambiente sano. A grandes rasgos describe el perfil de la normativa ambiental en este país, su estructuración como bien jurídico protegido y los alcances de los sistemas de responsabilidad penal, contravencional, administrativo, civil y ambiental para su protección y reparación.

Siendo Argentina un país de organización federal, y la materia ambiental una competencia fundamentalmente de los Estados provinciales, para comprender el sistema debemos conjugar un

¹ Algunas de estas ideas hemos planteado en Lloret (2013 e 2012).

análisis entre las previsiones nacionales y estatales, para lo cual usaremos el caso de la Provincia de Salta².

Finalmente cabe decir que este papel resulta ajustado en espacio por razones editoriales, y aunque breve, logrará su resultado si luego de este precario paneo descriptivo, el lector encuentra herramientas para realizar ulteriores abordajes de las problemáticas jurídico-ambientales de Argentina de una manera informada.

2. Ambiente. Definición normativa. Bien Jurídico Colectivo Protegido. Bases constitucionales

El Ambiente ha sido definido normativamente como el conjunto de factores bióticos y abióticos, que actúan sobre los organismos y comunidades ecológicas, determinando su forma y desarrollo. Son las condiciones o circunstancias que rodean a las personas, animales o cosas³. Además es un bien jurídico colectivo protegido:

- Bien: en tanto satisface una necesidad (vital, existencial);
- Jurídico: objeto material o inmaterial – de valor económico o no – que satisface necesidades del hombre ('recursos ambientales');

² Salta es una de las 23 provincias que forman la República Argentina. Está situada en la Región del Norte Grande Argentino al noroeste del país. Limita al norte con Jujuy y Bolivia, al este con Paraguay, Formosa y Chaco, al sur con Santiago del Estero, Tucumán y Catamarca y al oeste con Chile. Es la provincia argentina que más vecinos tiene, pues limita con seis provincias y tres países. Cubre 155.488 km², con una población de 1.215.207 habitantes (Censo año 2010). Como aspectos geográficos, se distinguen cuatro paisajes diferenciados, de oeste a este: Puna, en altura, clima árido, escasa cantidad de habitantes, y presencia de salinas y salares. Cordillera Oriental, con varios cordones montañosos y valles y quebradas, que es la zona más densamente poblada. Sierras Subandinas, que presenta un paisaje húmedo y selvático con frecuentes yungas, en donde se desarrolla un clima subtropical serrano. Llanura Chaqueña, que presenta un relieve bajo y un clima subtropical con estación seca, con biomas de bosque y monte, con baja densidad de población. La base de la economía está dada por cultivos industriales, la cría de ganado y la minería y la producción de hidrocarburos (petróleo, butano). Es una de las provincias menos industrializadas del país. Las pocas industrias existentes están directamente relacionadas con las actividades agrícola-ganaderas locales y las manufacturas locales con las actividades mineras. El turismo ha cobrado gran importancia, y se han abierto numerosos hoteles, algunos de gran categoría (cfr. Wikipedia, voz: "provincia de Salta").

³ Ver Ley n° 7070 de Protección del Medio Ambiente de la Provincia de Salta (PB.O. n° 15827 del 27/01/2000), Art. 3°. <http://www.diputadosalta.gov.ar/leyes/7070-htm.pdf>

-Colectivo: en tanto es “público, común, indivisible y normativo” pues pertenece a la esfera social del individuo, pero de manera difusa;

-Protegido: es un bien cuya responsabilidad por daño resulta estipulada bajo expresión constitucional en el Art. 41° de la Constitución de la Nación (-CN-) denominada “cláusula ambiental”⁴ y de la cual se extrae una prioridad imperativa de la prevención sobre la reparación.

Su regulación esencial también la encontramos en el Art. 43° CN⁵ y el Art. 124° *seg. párr.* CN⁶.

Para interiorizarnos rápidamente de cuáles son los elementos centrales que articulan o componen el sistema protectorio sobre este bien jurídico -que la propia cláusula describe como *el ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para satisfacer*

⁴ Constitución Nacional de la República Argentina, Ley n° 24430 (P.B.O. n° 28057 del 10/01/1995) <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> Art. 41°.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

⁵ CN, Artículo 43°.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

⁶ CN, Art. 124°.-...Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.

necesidades productivas actuales y de generaciones futuras-, podemos someramente “descomponer” el texto de la cláusula en “ejes”, todos los cuales resultan sumamente ilustrativos de los sub sectores a los que la regulación ambiental deberá prestar atención, los cuales son: -el daño ambiental y su recomposición; - el uso racional de los recursos naturales; -la preservación del patrimonio natural; -la preservación del patrimonio cultural; -la preservación de la diversidad biológica; -la actividad de la Autoridad para proveer protección ambiental; -la protección de la información ambiental; y -el tráfico de los residuos actual o potencialmente peligrosos y radioactivos.

Los términos expresados por la CN han llevado mayoritariamente a la doctrina a sostener que la cláusula reconoce un *derecho humano al ambiente sano*. Así lo hace la ley complementaria n° 7070 de protección del medio ambiente de la Provincia de Salta -en adelante LPA-⁷, explícitamente en su art. 8°.

Entonces, como un derecho fundamental más, integra las

facultades o prerrogativas de la persona o grupo social que, enmarcadas dentro del contexto del Estado de derecho, regulan la dignidad y la existencia misma de la persona humana, permitiendo a sus titulares exigir de la autoridad respectiva la satisfacción de sus necesidades básicas allí enunciadas [...] a ellos se deben corresponder instrumentos de tutela judicial o administrativa efectiva, que aseguren su vigencia, lo que implica incorporar a la definición el elemento de la garantía mínima eficaz que ofrece la temática del derecho procesal constitucional. (JIMÉNEZ, 2008, p. 9-10).

Concluyendo el punto, por su categoría de derecho fundamental, le es aplicable aquello que resulte atinente dentro de lo normado por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscriptos por la República Argentina.

⁷ Ley n° 7070 de Protección del Medio Ambiente de la Provincia de Salta (P.B.O. n° 15827, del 27/01/2000).

3. Regulación Ambiental Argentina. Esquema. Objetivos. Principios. Competencia. Incidencia colectiva

La materia ambiental posee un nivel de expansión y complejidad enorme, lo que obliga a la *intervención concurrente* de todos los órdenes de una estructura federal⁸, tal como prevé el párrafo tercero del art. 41° CN. El sistema constitucional ambiental da lugar, en primer término, a “pisos federales de regulación” (“los presupuestos mínimos de protección ambiental”⁹) que tienen como eje central a la Ley 25675 de Política Ambiental Nacional -en adelante LGA¹⁰-, y a las provincias y municipios “espacios de regulación complementaria”, que adicionan elementos normativos como expresión propia de su *poder de policía ambiental*, como en la LPA n° 7070, que citamos. Además, la indefinición material se despliega en materias tan diversas como la hídrica, del suelo, el urbanismo, la energía, el patrimonio cultural, las contrataciones del Estado o la sanidad pública. Por ello, su regulación armónica resulta un desafío tan complicado.

Caracteriza a la legislación ambiental que

[...] no se detiene en la regulación de un supuesto de hecho específico, [sino que]... pretende modificar la totalidad del sistema legal para hacerlo compatible con el sistema ecológico... Se fijan objetivos, valores, principios y luego se regulan procedimientos para lograrlos (LORENZETTI, 2008, p. 49),

hacia donde deben encaminar sus acciones los administradores, y cuál es el criterio orientativo de las decisiones judiciales¹¹.

⁸ Cf. (ESAÍN, 2008, p. 132).

⁹ LGA, Art. 6°.- Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.

¹⁰ Ley n° 25675 de Política Ambiental Nacional (P.B.O. n° 30036 del 28/11/2002). <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=79980>>.

¹¹ Cf. (LORENZETTI, 2008, p. 54).

El principio

[...] es un mandato de optimización, ya que ordena la realización de un valor en el nivel más pleno posible. El nivel óptimo de cumplimiento de un principio surge de un juicio de ponderación con otros principios competitivos. (LORENZETTI, 2008, p. 58).

Los principios ambientales argentinos más importantes¹² son el de Congruencia¹³, de Prevención¹⁴, de Precaución¹⁵, de Responsabilidad¹⁶ y del Desarrollo Sustentable¹⁷.

Por otra parte resulta obvio que, de conformidad al armado de concurrencias de los arts. 41° *párr. ter.* y 124° *parr. sgdo.* CN, la competencia ambiental es por regla la correspondiente a los Tribunales ordinarios (por el territorio, la materia o las personas). Por excepción la competencia será Federal, en tanto efectivamente se degrade o contamine recursos ambientales interjurisdiccionales¹⁸. Lógicamente

¹² LGA, Art. 4°.- La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios[...].

¹³ Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

¹⁴ Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

¹⁵ Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

¹⁶ Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

¹⁷ Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

¹⁸ LGA, Art. 7.- La aplicación de esta ley corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión

son atribuciones provinciales propias la regulación de las instituciones que hacen a la administración de justicia y de los procedimientos vinculados al acceso a justicia por cuestiones ambientales¹⁹.

Recordemos también que el dictado de normas de fondo, civiles, penales y de minería, son de competencia nacional²⁰, y los otros dos ámbitos relativos a nuestro actual enfoque del tema ambiental, el administrativo y el contravencional -a modo de regla no sin excepciones- son de atribución provincial, fruto del poder conservado para sí por los Estados que conforman la República²¹. Luego, los municipios o comunidades locales pueden ejercitar un poder administrativo regulador y sancionador, denominado comúnmente poder de policía municipal, en función del razonable ámbito de actuación que las constituciones y leyes provinciales le conceden²².

Los bienes ambientales no son apropiables exclusivamente, son supraindividuales. Sí lo son, en cambio, varios de sus micro bienes o componentes en forma individual (ej. la madera de un bosque, el fruto del suelo cultivable de una finca, una casa que presenta una estimable fachada arquitectónica o con gran importancia cultural, etc.). Por ello, la titularidad ambiental recae en cada miembro del grupo social, es decir que existe un interés generalizado sobre su goce y protección. Derivan entonces una multiplicidad de relaciones jurídicas equivalentes de ciudadanos, que no vinculan a un único ente portador del derecho subjetivo sino que su grupo de incidencia es mayormente indeterminado.

o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal.

¹⁹ LGA, art. 32°. - La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia...

²⁰ CN, Art. 75° inciso 12, sobre atribuciones del congreso nacional.

²¹ En tanto las provincias son preexistentes al estado federal, al que han dado lugar con sus pactos. Impone la CN en su Art. 121°.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

²² CN, Art. 5°.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

En el caso “Halabi” (CSJN; 332:111) la Corte Federal explica que puede reclamar en juicio *colectivamente* quien concurre por la afectación de un bien (como el ambiente o el patrimonio cultural o en general los bienes que caracterizan la calidad de vida) cuya afectación tendrá alcance de características difusas, expansivas, de contornos crecientes. Someramente, a los derechos o intereses difusos se los define como aquellos transindividuales e indivisibles, pertenecientes a personas indeterminadas unidas por circunstancias de hecho²³.

Estando entonces constitucionalmente previsto como un derecho de incidencia colectiva, que brinda respuestas subjetivas al interés difuso del ciudadano, el reclamo ante el daño ambiental antijurídico²⁴ le concierne, en primer lugar, a ese “afectado” difuso²⁵.

Esta voz jurídica de “afectado” está intencionalmente diferenciada de la noción de “damnificado”. Por supuesto, puede este último también concurrir en reclamo de los perjuicios personales y patrimoniales derivados de un hecho con repercusiones ambientales que lo lesionó. Pero el “damnificado” no “agota” el universo de sujetos “afectados”. Nos alejamos consecuentemente de una noción de “administrado” y sus clásicas categorías de interés simple, legítimo y derecho subjetivo, para abreviar en la de intereses difusos o de *incidencia colectiva*, como les llama la CN en el art. 43°.

²³ Código del Consumidor de Brasil, art. 81°, citado como antecedente comparado en el fallo “Halabi”.

²⁴ CN, Capítulo segundo - Nuevos derechos y garantías. Art. 41° - Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...

²⁵ CN, Art. 43° - Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción...en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente,..., así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Pero como es un país de organización federal, además de la CN, también las constituciones de los estados provinciales y las leyes orgánicas y procesales argentinas prevén otros legitimados extraordinarios para la reclamación del daño ambiental, tales como: los defensores del pueblo de los distintos niveles de gobierno (en razón de sus normas orgánicas), las organizaciones no gubernamentales ambientalistas, los órganos administrativos competentes de los Estados y por fin, los Ministerios Públicos –en su mayoría los fiscales, tanto el federal como los estatales-, entre otros. Visiblemente la noción de “administrado” se aleja más aún del escenario abriendo el camino a los legitimados extraordinarios en acciones públicas de expresión colectivas²⁶.

En definitiva, englobando lo dicho hasta aquí, la regulación ambiental expresa un derecho fundamental que persigue la calidad de vida²⁷ de las generaciones presentes y futuras²⁸, en cada tiempo y lugar en el que nos toca vivir y desarrollarnos. Es un cometido esencial de los estados locales y por la complejidad y dinámica de la materia, la legislación pertinente se apoya en principios y objetivos, y no exclusivamente en reglas normativas. Es, por fin, un derecho de incidencia colectiva, por lo que las garantías de protección le asisten al difuso de individuos afectados.

4. Líneas generales del sistema de responsabilidad ambiental Argentino

Vivimos en una *sociedad del riesgo*, en palabras de Beck (1992)²⁹.

²⁶ Para entenderlo simplificadoamente, si vemos por ejemplo cuando la Constitución de España se encarga de la defensa y restauración del ambiente, la ubica fuera de los derechos y garantías y dentro del paraguas de los principios rectores de la política social y económica, espacio propio del despliegue gubernativo estadual. El que lo discuta será, entre otras cosas, primordialmente un “administrado”. Ver: Constitución de España, Capítulo Tercero - De los principios rectores de la política social y económica. Artículo 45°.

²⁷ LPA, art. 3°.- CALIDAD DE VIDA: Medida del grado en que una sociedad ofrece la oportunidad real de disfrutar de todos los bienes y servicios disponibles en el ambiente físico, social y cultural.

²⁸ LGA, art. 2°.- La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:...
b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria.

²⁹ La podríamos ilustrar sencillamente diciendo que hoy los grupos humanos transitan y

Nos explica Lorenzetti que, existen daños en la sociedad que pueden ser adjudicados a través de la seguridad social, de sistemas intermedios como el seguro obligatorio, del seguro a cargo de “primeras o terceras partes” y por la responsabilidad civil³⁰. Pero no es menos cierto que el injusto ambiental -en este país- es abordado por múltiples ámbitos, contándose el Constitucional, Civil, Administrativo, Contravencional y el Penal. Parte de este esquema se ha expresado concretamente en la ley general nacional³¹ y en leyes generales ambientales de provincias argentinas³².

El art. 29° LGA sienta un criterio elemental diciendo que *la responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa*. Luego, extiende todo un capítulo que moldea las acciones por daño ambiental de incidencia colectiva, que persiguen la reparación *in natura* y el reestablecimiento del derecho al ambiente sano del colectivo afectado.

Partiendo de un concepto sistémico, los principios jurídicos que gobiernan la materia hacen que en el capítulo de la responsabilidad, también debamos sostener distintos enfoques o estadios con un

son intermediados por unos *riesgos del desarrollo*, abriéndose una crisis en la relación entre la gobernanza y la ciencia y técnica. Que, además, somos atravesados también por una *sociedad de la información*, poniendo en crisis los sistemas de toma de decisiones (esencialmente públicos, si nos proponemos pensar en la responsabilidad ambiental). Y, finalmente, que las comunidades son enmarcadas por una creciente sociedad democrática deliberativa, como una arista de respuesta a la crisis de confianza ciudadana, que construye una *percepción social de los riesgos* en cierto modo refractaria frente los umbrales de tolerancia de la regulación dada por el sistema gubernamental. En esa amalgama, el conflicto ambiental se torna un objeto complejo de difícil procesamiento por el sistema de responsabilidad clásico y el sistema judicial tradicional.

³⁰ Cf. (LORENZETTI, 2003-A; p.992).

³¹ LGA, art. 29°, *segundo párrafo*.- La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa.

³² LPA, art. 128°.- La transgresión a las disposiciones de esta Ley y a las normas que en su consecuencia se dicten, podrá acarrear responsabilidades en materia penal, civil, administrativa y/o contravencional según fuere el caso. Las responsabilidades por daño causado al medio ambiente, se considerarán independientes y acumulativas, según corresponda, y se regirán por los principios generales que gobiernan a cada materia. El cumplimiento de una pena, no relevará al infractor del deber de reparar o recomponer los daños ambientales ocasionados.

objetivo *precautorio, preventivo, reparatorio e indemnizatorio*³³. Estos redundan sobre los caracteres de los ámbitos de responsabilidad de forma transversal, moldeándolos, redimensionándolos.

Con todo, si observamos el principio de responsabilidad tal como está legislado en la LGA³⁴, le concede un sesgo netamente “reparador” al sistema de protección, en oposición a otros sistemas con perfiles “sancionatorios”³⁵.

Pasemos a un análisis, muy simplemente también, de los ámbitos que alcanza entonces la responsabilidad ambiental argentina.

a) delitos ambientales / derecho penal ambiental argentino

En Argentina aún no se ha adoptado plenamente una tutela penal para el bien jurídico protegido medio ambiente, como estigma de su *concepción reparatoria*³⁶. A diferencia de lo que ha sucedido en los países de la Comunidad Europea³⁷ o la mayoría de los países americanos³⁸, que poseen delitos ambientales específicos y variados, Argentina solo presenta uno referido al delito ambiental

³³ En la mega-causa ambiental “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (Constitución Nacional, arts. 41, 43, y 30 de la ley 25.675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28, ley citada)”.

³⁴ Ver nota n° 18.

³⁵ Ver (SARMIENTO, 2006).

³⁶ Cf. (LLORET, 2012; ps. 211-227).

³⁷ Resulta fundamental la DIRECTIVA 2008/99/CE, relativa a la Protección del Medio Ambiente mediante el Derecho Penal, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008. Dice su Artículo 1. Objeto. En la presente Directiva se establecen medidas relacionadas con el Derecho penal para proteger con mayor eficacia el medio ambiente.

³⁸ Explorando la pagina de la Red Latinoamericana de Ministerios Públicos Ambientales, <<http://www.mpambiental.org>>, países como Brasil, Paraguay, Peru, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Panamá tienen delitos ambientales específicos, en tanto Uruguay y Chile no los han legislado. Último acceso marzo de 2013.

de contaminación por utilización de Residuos Peligrosos, de la Ley n° 24051³⁹, que son básicamente los comprendidos en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, suscrito en la ciudad de Basilea (Confederación Suiza).

Sus variantes típicas son el envenenamiento, adulteración o contaminación dolosa con residuos peligrosos y patológicos de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o *el ambiente en general*⁴⁰, además de su versión culposa⁴¹.

Por su parte, el art. 2° define que será considerado peligroso a los efectos de esa ley todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de la ley 24051. La misma norma también es de aplicación a aquellos residuos peligrosos que pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales, y se excluyen los residuos domiciliarios (Ley n° 25916⁴²), los radiactivos (Ley n° 25018⁴³) y los derivados de

³⁹ P.B.O. n° 27307, del 17/01/1992. <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?sesionid=2B22D2E58B57F7DAEAA966B25290F4B5?id=450>. Los Anexos que la norma se corresponden a los previstos en el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, suscrito en la ciudad de Basilea (Confederación Suiza), aprobado por la República Argentina mediante la Ley n° 23922 de desechos peligrosos.

⁴⁰ Art. 55°. - Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal [reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años y multa], el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.

⁴¹ Art. 56°. - Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años. Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años.

⁴² P.B.O. n° 30479 del 07/09/2004. <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=98327>>.

⁴³ P.B.O. n° 29007 del 19/10/1998. <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=53767>>.

las operaciones normales de los buques, los que se regirán por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia.

La ley n° 24051 no es de presupuestos mínimos de protección ambiental (o `pisos federales de regulación´) sino una ley nacional de adhesión (que requiere de la adopción legislativa del Estado local para que rija en su territorio), por lo que se ha dictado en su reemplazo la Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios (Ley n° 25612⁴⁴), la cual ha sido promulgada parcialmente por el Decreto n° 1343/02, observándose entre otras cosas su régimen penal, y consecuentemente manteniéndose vigente el de la Ley anterior, que ya venimos explicando.

En la tipicidad dolosa el sujeto activo debe violar un `objetivo deber jurídico de cuidado´, el cual deberá ser evaluado en cada caso. Esto ha hecho muy dificultoso al sistema penal, en especial a la investigación y acusación fiscal, lograr los loables objetivos de persecución de los denominados “delitos de cuello verde”⁴⁵.

Respecto al sujeto pasivo del delito, sabiendo que la destinataria de la protección ambiental es la propia incolumidad ambiental en función de la calidad de vida, se ha discutido la posibilidad de la constitución como querellante particular a las organizaciones ambientalistas o a quien ostenta sólo un interés difuso⁴⁶, con disímiles resultados procesales a la fecha.

⁴⁴ P.B.O. n° 29950 del 03/01/2003. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=76349>>.

⁴⁵ Beloff, Mary; *Lineamientos para una política criminal ecológica*; Delitos no convencionales. Ed. del Puerto, p. 156.

⁴⁶ En el fallo “Yane, Salvador Alberto s/ denuncia”, expediente n° 3632, Secretaría Penal registrada n° 3795, del 15 de julio de 2003, de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, se ha aceptado a un ciudadano comprometido con la problemática ambiental denunciada como querellante por su interés colectivo. En el caso “A.C. *Árbol de Pie*”, fallo “N.N. s/ leyes especiales (ley 24.051)”, 10 de julio de 2012, Expte. N° P26110 proveniente del Juzgado Federal de San Carlos de Bariloche y General Roca, la Cámara Federal de General Roca sostuvo que con el art. 82 bis del CPP incorporado por la ley 26.550 caen los reparos que pudieran formularse a la intervención de asociaciones en procesos en los que se investigue la violación a derechos fundamentales “graves”, aunque más provechoso sería, para el conjunto, que los esfuerzos de esas asociaciones se concentren en prevenir el mal, antes que perseguir al que lo ocasionó, pues para esto último están los órganos estatales encargados de la persecución penal que es el Ministerio Público Fiscal.

Sobre los sujetos activos, cabe reseñar que en Argentina continúa vigente el principio de la imposibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*)⁴⁷. No obstante, la ley de residuos peligrosos ha previsto en su art. 57° que si los hechos previstos se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.

Párrafo aparte, podemos decir que existen otros delitos relativos a elementos o *micro-bienes* ambientales, como los previstos en la Ley de Conservación de la Fauna n° 22421⁴⁸. Esta Ley sanciona con arresto e inhabilitación especial a quien: -cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización (art. 24°); -cazare animales de la fauna silvestre cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación, delito que se agrava por el concurso de tres personas o uso de medios prohibidos por la autoridad (art. 25°); -cazare animales de la fauna silvestre utilizando armas, artes o medios prohibidos por la autoridad (art. 26°). Además adiciona sanciones de multa y comiso, suspensión y cancelación de la licencia de caza deportiva y suspensión, inhabilitación o clausura de los locales o comercios vinculados a la actividad ilícita (art. 28°).

Agreguemos la antigua ley de Protección de los Animales n° 14346 del año 1954, que también dispensa penas de prisión a quienes infligieren malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales (art. 1°)⁴⁹.

Por último existe también una tendencia de utilizar a tipos penales dirigidos a bienes jurídicos protegidos mas “tradicionales”, como una

⁴⁷ Esto ha sido superado en muchas legislaciones, citándose a modo de ejemplo la DIRECTIVA 2008/99/CE, Artículo 6. Responsabilidad de las personas jurídicas.

⁴⁸ P.B.O. n° 24626 del 12/03/81. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=38116>>.

⁴⁹ P.B.O. n° 17767 del 05/11/1954. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=153011>>.

forma de auxiliar o subsidiar la protección ambiental, como el caso de los delitos contra la salud pública^{50,51}, delitos por daños a la propiedad en sus versiones contra animales o con el empleo de sustancias venenosas o corrosivas, los delitos de incendio o estragos por alterar la seguridad pública o los delitos por incumplimientos de los deberes de funcionarios⁵² cuando se dirigen a obviar intencionalmente los procedimientos administrativos de protección ambiental.

b) faltas ambientales / derecho administrativo ambiental sancionador argentino

Estas faltas se presentan por incumplimientos o atentados contra recursos naturales o culturales ambientales, y son una manifestación del poder de policía ambiental. Es una expresión del *ius puniendi* del Estado y por lo tanto debe respetar las garantías del sistema coactivo público: derecho de defensa, *non bis in idem*, etc. Pero se diferencia de la responsabilidad penal en que es fundamentalmente patrimonial y arrastra sanciones tales como la multa, pérdida total o parcial de permisos, clausuras de instalaciones temporales o definitivas y otras medidas correctivas.

No obstante, la legislación argentina prevé a nivel nacional y en alguna legislación estadual, como por ejemplo en la regulación de la provincia de Salta, un *ne bis in idem*, similar a la legislación norteamericana⁵³, donde se permite la duplicidad de sanciones administrativas y penales ó contravencionales⁵⁴. Pero aunque así esté legislado, esto no implica que la armonización del sistema de responsabilidad no exija una mejor delimitación del tema, por las muchas y tantas discordancias horizontales y verticales que se han ido gestando en la explosión normativa ecológica federal y local.

⁵⁰ Libster (2000; p. 219) dice que el delito de envenenamiento y adulteración de aguas del art. 200 en su momento fue el *pithecanthropus erectus* del derecho penal ambiental.

⁵¹ Código Penal, Capítulo IV sobre Delitos contra la Salud Pública, agregados por la Ley n° 26524 del 14/10/2009.

⁵² Código Penal, arts. 248° al 253°. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

⁵³ Cf. (SARMIENTO, 2006, p. 7).

⁵⁴ Según vimos en el artículo 29° LGA y en el art. 128° LPA.

Caractericemos el procedimiento administrativo argentino diciendo que es generalmente regido por el informalismo a favor del administrado y posibilita la revisión judicial mediante un proceso contencioso-administrativo ulterior. Y que se ejercita por ante la autoridad competente, plasmado en una actividad sumarial y con una etapa recursiva que permite llegar a la última instancia del estamento ejecutivo o cabeza del organismo descentralizado⁵⁵.

Dirigiendo el concepto específicamente al círculo de las infracciones ambientales, siguiendo a Zaffaroni podemos explicar que son aquellas sobre las que suelen conocer los órganos administrativos con competencia ambiental con un ulterior recurso jurisdiccional. Nada tienen que ver con las contravenciones penales o de policía, porque están referidas primariamente a intereses de la administración ambiental misma: en líneas generales llamamos a esto *derecho penal administrativo*, el cual no es un derecho penal especial⁵⁶.

Este fenómeno que se produce en el derecho penal administrativo no es sólo una alteración de los principios generales del derecho penal común, sino también una yuxtaposición con otras ramas del derecho, como en este caso la ambiental y de los recursos naturales y del urbanismo⁵⁷.

Esta yuxtaposición o naturaleza compleja del ámbito de responsabilidad que tratamos finca en que la sanción del derecho penal administrativo sólo participa del “objetivo de la pena penal” de forma parcial⁵⁸. El *derecho penal administrativo* provee en

⁵⁵ Aunque Jorge A. Franza (2007, p. 146) en su nota n° 2 aclara que no obsta a esta formula que en la Ciudad de Buenos Aires se halla decidido reservar su juzgamiento de manera exclusiva al Poder Judicial local.

⁵⁶ Cf. (ZAFFARONI, 2006, p. 246-247).

⁵⁷ Cf. (ZAFFARONI, 2006, p. 246/247).

⁵⁸ Redirigiendo un ejemplo de Zaffaroni, cuando a un sujeto se le aplica una *multa ambiental*, se persigue con ello el objetivo de percibir la *reparación del daño* que se le ha causado a la administración o su despliegue concedente, fiscalizador y de control que componen su poder de policía administrativo (prevención general); esto, además de infligir una privación de bienes jurídicos para motivar al sujeto a que en lo sucesivo no vuelva a caer en similares incumplimientos (prevención especial). Sin embargo si esta infracción pusiere en peligro la integridad ambiental misma, así

ínfima medida a la seguridad jurídica por la vía de la prevención especial (coerción mediante pena ejemplificadora) y en su máxima potencialidad a la prevención general (abordaje de los riesgos y reparación)⁵⁹. De allí que participe parcialmente de la función de prevención especial y deba reunir en su mayoría los mismos recaudos que la ley penal. El derecho penal administrativo no es, pues, una unidad separada totalmente del derecho penal, pero tampoco es derecho penal, sino que se trata de un complejo normativo que tiene naturaleza compuesta y que carece de unidad, lo que impide hacer una teoría general unitaria del mismo.

No puede hablarse de un “injusto administrativo” con caracteres propios, sino de un complejo normativo que se ocupa de ciertos injustos previendo en forma simultánea la reparación y la prevención especial⁶⁰. Son disposiciones sancionatorias con las que conmina el poder administrador el ejercicio del poder de policía, es derecho administrativo engarzado directamente en el derecho público estatal y no un derecho penal vergonzante, anejo a toda potestad atribuida a la administración para la gestión de los intereses públicos⁶¹. Algunas de las diferencias del *derecho administrativo sancionador* con el derecho penal resaltadas por Franza son: que lo aplica un órgano administrativo y solo en cuanto sea cuestionado por el infractor queda sujeta a control judicial; la presencia del abogado defensor es prescindible por la sumariada y el ministerio fiscal no es parte necesaria; no impone penas privativas de libertad; el derecho penal esta enlazado al resultado *lesión* a un bien jurídico (es un derecho represivo), en cambio en el derecho administrativo sancionador no se exige daño para sancionar, atento que responsabilidad se deduce por la mera infracción o desobediencia a las normas que afectan los intereses de la administración, independientemente de su resultado (esencialmente es un derecho preventivo); si bien rige en ambos el principio de inocencia, la carga de la prueba en algunas

como la salud o bienes de terceros la infracción podrá ser tipificada más allá como una contravención de policía. En Zaffaroni (2006, p. 246-247).

⁵⁹ Cf. (ZAFFARONI, 2006, p. 248).

⁶⁰ Cf. (ZAFFARONI, 2006, p. 248).

⁶¹ Cf. (FRANZA, 2007; p. 146-147).

infracciones administrativas peculiares -como claramente encajan las ambientales- el supuesto de la norma hace que rija un inversión en contra del administrado⁶².

Además en fallo “Zhang Xiujian”⁶³ citado por este autor, la Sala III de la Cámara Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires ha explicado que el régimen de estas normas se refieren “... por lo general a intereses colectivos, generales y públicos. Cuando hablamos de intereses y bienes generales, lo más importante no es el resarcimiento del daño, sino evitar que ese daño se produzca, y precisamente lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es que el daño no se produzca, y para evitar ese daño hay que evitar previamente el riesgo, que es el verdadero objetivo de la política represiva... En este contexto, la infracción es el incumplimiento de un deber desconectado en principio de sus eventuales consecuencias. Por ello, a la hora de determinar si existe infracción, resultan indiferentes las consecuencias dañosas del riesgo creado... Por así decirlo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal, en el Derecho Administrativo Sancionador la regla es la de los `ilícitos de riesgo´”.

Respecto a las garantías procesales penales vinculadas al sumario administrativo, recordemos que en el dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Comisión Nacional de Valores”, hecho suyo por la Corte de Justicia de la Nación, ésta no ha convalidado la aplicación indiscriminada de los principios que rigen en materia penal respecto de las infracciones administrativas (Fallos 321:824), lo cual se ve reafirmado por la naturaleza preventiva del derecho administrativo sancionador, por contraposición con la represiva del derecho penal. Además se resalta que el Alto Tribunal ha reconocido que puede atribuirse competencia a ciertos órganos -centralizados o no- para establecer hechos y aplicar sanciones atendiendo a su función de policía social, lo cual incluye la posibilidad de que la reglamentación de dichas tipicidades sean delegables por el Poder

⁶² Cf. (FRANZA, 2007, p. 149-152).

⁶³ “Zhang Xiujian s/ falta de higiene y otras – Apelación, causa n° 11234-00”, resolución de fecha 27/08/2006.

Ejecutivo a los organismos especializados -como pueden ser los ambientales- por la complejidad y especificidad de la materia, siempre con la condición que se preserve la revisión judicial de las decisiones adoptadas en el ámbito administrativo (Fallos 303:1776)⁶⁴.

Agreguemos que la Corte Nacional ha sostenido en la causa “Volcoff”⁶⁵ que

[...], si bien el *derecho administrativo penal* puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en relación a determinados aspectos como por ejemplo en lo que hace a la estructura misma de los tipos de infracción —que admite la remisión a normas de menor jerarquía—, así como un modo distinto de graduar las sanciones y ciertas particularidades procesales que serían inadmisibles en un enjuiciamiento penal, jamás puede apartarse del respeto a la garantía constitucional de la ley previa. Dicho de otro modo: una cosa es considerar que la previsión no estrictamente penal puede ser más laxa en cuanto a la configuración del aspecto subjetivo de la conducta (dolo o culpa) o en lo relativo a la intensidad de afectación del bien jurídico (daño potencial o real en palabras del *a quo*) y otra muy distinta es considerar que la sanción de multa por una infracción no debe condicionarse a que ésta se encuentre prevista como tal en una norma anterior al hecho. Ello es así por cuanto, más allá de esas características propias, no es dudoso el carácter represivo de la norma. Por consiguiente, el carácter de infracción —y no de delito— no obsta a la aplicación de las *garantías constitucionales básicas* que se fundan en la necesidad de que exista una ley para que una persona pueda incurrir en la comisión de una falta pasible de sanción (conf. arg. Fallos: 304:849; énfasis agregado).

En este orden, en un reciente fallo⁶⁶ que resolvió un caso de sanciones pecuniarias administrativas por infracciones al poder de

⁶⁴ “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S.A. s/ transferencia paquete accionario a Nabisco”, sentencia del 24/04/2007.

⁶⁵ “Volcoff, Miguel Jorge y otros c/ BCRA – resol. 14/04 (Expte. 65812/98 sum fin 981), sentencia del 1/11/2011.

⁶⁶ “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/86 - SUM FIN 708)”, sentencia del 26/06/2012.

policía estatal sobre entidades financieras, impuestas en un sumario que duró -debido a sucesivas interrupciones- veinte años contados desde la comisión del primer hecho, la Corte Federal dijo

Que, ello sentado, cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios [*derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; a una tutela judicial efectiva; a obtener un pronunciamiento sin dilaciones previas; la presunción de inocencia; la inviolabilidad de la defensa en juicio; debido proceso legal; a una rápida y eficaz decisión*] reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención [*Americana sobre Derechos Humanos*] no se encuentra limitada al Poder Judicial -en el ejercicio eminente de tal función- sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales. Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Por la razón mencionada, esa Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana. (caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71)

En un fallo posterior esta doctrina fue ampliada por ese Tribunal que consignó que si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto,... pues “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la administración excluida de cumplir con ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127”).

Por otra parte, en ese complejo normativo, pueden, por supuesto, imponerse sanciones a las personas jurídicas -porque en tanto tengan naturaleza reparadora nada lo impide- pero en cuanto esa pena pase el límite de la reparación para proveer a la prevención especial, no puede prescindir de los principios constitucionales de legalidad, del de culpabilidad ni del de intrascendencia de la pena. Cabe advertir también que, bien puede suceder que en leyes de tipo penal administrativo se inserten disposiciones de derecho penal común o especial, en cuyo caso debemos estar a los principios comunes o especiales, sin que importe el cuerpo en que se halle la disposición, sino la naturaleza de la pena que la misma impone⁶⁷.

Revisemos someramente, sin pretensión de agotarlos, los dispositivos administrativos ambientales o de recursos naturales que el Estado nacional ha dictado en el marco de sus competencias.

En las normas de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental, dictadas como piso federal inderogable y obligatorio para los estados provinciales, se proponen sistemas de sanciones administrativas sectoriales referidas a diferentes sub-materias, a saber: la ley de Protección Ambiental de Bosques Nativos n° 26331 (arts. 27° a 29° y cc.)⁶⁸, la ley de Información Pública Ambiental n° 25831 (art. 9° y cc.)⁶⁹, la Ley 26562 de Quema controlada (art. 7° y cc.)⁷⁰, la ley de Gestión de Residuos industriales y de actividades de servicios n° 25612 (arts. 44° al 50° y cc.)⁷¹, la ley de preservación de los Glaciares y ambiente periglaciario n° 26639 (arts. 11° y 12° y cc.)⁷², ley de Gestión

⁶⁷ Cf. (ZAFFARONI, 2006, p. 249).

⁶⁸ P.B.O. n° 31310 del 26/12/2007. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=136125>>.

⁶⁹ P.B.O. n° 30312 del 07/01/2004. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=91548>>.

⁷⁰ P.B.O. n° 31802 del 16/12/2009. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=161547>>.

⁷¹ P.B.O. n° 29950 del 29/07/2002. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=76349>>.

⁷² P.B.O. n° 32016 del 28/10/2010. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=174117>>.

y eliminación de los PCBs n° 25670 (art. 21° y 22° y cc.)⁷³ y la ley de Gestión de Residuos Domiciliarios n° 25916 (arts. 26° al 32° y cc.)⁷⁴.

Además existen normas nacionales que aplican sanciones en los sectores regulados y espacios territoriales sometidos a la jurisdicción nacional o bien que fuesen incorporados al derecho administrativo local mediante adhesión, tales como las previstas en la ley nacional de Parques Nacionales n° 22351 (art. 28° y cc.)⁷⁵, la de la ley nacional de Conservación de la Fauna n° 22421 (arts. 28° y 29° y cc.)⁷⁶, la ley nacional de Hidrocarburos n° 17319 y reformas (arts. 80°, 87°, 88° y cc., 5° y 6° de la ley 26197)⁷⁷, la ley nacional de Patrimonio Cultural n° 25743 (art. 38° y cc.)⁷⁸, la ley n° 12665 de Creación de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos (art. 8° y cc.)⁷⁹, la ley nacional de Residuos Peligrosos n° 24051 (arts. 49°, 50°, 51°, 52°, 53°, 54° y cc.)⁸⁰ y la ley federal de pesca n° 24922 (arts. 49°, 51°, 52°, 55°, 56° y cc.)⁸¹, entre muchas otras.

Todas las normas traídas como ejemplo, en tanto son sectoriales, solo contemplan sanciones puntuales a los sistemas de policía administrativa de cada materia ambiental (residuos, bosques,

⁷³ P.B.O. n° 30029 del 19/11/2002. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=79677>>.

⁷⁴ P.B.O. n° 30479 del 07/08/2004. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=98327>>.

⁷⁵ P.B.O. n° 24564 del 12/12/1980. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=16299>>.

⁷⁶ P.B.O. n° 24626 del 12/03/1981. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=38116>>.

⁷⁷ P.B.O. n° 21220 del 30/06/1967. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=16078>>.

⁷⁸ P.B.O. n° 30179 del 26/06/2003. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=86356>>.

⁷⁹ P.B.O. n° 13851 del 15/10/1940. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=23121>>.

⁸⁰ P.B.O. n° 27307 del 17/01/1992. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=450>>.

⁸¹ P.B.O. n° 28812 del 12/01/1998. <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=48357>>.

parques, fauna, patrimonio cultural, etc.). Más, no al menoscabo físico al patrimonio colectivo abordado en forma integral.

Tomemos la ley n° 25916 a modo ilustrativo, para que el lector comprenda el marco del sistema que estamos tratando. Resumidamente su “Capítulo VIII - De las infracciones y sanciones” estipula para los incumplimientos de sus disposiciones o de sus reglamentaciones las sanciones de: -apercibimiento, -multa, -suspensión de la actividad ó hasta el -cese definitivo de la actividad y clausura de las instalaciones según corresponda, siempre atendiendo a las circunstancias del caso. Esto sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que pudieran corresponder. Estas sanciones se aplican previa instrucción sumaria que asegure el derecho de defensa y se gradúan de acuerdo con la naturaleza de la infracción y *el daño ocasionado* (lo cual no es del todo coherente con su naturaleza jurídica ya analizada), agravando la pena la reincidencia del infractor. Los montos ingresados en concepto de multas las perciben las autoridades competentes (nacionales, locales o municipales, según corresponda), para conformar un fondo destinado, exclusivamente, a la protección y restauración ambiental en cada una de las jurisdicciones. En el caso de la persona jurídica infractora, los que tengan a su cargo la dirección, administración o gerencia, serán solidariamente responsables de las sanciones⁸²⁻⁸³.

⁸² Un caso aparte, en razón de tratarse de una norma de fondo, es el Código de Minería. El sistema administrativo que el código expone no presente mayores diferencias con el resto del sistema sectorial ambiental repasado, salvo en que entre las sanciones previstas, el inciso d) del art. 264° prevé la “reparación de los daños ambientales”, lo cual más que una sanción aparenta plasmar la reparación prioritaria prevista en el art. 41° CN, que entendemos de resorte jurisdiccional y no de la autoridad administrativa por disposición del art. 29° LGA, lo cual la haría sistemáticamente inconveniente.

⁸³ El Código de Minería, fue sancionado por la Ley N° 1919 del 25 de noviembre de 1886 y reformas fueron dictadas en virtud de las prerrogativas constitucionales del Congreso por el artículo 75° inciso 12. Su texto fue ordenado por el Decreto N° 456/1997 (P.B.O. 30/5/1997). Por art. 2° de la Ley N° 24.485 B.O. 18/4/1995, se incorpora un Título Complementario denominado “De la protección ambiental para la actividad minera”. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43797/texact.htm#1con> su reforma mediante la Ley 24.485 (B.O. 18/04/1995) que incorporó un Título Complementario denominado “De la protección ambiental para la actividad minera”. Debe tenerse presente que la sanción de las leyes 24.485 y la LPA son previas a la LGA y conforme han expresado -según su voto- los Dres. Lorenzetti, Fayt y Petracchi en el caso “Villar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros” (CSJN, 330:1791),

Respecto a la distinción entre las “autoridades de aplicación” de las leyes de las “autoridades competentes locales” usadas en estas normas, recomendamos el meduloso estudio de Esaín⁸⁴.

Nos queda por ver un espacio de regulación y sanción referido a los municipios, a quienes la Constitución federal les mantiene competencias referidas a su régimen institucional, y autonomía y ejercicio de las potestades jurisdiccionales (a través de los arts. 5°, 123° y 41° CN).

Explica Zaffaroni (2006, p. 142), que estos históricamente han tenido algunas facultades de legislación penal heredadas de los *cabildos* de la época de la Colonia, y que se hallan limitadas al régimen competencial municipal que les asegura el citado art. 5° CN. Dentro de este espacio de potestades claramente se hallan el medio ambiente, la higiene, la sanidad y planificación urbana, entre otras⁸⁵.

Esta porción -que mirando el *tercer párrafo* del art. 43° CN podríamos llamar de “segundo complemento de la normativa ambiental federal y provincial”-, es claramente una competencia comunal. Pero si buscamos un sistema con arreglo a la constitución y especialmente el principio de ofensividad y legalidad y las garantías de la defensa en juicio, la potestad sancionatoria resulta condicionada a una expresión minimalista de co-complementación, ajustada a sus competencias urbanas propias, en tanto el nivel central del sistema de sanciones ambientales y de recursos naturales son las provincias

las normas sectoriales deben compatibilizar sus previsiones a la general ambiental, lo que es corolario lógico del influjo del principio de congruencia citado en la nota n° 18. Por ello el sistema de responsabilidad ambiental administrativo del código minero y de la provincia de Salta, con posterioridad a la LGA, en apariencia serían incongruentes. Claramente esto es algo para revisar.

⁸⁴ Cf. (ESAÍN, 2008, p. 458, 479, 514, 526, 531, 535, entre otras).

⁸⁵ Constitución de Salta, Art. 176°: COMPETENCIAS MUNICIPALES. Compete a los Municipios sin perjuicio de las facultades provinciales, con arreglo a las Cartas Orgánicas y Leyes de Municipalidades: Darse su propia organización normativa, económica, administrativa y financiera... La preservación del patrimonio histórico y arquitectónico local. Lo relativo a urbanismo, higiene, salubridad y moralidad; como así también a la protección y promoción del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental, tendiendo al desarrollo sostenible...

(art. 124^o *segundo párrafo* CN)⁸⁶. En el uso de estas facultades, cuando la municipalidad dispone sanciones que, por revestir naturaleza penal o naturaleza compleja en que participa también la penal, podemos afirmar que se hallan dentro del derecho penal⁸⁷.

Pues bien, dándole un marco a lo explicado, como manifestación del poder de policía ambiental, tenemos que los incumplimientos o atentados contra recursos naturales deben ser controlados por las autoridades provinciales concedentes o encargadas de la materia (fauna, flora, forestales, suelo, aire, agua, etc.), y excepcionalmente, por los municipios, si así son ordenados por el régimen constitucional del estado local, o la autoridad nacional, en tanto resulten alcanzados por su jurisdicción territorial o material.

En parte, todo lo dicho explica la posibilidad legal de aplicar ambos ámbitos de responsabilidad simultáneamente a un mismo hecho, la administrativa/ambiental y la civil/ambiental. Como enseña Cassagne,

[...] corresponde *distinguir entre daño ambiental colectivo e impacto ambiental*. Este último se refiere a aquellas alteraciones concomitantes de determinada actividad sujetas a las medidas razonables preventivas, mitigadoras y correctivas que deben implementarse a tales fines. El daño ambiental deriva en principio de acciones que degradan en forma relevante el ambiente y los recursos naturales en contravención de las normas aplicables, mientras que el impacto supone modificaciones en el ambiente debidamente identificadas y previstas por el interesado, además de conocidas y auditadas por la autoridad administrativa. En lo que concierne a los efectos de los impactos, las normas aplicables los diferencian de los daños cuya consecuencia jurídica principal se constituye en obligación prioritaria de recomponer. En cambio, los impactos ambientales generan la obligación de adoptar las medidas necesarias para que éstos tengan lugar dentro de parámetros de alteración ambiental razonables y de conformidad con una gestión ambientalmente responsable. (CASSAGNE, 20013, p. 6)

⁸⁶ Dejamos solo planteado en este punto que debe apartarse de esta regla el caso especial de las facultades de legislación y jurisdicción autónomas de la CABA, art. 129° CN.

⁸⁷ Cf. (ZAFFARONI, 2006, p. 143).

Hecha esta aclaración, en una correcta lectura del art. 29° LGA, serán las cuestiones de la regulación de los recursos naturales y su explotación racional y las de impacto ambiental las propias de la administración, y será jurisdiccional la prevención, cese y recomposición del daño ambiental⁸⁸.

c) contravenciones ambientales provinciales / derecho contravencional ambiental argentino

El contravencional es un “derecho penal mínimo”⁸⁹ y forma un *derecho penal especial* legislado por las provincias⁹⁰, producto de los espacios de falta de regulación o, en clave constitucional, una expresión de los poderes conservados por las provincias, alcanzado por las garantías del sistema criminal.

Dice Maier que existe también un Derecho penal provincial por la reserva de las provincias, relativas a su poder de policía, de disciplinar las contravenciones o faltas (con cita del maestro Ricardo C. Nuñez), y a él le corresponde un Derecho procesal penal, también local, que lo realiza⁹¹.

Enseña Zaffaroni que el principio de legalidad de raigambre constitucional⁹² establece como fuente de producción del derecho

⁸⁸ Abona esta posición lo sostenido por los jueces y poderes judiciales iberoamericanos en la XVI CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, donde el grupo justicia medioambiental ha emitido una DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES (2012) diciendo que en caso que haya acontecido el daño ambiental, no debe reaccionar el sistema administrativo sino el de responsabilidad civil en materia de medio ambiente, capaz de asegurar una compensación integral por los daños causados y una restitución completa a todas las partes interesadas de los perjuicios sufridos. Según versión final, que incorpora las propuestas presentadas y aprobadas por unanimidad en la Asamblea Plenaria de la XVI Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada los días 25, 26 y 27 de abril de 2012, en la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=9cc75218-f64b-4471-b82e-86659e42e817&groupId=10124>, último acceso mayo de 2012>.

⁸⁹ Cf. (ZAFFARONI, 2005).

⁹⁰ Cf. (ZAFFARONI, 2006, p. 243).

⁹¹ Cf. (MAIER, 1989, p. 216-217).

⁹² CN, Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en *ley anterior* al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...

penal, las leyes nacionales y provinciales. Estas últimas, en referencia a la materia no delegada por las provincias al gobierno federal (actual art. 121° CN⁹³) y en la materia reservada por el art. 33° constitucional. Agrega que, por otra parte, las leyes provinciales también pueden legislar en materia penal que haya sido delegada al gobierno federal, pero sobre la cual el Congreso no haya legislado. En suma, las provincias hoy legislan válidamente en materia contravencional penal.

Explica el ministro de la Corte actual, en su Manual, que puede afirmarse que se estableció un *derecho constitucional consuetudinario* en función del cual el estado federal no tiene el monopolio de la legislación contravencional, que mayoritariamente corresponde a las legislaturas locales. Por otra parte, la competencia legislativa federal para todas las contravenciones sería contraria al principio federal, porque dejaría sin sanción penal la violación de las leyes provinciales y municipales⁹⁴.

Ahora bien, la competencia ambiental -por vía de los arts. 41° y 124° CN-, se asienta en las provincias y son ellas las que emiten el mayor caudal regulatorio aplicable, por lo cual el ejercicio del poder contravencional resulta un ámbito de competencia esencial a los fines protectivos, e incluso como una manera de ejercitar una prevención especial dirigida a tomarse en serio las regulaciones de los estados locales, asociando penas al incumplimiento de sus legislaciones.

Se ha explicado que existen dos teorías que enuncian las diferencias entre lo que se considera delito y lo contravencional: una *cualitativa*, que identifica un solo hecho, que será calificable como uno u otro en función de la calidad de los valores actuantes en el examen; otra *cuantitativa*, que alude expresa y de manera concreta al monto de la sanción, que será de mayor envergadura en el delito⁹⁵. Además esta decir que resultaría sumamente engorroso calificar cada plexo normativo contravencional provincial según estas teorías en este momento.

⁹³ CN, Art. 121°.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

⁹⁴ Cf. (ZAFFARONI, 2009; p. 138).

⁹⁵ Cf. (FRANZA, 2007, p. 140).

Ahora bien, reflejando someramente las legislaciones existentes en el país, podemos afirmar que no todos los códigos o leyes contravencionales o de faltas han incorporado tipos ambientales, y que no existe una armonía entre los contornos del bien jurídico protegido de cada uno. Por ejemplo, y según una recopilación del Consejo de Seguridad Interior del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación⁹⁶, tenemos tipos ambientales o relativos a recursos naturales en el Código contravenciones de la provincia de San Juan en su ley n° 7819, el Código de faltas de Chaco sancionado por la ley n° 4209, el Código contravencional de la provincia del Chubut de la ley n° 4145, en el Código de faltas de la provincia de Corrientes Decreto-ley n° 124 y n° 137/01 (odi. n° 6044/01), el Código de faltas de la provincia de Córdoba de la ley n° 8431 - anexo I (texto ordenado 2007), el Código de faltas provincial de La Pampa por ley provincial n° 1123, Código de faltas provincia de Buenos Aires en los Decretos leyes n° 8031/73, 9164/78, 9321/79, 9399/79 y ley n° 11382, Código de faltas de la provincia de Catamarca ley n° 5171, Código de faltas provincia de Santa Fe ley n° 10.703 - texto ordenado por el Decreto 1283/03, Código contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ley n° 1.472, Código de faltas de la provincia de Misiones ley n° 2800 y sus modificatorias n° 2982, 3027, 3136, 4018 y 4282, Código de faltas de la provincia de Mendoza de ley n° 3365 (texto ordenado al 31/01/07), Código de faltas de la provincia de Santiago del Estero en ley n° 4.396, ley 5.285 y modificatorias, ley de contravenciones policiales n° 5140 (texto actualizado, modificadas por leyes n° 5159, 5257, 5390, 6619, 6722, 6879, 7072, 7103, 7438) de Tucumán, el Código contravencional de la provincia de San Luis por ley n° 5550 y el Código contravencional de la provincia de Salta con su ley 7135 y modificatorias, que veremos en su oportunidad. Párrafo aparte merecen algunas previsiones de la provincia de Tierra del Fuego, en tanto provienen del *Digesto de Edictos Policiales* recopilado mediante Decreto de Gobierno n° 77/59⁹⁷.

⁹⁶ Publicado en página web: <http://www.cuadernos-seguridad.gov.ar/n_co.php>, Última consulta: 01-08-2012.

⁹⁷ Zaffaroni (2006, p. 143) entiende que los decretos-leyes conservan vigencia mientras no hayan sido derogados, pues admitido el hecho de que se interrumpió el orden constitucional, no puede pretenderse que funcionen las instituciones constitucionales, por ello tienen vigencia como ley formal y la mantienen una vez establecido el gobierno "de iure", debiendo ser derogados solo por otro acto legislativo posterior de igual jerarquía.

Estos tipos de tinte ambiental, en general abarcan entre otros a: - la custodia y tratos dignos a animales silvestres o domésticos, en especial los de tiro y ganaderos; - atentados contra la flora silvestre y ornamental urbana, incluyendo quemas y destrucción o corta no permitida; - el arrojamiento de cosas, sustancias y basuras susceptibles de contaminar o que atenten contra la higiene y sanidad públicas; protección de espacios naturales protegidos; - protección de elementos del patrimonio cultural urbano tales como monumentos arquitectónicos.

Existen además tipos más especializados respecto a los residuos sólidos domiciliarios como el transporte no autorizado o la disposición final inadecuada, como otros referidos a establecimientos que utilizan sustancias tóxicas o peligrosas respecto a sus efluentes y a la contaminación de recursos hídricos en particular, y tipos genéricos que atrapan la acción u omisión que genera o no impide reprochablemente un daño ambiental.

Tomado como ejemplo el Código Contravencional de la Provincia de Salta, sancionado por la Ley 7135 y sucesivas modificatorias, éste prevé un régimen de sanción ambiental en su Título IX, denominado “Contravenciones contra el Ecosistema”. Todos los tipos son dolosos salvo que se encuentren previstos expresamente como culposos⁹⁸. Si un mismo hecho resulta una posible contravención y delito, será juzgado por el tribunal del delito. Asimismo la acción contravencional quedará extinguida cualquiera fuera la resolución que recaiga sobre el delito, salvo sobreseimiento por falta de encuadre penal típico. Para resolver la conexidad contravención-delito, debe entender el tribunal penal⁹⁹.

A su vez, el Código Contravencional de Salta en su art. 10° indica que los fines de la pena serán los mismos de prevención general y especial del proceso penal. La Corte de Justicia de Salta en el fallo “Nuñez” (131:67/80) sostiene “Que el derecho penal contravencional, en cuanto rama del derecho penal, participa de los principios de legalidad y reserva que nutren este último”.

⁹⁸ Código Contravencional de la Provincia de Salta, Ley 7135 (B.O. 23/05/2001) y modif., Art. 3°.

⁹⁹ Código Contravencional de la Provincia de Salta, Ley 7135 (B.O. 23/05/2001) y modif., Art. 8°.

Además, el Código Contravencional salteño, en su art. 10° indica que los fines de la pena serán los mismos de prevención general y especial del proceso penal¹⁰⁰. En este caso, las penas son, las denominadas principales: multa y arresto, que a la postre alcanzan a todos los tipos ambientales. Las accesorias: la inhabilitación, el comiso y la clausura¹⁰¹. Y, finalmente las sustitutivas del arresto: a) el arresto domiciliario y/o arresto de fin de semana; b) la multa; c) el servicio comunitario en tiempo libre; d) la prohibición para acudir a determinados lugares; e) el tratamiento médico obligatorio; y, f) las instrucciones especiales¹⁰².

La naturaleza de la acción contravencional es pública¹⁰³, por lo que, por regla son investigadas generalmente por la policía provincial o fiscales provinciales y son juzgados de conformidad a los códigos vigentes en las distintos estados, normalmente jueces contravencionales o -a esta altura de la explicación en obvia inconstitucionalidad - por la propia policía provincial¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Cf. (FRANZA, 2007, p. 140).

¹⁰¹ Código Contravencional de la Provincia de Salta, Ley 7135 (B.O. 23/05/2001) y modif., Art. 15°.

¹⁰² Código Contravencional de la Provincia de Salta, Ley 7135 (B.O.23/05/2001) y modif., Art. 16°.

¹⁰³ Por ejemplo ver el Código Contravencional de la Provincia de Salta, Ley 7135 (B.O.23/05/2001) y modif., Art. 39°.

¹⁰⁴ Zaffaroni (2006, p. 138) enseña que este instrumento de vigilancia es mucho más importante que el que se ejerce con motivo o pretexto penal, en tanto es funcional al poder de vigilancia minimizar las garantías en las infracciones menores. Así torciendo la naturaleza penal que emerge de la constitución se ha justificado que los jefes de policía fuesen jueces administrativos contravencionales, llegando en un momento de la historia a legislar mediante edictos, juzgar e indultar: ejerciendo la suma del poder público republicano.

¹⁰⁵ Ver al respecto el INFORME SISTEMA CONTRAVENCIONAL EN ARGENTINA, Agosto, 2008, elaborado por Natalia Monti, Directora del Área Legislativa de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). Disponible en: <www.derechosocial.org.ar/download-projects.php?id=23>. Último acceso: 13/09/2012. Al realizarse un monitoreo de todas las normas contravencionales de las provincias, detectaron que el 33% de ellas no prevé la intervención judicial obligatoria en los procesos contravencionales. Tomás Jofré, penalista argentino, citado por Raúl Zaffaroni, ha dicho "en ningún país culto se ha legislado sobre faltas en la forma en que lo hemos hecho nosotros", refiriéndose precisamente a éste exceso de facultades otorgado por la ley a un órgano dependiente del Poder Ejecutivo -Jefe de Policía-, que además dirige un organismo armado, de conformidad estrictamente jerárquico, similar a fuerza militares.

Al respecto, en la Causa “N.,G.J.”¹⁰⁶ donde la Corte Nacional revisa las garantías sostenidas por la administración en un proceso contravencional llevado ante el jefe de policía de la provincia de Tucumán ha dicho “Que, en estrecha vinculación con dicho derecho [*a un recurso judicial que permita un control efectivo de las sanciones de naturaleza penal*], el Tribunal ha puesto reiteradamente de resalto la significación de la inviolabilidad de la defensa en juicio en los procedimientos administrativos (Fallos: 198:78; 306:821 y sus citas; 308:1557 y sus citas; 312:1998 y sus citas). Por aplicación de dicha jurisprudencia se consideró que resulta constitucionalmente imperativo que la autoridad policial asegure la intervención de un letrado, ya sea éste particular o de oficio, en ocasión de notificarse al condenado del pronunciamiento dictado por la citada autoridad, a fin de otorgar a éste la ocasión de interponer oportunamente el recurso pertinente (Fallos: 314:1220, disidencia de los jueces Cavagna Martínez, Barra, Fayt y Petracchi)”. Además “En esa situación, el deber de asegurar el efectivo ejercicio de los derechos recae sobre la propia autoridad estatal (cf., en este sentido, el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 18/9/2003, 124 - 130)”. Sigue relatando el fallo “Que, a este respecto, esta Corte tiene dicho que la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio en procedimientos de imposición de sanciones administrativas exige -entre otros requisitos- que el Estado provea los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa (Fallos: 312:1998, considerando 4º, del voto de la mayoría)”. Lo cierto es que la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos hace constante hincapié en la necesidad de progresar eficazmente en el control de las garantías procesales en los procedimientos sancionatorios no penales y esto está en directa relación a una mejora en el perfil de la dirección de la investigación y la acusación, además del control de garantías y el juzgamiento¹⁰⁷.

¹⁰⁶ “N., J. G. s/ infr. art. 15, inc. 4º, LCP s/ incidente de inconstitucionalidad”, Sentencia del 5/10/ 2010

¹⁰⁷ “...En este sentido, y con relación a este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el deber de control judicial de las detenciones administrativas

Finalmente, para poder comprender la convivencia entre lo contravencional-ambiental y las infracciones ambientales administrativas, recordemos que Zaffaroni dice que aquél primer ámbito es considerado un *derecho penal mínimo* y que por ello se nutre de los principios de esta rama del derecho. Al contrario, las faltas ambientales son un *derecho administrativo sancionador*, propio del poder de policía de las Administraciones¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. Quedara para el lector el desafío de profundizar sobre la aplicación simultánea de ambas normativas y analizar críticamente la naturaleza de su coexistencia.

d) daños individuales por alteraciones ambientales / derecho civil ambiental

Primeramente debemos distinguir del daño ambiental colectivo¹¹⁰, los daños en bienes o derechos privados de las personas, o daños causados por o a través del ambiente o por rebote, o por fin, daños ambientales individuales, que son propios del derecho civil argentino¹¹¹.

o policiales exige algo más que un recurso eventual y dependiente de la voluntad del afectado, pues de otro modo se distorsionaría la naturaleza misma de la garantía de todo detenido de ser llevado sin demora ante un juez (cf. *Mutatis mutandis*, caso “De Jong, Baljet y Van den Brink vs. Países Bajos”, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 22/05/1984, §51, y “Niedbala vs. Polonia”, del 4/07/2000, §50) (C.S.J.N., causa “N.J.G.”).

¹⁰⁸ Cf. (ZAFFARONI, 2005; p. 137-139); citado por Franza (2007, p. 146).

¹⁰⁹ Para mas ilustración ver Franza (2007, p. 146-162).

¹¹⁰ Aclaremos que cuando nos referimos al daño ambiental en este papel nos dirigimos a los daños colectivos, tomando la precaución de aclarar sólo cuando abordamos los daños y perjuicios individuales derivados de los conflictos por impactos ecológicos.

¹¹¹ LGA, art. 30°.- Producido el daño ambiental colectivo, ...; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

LPA, art. 13°.- Cuando por causa de acciones u omisiones del Estado o de particulares, se produzcan daños o pudiera derivarse una situación de peligro, perturbación, amenaza o restricción en el goce de los derechos de incidencia colectiva de naturaleza ambiental, podrán ser ejercidas ante los tribunales que correspondan las siguientes acciones: 1. Acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes del ambiente que pudieran producirse. 2. Acción de reparación tendiente a restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales ubicados en el territorio de la Provincia que hubieren sufrido daños como consecuencia de la intervención del hombre.

El trámite que se imprimirá a las acciones será el correspondiente a juicio sumarísimo. El accionante podrá instrumentar toda prueba que asista a sus derechos, solicitar medidas

En general podemos proponer que estos se corresponden con la tutela reparativa de matices clásicos – patrimonialista e individualista – prevista en el Código Civil y contemplada en la mayoría de los procesos de conocimiento de los códigos rituales provinciales y el federal¹¹².

No obstante, autores como Cafferatta explican que las previsiones de la LGA también se aplican a estos casos de daños individuales¹¹³, con lo cual, varias de las cuestiones propias de la tutela diferenciada que veremos a continuación serían de aplicación ante estos daños, innovando la tutela resarcitoria civil clásica.

e) daños ambientales colectivos / derecho ambiental argentino / tutela ambiental diferenciada

Son daños ambientales de incidencia colectiva o daños al medio ambiente en sí mismo o daños ecológicos¹¹⁴. Se asientan en una

cautelares, e interponer todos los recursos correspondientes.

Están legitimados para ejercer las acciones previstas:

- a) Cualquier persona que habiendo sufrido un daño actual y directo en su persona o patrimonio, se encuentre de algún modo vinculada a las consecuencias dañosas de los actos u omisiones descriptos en este artículo. Cuando los daños ocasionados afecten los bienes del Estado Provincial, se dará intervención a Fiscalía de Estado de conformidad al Art. 149 de la Constitución Provincial.
- b) Todas las asociaciones abocadas a la defensa del Medio Ambiente registradas conforme a la ley.
- c) El Ministerio Público.

¹¹² Explica Adela Seguí que este es un estadio de la responsabilidad civil clásica, que en el plano del derecho sustantivo la sanción corresponde a la tutela civil resarcitoria, que actúa después de la lesión; y que en el plano del derecho adjetivo diseñó el proceso civil clásico, que mira hacia el pasado y que es incapaz de anticiparse al daño, con su clasificación trinaría de las sentencias: declarativa, constitutiva y condenatoria. Esta tutela se desentendía de ciertos derechos y situaciones sustanciales, propias del conflicto ambiental, que no consienten que primero sean lesionados y después resarcidas, porque parte de su contenido no es patrimonial y requiere ser reestablecido al estado anterior. En *Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental*; en obra colectiva de Lorenzetti (2009, p. 101-102).

¹¹³ Cf. (CAFFERATTA, 2009, p. 26).

¹¹⁴ LGA, art. 27°.- El presente capítulo establece las normas que regirán los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos.

base constitucional y su ámbito de ejercicio es un tema que viene calando hondo en la doctrina.

En Argentina el daño ambiental de incidencia colectiva es toda alteración relevante, que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos. El mismo puede ser causado por hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos. El acto lesivo puede derivar de la acción u omisión del contaminador¹¹⁵.

En términos jurídicos, para su afectación se debe:

-alterar el principio organizativo sustancialmente (‘los procesos ecológicos esenciales’); se lo debe alterar en su conjunto, “sistémicamente” (‘los sistemas de vida’); y,

-además con ello repercutir en aquellos ‘presupuestos de los que dependen el desarrollo y la supervivencia humana’ (bienes culturales y naturales de carácter social).

El ejercicio de la acción de cese, de protección y/o de reparación han sido depositadas por gran parte de los autores en el derecho civil¹¹⁶, aunque un importante sector sostiene su pertenencia al administrativo¹¹⁷ y otro enarbola la autonomía de la Responsabilidad Ambiental¹¹⁸.

Más allá de profundizar un análisis que califique al ámbito jurídico al que pertenece, el capítulo de la ley nacional ambiental que regula esta porción o sub-sistema de responsabilidad ambiental, podemos esforzarnos útilmente en establecer las herramientas que conforman la garantía del derecho al ambiente sano.

Ya hemos dejado sembrado un camino confirmatorio de que esta acción ambiental posee un alma pública y un cuerpo privado, como sostiene Cafferatta, un “daño público” *pero de nueva categoría*:

¹¹⁵ LGA, art. 27°.

¹¹⁶ Cf. (CAFFERATTA, 2009, p. 27).

¹¹⁷ Cf. (HUTCHINSON, 2009, p. 1).

¹¹⁸ Cf. Pigretti (2003, p. 8), entre muchas otras citas del autor hechas por Cafferatta (2009, p. 11).

el Daño Ambiental Colectivo¹¹⁹. Lo cierto es que la *reparación in pristinus* (recomposición) tiene carta de ciudadanía en la Constitución Nacional y es desde allí donde imprime sentido a los procesos jurisdiccionales donde se ventile su adjudicación.

Los daños colectivos ambientales son reclamados por el damnificado o ciudadano con interés difuso, una ONG ambientalista o el defensor del pueblo provincial o el de la nación (art. 43° de la Constitución Nacional). Solo pueden ser tratados por un juez, pues todo el capítulo del daño ambiental de la ley LGA (arts. 28° al 33°) radican en la justicia ordinaria interviniente el tratamiento de la responsabilidad de cesar, restablecer o de indemnizar por motivos de preservación ecológica.

Sostiene Cafferatta (2009, p. 91-92) que las dimensiones de la responsabilidad civil ambiental poseen los siguientes tramos o secuencias, que no se excluyen sino que, en determinadas circunstancias, pueden concurrir o acumularse:

- ex ante: 1) responsabilidad por el riesgo de daño ambiental, precautoria (riesgo incierto);
- 2) responsabilidad por el riesgo de daño ambiental, preventiva (riesgo cierto);
- ex post: 3) responsabilidad por restauración, reparación en especie *in situ* o *in natura* o recomposición del daño ambiental;
- 4) en subsidio, o sustitución, por imposibilidad técnica de la restitución al estado anterior del daño, la responsabilidad por compensación ambiental, responsabilidad por equivalente o sucedáneo, en especie *ex situ*.

La responsabilidad ambiental argentina es objetiva¹²⁰, con especiales causales de exención¹²¹ y prefija una regla de distribución

¹¹⁹ Cf. (CAFFERATTA, 2009, p. 13 / 30).

¹²⁰ LGA, art. 28°.- El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción...

¹²¹ LGA, art. 29°.- La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...

solidaria pasiva de los daños¹²². También estipula que si no puede restablecerse a la situación anterior a la degradación acontecida, las indemnizaciones se hacen a un fondo a cargo del Estado, lo cual deja patente de que nos encontramos ante un daño de incidencia colectiva de caracteres públicos¹²³.

Los procedimientos jurisdiccionales para ventilar la responsabilidad ambiental por daños al medio también presentan particularidades. El abordaje de esta actuación judicial se ubica en área del *moderno Derecho Procesal*, donde

[...] la tutela jurisdiccional no es más sinónimo de sentencia, sino de procedimiento estructurado para una tutela efectiva y adecuada del derecho material; preocupación que refleja el intento de volver a unir lo que el Derecho procesal clásico había separado: el fondo y la forma. (SEGUÍ, 2009, p. 103)

La doctrina explica que en líneas generales cuando hablamos de tutela judicial efectiva¹²⁴, hacemos referencia a la eficiencia de la justicia y a su acceso irrestricto. La eficacia del proceso se verifica cuando los mecanismos procesales existentes de origen legal, funcionan en la práctica aproximadamente igual, a la manera en que fueron concebidos. El objetivo de configurar la tutela diferenciada como un derecho de naturaleza constitucional es hacer que comparta, con el

¹²² LGA, art. 31°.- Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

¹²³ LGA, art. 28°.-... En caso de que no sea técnicamente factible [el restablecimiento al estado anterior a la producción del daño], la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder.

¹²⁴ Explica Torres Traba que *La locución tutela judicial efectiva nace con la redacción del Art. 24 de la Constitución de Italia de 1947 y con la confección de los Arts. 19.4 y 103.1 de la Ley fundamental de Bonn de 1949, siendo mayormente conocida por su incorporación al Art. 24 de la Constitución española de 1978 y los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.*

resto de derechos fundamentales, los siguientes atributos: -ser uno de los elementos esenciales del ordenamiento jurídico político; -ser un derecho subjetivo de todo justiciable y, al mismo tiempo, tener fuerza normativa de la mayor jerarquía y que, por tanto, vincule de forma directa e inmediata tanto al Estado como a los particulares; -inspirar y dirigir la producción, interpretación y aplicación de normas jurídicas, dotando de efectividad al proceso. Por ende la tutela judicial efectiva, exige no sólo un juez activo dotado de tutelas diferenciadas (urgentes y especiales) que le permitan prestar un *Servicio de Justicia* adecuado a las circunstancias, sino también un juez “profiláctico” más preocupado por prevenir entuertos que por deshacerlos¹²⁵.

En el proceso ambiental argentino, el juez se encuentra munido de especiales facultades, amplias e incluso oficiosas, que exorbitan al proceso civil clásico¹²⁶. Además, en él se establece un claro vínculo entre el ejercicio de la actividad técnica de policía ambiental del Estado y el marco probatorio del proceso¹²⁷ y la cosa juzgada tiene un alcance colectivo¹²⁸.

El daño ambiental colectivo es, por fin y cerrando el círculo que abrimos al tocar las claves constitucionales de la materia, una lesión a un

¹²⁵ CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, 25., 2009, Buenos Aires. TORRES TRABA, José María. *Las tutelas procesales diferenciadas*. Aspectos prácticos que justifican su sistematización. Con cita de Jorge Peyrano. Autor: Buenos Aires. Disponible en: <www.fileden.com>. Acceso en: 22/07/2013.

¹²⁶ LGA, art. 32°. — La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.

En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

¹²⁷ LGA, art. 33°. — Los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán la fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho de las partes a su impugnación.

¹²⁸ LGA, art. 33°. — La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

derecho de pertenencia difusa, cuyo remedio normativo en Argentina se encuentra especialmente garantido por formas de reclamación, legitimación, reparación y tutela extraordinarias y diferenciadas por sus especiales caracteres de derecho fundamental humano.

5. El Ministerio Público Fiscal como agente de la protección ambiental.

Resulta claro para el lector ya en esta instancia que en Argentina existe una gran dispersión normativa además de un sinnúmero de instituciones que tienen el deber de llevar adelante los procedimientos de protección ambiental. Esto permite imaginarse que forma un obstáculo para la efectividad de los mismos. Ante ello, la búsqueda en este punto es, teniendo en cuenta este profuso sistema de responsabilidad ambiental argentino y que además posee una gran apertura legitimatoria constitucional a sujetos particulares y entidades de derecho privado, preguntarnos si hace falta un organismo como el Ministerio Público para poner en marcha los procesos de prevención y protección. Es más, si presta alguna mejora el concentrar las funciones de instar los procedimientos y especializar la actuación pública ambiental.

Empecemos concertando que en materia de protección ambiental lo esencial es la intervención transversal y multienfoque, ya que no alcanza con penar, con multar, con sancionar, con reparar, sino que hace falta prevenir sin olvidarnos del reproche y el ejemplo simbólico de las penas.

El ministerio público fiscal argentino ha venido, muy lentamente, ganando espacio como herramienta institucional para los cometidos ecológicos públicos. Esencialmente, ha mostrado sus mayores logros en lo que, por tantos años, ha aprendido a hacer bien: ejercitar las *acciones penales públicas*. En este esfuerzo podemos rescatar que ha revitalizado una mirada crítica a los sistemas productivos vigentes poniendo el acento en las descargas contaminantes que otrora la sociedad asumía irreflexivamente como los designios del progreso, y, también, ha puesto de relieve el rol de los funcionarios públicos de control y las desviaciones de poder.

Una elocuente cita del Fiscal ante el Tribunal Supremo de España, Antonio Vercher Noguera, quien al reflexionar sobre el poder y el medio ambiente, nos recuerda que la Fiscalía General del Estado Español incluyó en sus memorias referencias puntuales a actividades improcedentes de la Administración, a todos los niveles y no solamente en el ámbito local, o a la falta de colaboración de la misma en actividades de investigación en el contexto ambiental, o incluso sentencias, entre otros, del Tribunal Supremo, referidas a temas de indudable valor ambiental en los que la Administración adoptó en su momento una actitud cuanto menos sospechosa y, en ocasiones, rayana al delito¹²⁹.

En ese orden, la necesidad de avanzar en la materia ambiental ya fue puesta de relieve en la VII Reunión de Procuradores y Fiscales Generales de la República Argentina celebrada en Paraná, Entre Ríos, en 1995 donde se resolvió intensificar el accionar de los órganos correspondientes del Ministerio Público en el marco de la competencia que el derecho público provincial les asigna a fin de que no se torne ilusorio el derecho que tienen todos los habitantes conforme está consagrado por el art. 41° CN^{130,131}. Lo cierto es que el movimiento de fiscales especializados en lo ecológico no fructificó masivamente aún. No podemos obviar que, ciertamente, atenta al pleno desarrollo del despliegue fiscal en la materia penal ecológica la tímida legislación que ofrece el sistema legislativo. Así lo han afirmado autores de la talla de Camps (2005).

Cerrada esta somera pincelada sobre la actuación fiscal penal, cabe preguntarse ahora por el rol que este órgano requirente tiene en los demás ámbitos de responsabilidad que hemos visto. Al respecto dijimos ya lo útil y pertinente que puede ser la tarea contravencional

¹²⁹ Cf. (VERCHER, 1998, p. 17).

¹³⁰ Citado en Camps (2005).

¹³¹ En la Ciudad de Buenos Aires el 23 y 24 de septiembre del año 2003, jueces y fiscales de distintos países de América Latina nucleados por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Instituto del Banco Mundial, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales de la República Argentina (FARN) y el Instituto de Derecho para un Planeta Verde de Brasil, redactaron y suscribieron un acta denominada "DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES", donde claramente los objetivos de la aplicación efectiva del Derecho Ambiental se entrecruzaban con la especialización del sector fiscal y judicial, para el logro de la sustentabilidad.

para la protección ecológica. Y que en muchos estados provinciales los fiscales han empezado a participar en la actividad investigativa administrativa, pero esta no es la regla. El trasvase *consuetudinario* de este ámbito del derecho penal ha venido acompañado de una inercia del monopolio de la instrucción policial que resulta muy difícil de romper para los legisladores y operadores jurídicos de la administración de justicia. Los roles fiscales se hallan en mayor medida atados a los controles de competencia y garantías, fundamentalmente en la articulación de las vías recursivas. Mucho para ofrecer pero poco es lo logrado aún a través de la herramienta contravencional para la protección ecológica.

Lo propio sucede en la actividad administrativa. Lejos de experiencias como la Brasileña, donde el Ministerio Público desde los años 80⁷ a más de tener legitimidad para interponer acción penal, para asegurar una actuación unificada¹³² se le han acumulado en la esfera extra-penal institutos como el “*inquérito*” ó *investigación/averiguación civil*, que es un recurso administrativo pre-procesal, de exclusividad del Ministerio Público que les permite la recolección de pruebas e investigar sin intermediarios. Y, además como si fuera poco, agreguemos que en ciertos Estados los miembros de fiscalía concurren como partes interesadas a los órganos que tratan las certificaciones ambientales administrativas, los permisos de alto impacto o los consejos donde se discuten los lineamientos de la política de control ambiental.

En Argentina, la participación en este sentido y dentro del ámbito de los ministerios requirentes dista mucho de estos despliegues, aunque últimamente se ha visto fortalecida por la impronta de la Ley de Información Pública Ambiental n° 25831, que los faculta a accionar para obtener por la vía judicial los elementos que contengan datos que permitan fiscalizar la regularidad de la actividad técnica y habilitante de la administración y de los particulares con actividades de impacto ambiental.

Pero, en definitiva, su accionar se limita a las actividades que la sociedad denuncia o que resultan de ostensible conocimiento público, referidos normalmente a actividades contaminantes en

¹³² Cf.: ENCUENTRO DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL AMBIENTAL, 1. *Papel del ministerio público fiscal en defensa del ambiente*. Con cita de CAPELLI, Silvia. Disponible en: <www.pnuma.org>. Acceso en: 18/04/2012.

avance para su cese o reparación, que ya abren la instancia de reclamación civil. Y cuando estamos en este punto nos concentramos en la reclamación jurisdiccional del daño, o bien actual, o bien futuro, donde también aparecen herramientas procesales vinculadas al pre-daño. Pero ya nos fuimos del control del impacto ambiental por la autoridad administrativa con base preventiva o precautoria.

Pasemos a esa vía entonces, que es el ámbito o momento en el cual, normalmente, el Ministerio Público recibe las inquietudes ecológicas de la sociedad.

Si miramos otra vez el país brasilero, sus fiscales cuentan con una *acción civil pública* para defender los intereses ambientales de la ciudadanía (difusos y constitucionales), con posibilidad de introducir medidas cautelares de urgencia y de anticipación de tutela. Y además, con el *compromiso de “ajustamiento” de conducta*, que es instituto “sui generis” (civil/administrativo) que posibilita a los fiscales lograr un ajuste de la conducta lesiva por parte del dañador, que intermedia en la prosecución de las acciones judiciales.

En Argentina sería totalmente factible unir al esfuerzo de acusación criminal ecológica, más vías como la civil para mejorar los resultados de protección. Así, el Ministerio Público Fiscal Nacional en su ley orgánica n° 24946 tiene un artículo, el 41°, que ordena a los fiscales federales hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales para prevenir, evitar o remediar daños al medio ambiente, entre otras funciones propias y atinentes¹³³.

¹³³ Ley N° 24.946, Orgánica Del Ministerio Público Federal (P.B.O. n° 28862 del 23/03/1998). Art. 41. — Los fiscales ante la justicia de Primera Instancia Federal y Nacional de la Capital Federal, en lo civil y comercial, Contencioso Administrativo, Laboral y de Seguridad Social, tendrán los siguientes deberes y atribuciones: a) Hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan. b) Ofrecer pruebas en las causas y trámites en que intervengan y verificar la regularidad de la sustanciación de las restantes ofrecidas o rendidas en autos, para asegurar el respeto al debido proceso. c) Intervenir en las cuestiones de competencia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público. Disponible en: <<http://inforeg.mecon.gov.ar/inforegInternet/verNorma.do?id=49874>>. Acceso en: 22/07/13.

Al respecto la Corte Nacional, en la mas importante causa de contaminación jamás judicializada en el país hasta el momento, ha dicho que “El *Ministerio Público Fiscal* cuenta con ingentes atribuciones en causas concernientes a la prevención y remediación de daños al medio ambiente, al punto que se le autoriza para hacerse parte en dichos procesos (art. 41, inc. a, ley 24.946), atribución de la que no hizo uso la Procuración General en oportunidad de dictaminar acerca de la competencia ni solicitó ejercer ulteriormente, a pesar de haber sido notificado del trámite conferido al asunto y de la excepcional difusión pública con que contó el proceso”¹³⁴.

Nos concentremos en esto. Lo que usualmente sucede para la falta de intervención precisa y útil en estas ocasiones es, sencillamente, la falta de un auxilio especializado al área fiscal existente, históricamente ordenada a la función penal y donde la rama civil o contencioso-administrativa, o mayor aún, la ambiental, son una *rara avis*.

Para paliar este desafío, el sistema federal ha creado la Unidad Fiscal de Investigación en Materia Ambiental (UFIMA), mediante la Resolución PGN N° 123/2006¹³⁵, que actúa a nivel nacional con fiscales ubicados en diferentes regiones (enlaces).

Bajando a la provincia de Salta, también encontramos esfuerzos en este sentido. Partiendo del art. 166° de la Constitucional de Salta que enumera entre las atribuciones y deberes del Ministerio Público de Salta el accionar en defensa y protección del medio ambiente¹³⁶, su

¹³⁴ In re “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), M. 1569. XL, 23/07/2008, T. 331, P. 1676

¹³⁵ Disponible en: <<http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2006/pgn-0123-2006-001.pdf>>. Acceso en: 22/07/13.

¹³⁶ Artículo 166°: ATRIBUCIONES Y DEBERES. Son sus atribuciones y deberes, las fijadas por la ley y especialmente: Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Intervenir en toda causa judicial en que esté interesado el orden público. Velar por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, estando legitimado para demandar la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, ordenanza, actos, contratos o resolución de cualquier autoridad pública provincial o municipal... Accionar en defensa y protección del medio ambiente

ley orgánica n° 7328¹³⁷ define en su art. 10°, entre las competencias del Ministerio Fiscal, la interposición y prosecución de pretensiones destinadas a la defensa del medio ambiente y el ejercicio de la acción civil pública. Además le permite ejercer la defensa y protección del medio ambiente mediante una legitimación procesal activa, ya sea que se actúe por denuncia o de oficio y también mediante reclamo en sede administrativa o ante personas jurídicas y frente a los particulares (art. 58°). Estas funciones aún se ven ampliadas en cabeza del Procurador General (art. 32°).

Consecuentemente a todo este reparto legal, la Resolución N° 6710/09 del Colegio de Gobierno, crea una Secretaría Relatora especializada en materia medioambiental y defensa de intereses difusos a la que se accede por concurso público de antecedentes y oposición, que por Resolución N° 68/09 de la Procuración General es afectada a su órbita, con la función de recopilar todos los antecedentes que puedan servir de base al ejercicio de las atribuciones de protección del medio ambiente y formular proyectos de presentaciones judiciales y administrativas relacionadas a la materia de su competencia.

Es decir que, en la Nación como en un Estado como el de Salta, podría el Ministerio Público Fiscal prestar una gran colaboración como herramienta de protección ambiental. Al respecto cabe mencionar el medular análisis de Ucín (2012, p. 225) en un trabajo sugestivamente titulado “¿Por qué el Ministerio Público?: Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público” donde elogia la posición constitucional y la conformación institucional de los Ministerios requirentes para atender de mejor manera la litigación de interés público como la ambiental.

Sentados por fin, en el necesario *carácter multienfoque* precautorio, preventivo, reparatorio e indemnizatorio que exige la materia, al que ya hemos aludido, el abordaje atomizado en distintas autoridades

e intereses difusos...

¹³⁷ Ley n° 7328 Orgánica del Ministerio Público de Salta (P.B.O. n° 17.038 del 30/12/2004) <http://www.diputadosalta.gov.ar/leyes/7328-htm.pdf>

de un problema ambiental (constitucional, contravencional, penal, civil, administrativo) resulta obstinadamente perjudicial al cometido de la protección ambiental. El Ministerio Público Fiscal esta claramente en condiciones de hacerlo, pero le falta un condimento orgánico: la especialización en la materia.

Por ello venimos pregonando hace un tiempo ya que profundizar y especializar el sistema fiscal ambiental sería tomarse en serio los derechos ambientales¹³⁸. Que se cumpla la ley para que todos vivamos mejor.

Referencias bibliográficas

BECK, Ulrico. *Risk Society: Towards a new modernity*. Londres: Sage, 1992.

BELOFF, Mary. *Lineamientos para una política criminal ecológica: Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1994.

CAFFERATTA, Néstor. Teoría General de la responsabilidad civil ambiental. In: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Derecho Ambiental y Daño*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

CAMPS, Carlos E.; NOLFI, Luis M. Importancia del ministerio público en el derecho penal ambiental. *Revista Procesal Penal*. N° 36, 2005, p. 23-46.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El daño ambiental colectivo*. Disponible en: <<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/EL%20DANO%20AMBIENTAL%20COLECTIVO-PONENCIA.pdf>>. Acceso en: 22/07/2013.

CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, 25., 2009, Buenos Aires. TORRESTRABA, José María. *Lastutelas procesales diferenciadas*. Aspectos prácticos que justifican su sistematización. Con cita de Jorge Peyrano. Autor: Buenos Aires. Disponible en: <www.fileden.com/2Ffiles%2F2010%2F8%2F24%2F2951174%2FTutelas%2520>

¹³⁸ Cf. (LLORET, 2013).

procesales%2520diferenciadas%2520su%2520justificaci%25C2%25A2n.doc&ei=QvdJUyaeHpGI9gTunIC4Ag&usg=AFQjCNENApB-5IRhM1AGhmV4JN34PFoWSw&bvm=bv.44011176,d.eWU>. Acceso en: 22/07/2013.

ENCUENTRO DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL AMBIENTAL, 1. *Papel del ministerio público fiscal en defensa del ambiente*. Con cita de CAPELLI, Silvia. Disponible en: <www.pnuma.org/2Fderamb%2Fdocumentos%2Frol%2520de%2520las%2520fiscalias%2FEI%2520Papel%2520del%2520Ministerio%2520Pulblico.pdf&ei=IDuPT-vAL4bAgAev07SoDg&usg=AFQjCNH9P10a7xBDUyonzKm67lilUipnggUNEP>. Acceso en: 18/04/2012.

ESAÍN, José Alberto. *Competencias Ambientales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

FRANZA, Jorge A. *Delito Ambiental*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2007.

HUTCHINSON, Tomás. El Daño Ambiental Colectivo. *La Ley*, Diario, tomo 2009-F, año LXXIII n° 23, p. 1, 2009.

IBARRA, Marcelo et al. La Protección Ambiental y el Ministerio Público. In: *Lecciones sobre los Nuevos Perfiles del Ministerio Público*. 1. ed. Salta: Escuela del Ministerio Público de Salta, 2012, p. 211-227.

JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. Estudio Introductorio: El Derecho a vivir en un ambiente sano. In: ESAÍN, José Alberto. *Competencias Ambientales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

LIBSTER, Mauricio H. *Delitos Ecológicos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.

LLORET, Juan Sebastián. *Reflexiones sobre el marco institucional de la acusación y el reclamo ambiental en Argentina, con miras a Rio+20*. Disponible en: <http://www.mpambiental.org/archivos/artigos/Denuncia_Acusacion_Ambiental_Rio+20_LLORET_publicoElDial.pdf>. Acceso en: 22/07/2013.

_____. La Protección Ambiental y el Ministerio Público. In: IBARRA, Marcelo et al. *Lecciones sobre los Nuevos Perfiles del Ministerio Público*. 1. ed. Salta: Escuela del Ministerio Público de Salta, 2012, p. 211-227.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría del Derecho Ambiental*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.

_____. *Derecho Ambiental y Daño*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

_____. La Responsabilidad civil. *Revista Jurídica Argentina*, Buenos Aires: La Ley, 2003-A.

MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal argentino*. tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi SRL, 1989.

PIGRETTI, Eduardo. *Derecho Ambiental Profundizado*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

SARMIENTO, Daniel. *La responsabilidad ambiental en perspectiva comparada*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2006. Disponible en: <http://www.danielsarmiento.es/pdf/responsabilidad_medioambiental.pdf>. Acceso en: 12/03/2013.

SEGUÍ, Adela. Prevención de los daños y tutela inhibitoria en materia ambiental. In: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Derecho Ambiental y Daño*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

UCÍN, María Carlota. ¿Por qué el Ministerio Público? Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público. In: *Revista de Derecho Procesal*: número extraordinario/dir. Arazi R. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2012.

VERCHER NOGUERA, Antonio. Reflexiones sobre poder y medio ambiente. In: *Cuadernos del Guincho*; n° 5/6, 1998, p. 16-18. Disponible en: <<http://www.laopiniondelanzarote.com/cuadernos/pdfs/numero05-6/reflexionessobrepoder.pdf>>. Acceso en: 22/07/2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal - parte general*
I. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____. *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires:
Ediar, 2005.

_____. *Manual de Derecho Penal*. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires:
Ediar, 2009.

Autor convidado.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130014

**GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE
E OS CONTORNOS DE UMA DEMOCRACIA
DA PÓS-MODERNIDADE**

**GLOBALIZATION, TRANSNATIONAL
MANIFESTATION AND THE DRAWING
OF THE POSTMODERN DEMOCRACY**

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil

iguimaraes@mp.sc.gov.br

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de investigação a globalização e as manifestações políticas transnacionais, a fim de identificar as transformações que se sucederam na teoria do Estado como consequência desses fenômenos, especialmente no que se refere à nova forma de entender a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do Estado; globalização; transnacionalidade; democracia.

ABSTRACT: This paper has globalization and transnational politics manifestations as his object. And I'll try describe the transformations verified in the State theory caused by that phenomena, especially with regard to the new way of understanding democracy.

KEY WORDS: State theory; globalization; transnational manifestation; democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Estado como unidade política à transnacionalidade: uma tentativa de compreensão dos novos paradigmas político-jurídicos. 2.1. Estado como ideia de unidade. 2.2. A experiência da União Europeia e a redefinição de soberania. 2.3. Novos paradigmas político-jurídicos. 3. Transnacionalidade e globalização: diferenças conceituais. 3.1. Globalização ou globalizações? A proposta sociológica de Sousa Santos. 3.2. Transnacionalidade e sua dificuldade conceitual. 4. Da democracia dos modernos à democracia da pós-modernidade. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

Os estudiosos costumam inserir o surgimento do Estado na Idade Moderna, bem durante a efervescência política do Renascimento (acerca da qual ninguém melhor que Burckhardt para falar), coincidindo, do ponto de vista histórico, com o esgotamento dos paradigmas da Idade Média. Trata-se do momento em que a *intelligensia* – representada por politólogos da envergadura de Maquiavel e por filósofos como Pico Della Mirandola – passa a perceber, por um lado, a distinção entre os negócios públicos do sistema político em que está assentado o povo e a esfera na qual se inscrevem as regras de sua vida, assim chegando à conclusão da amoralidade do poder político e de uma razão própria para coordenar politicamente o povo: a *ragione di Stato*; por outro lado, a compreensão da existência humana a partir do antropocentrismo atuará, ainda que percorrendo longo período de amadurecimento, para estabelecer os elementos conceituais do Estado e, mais do que isso, delimitar as esferas de competência e de liberdades individuais. Isso, todavia, durante o período de crise, quando se dá a ruptura e uma reelaboração dos modelos no plano prático e teórico.

A teoria do Estado, cujas teses são amparadas em geral pelo historicismo ou pela sociologia, sustenta a configuração de uma unidade moral e política para a constituição de seu objeto de estudo. É pela autodeterminação dos povos que se origina o poder político engendrador do Estado, que se legitimará por uma espécie de impulso existencial – daí reconhecendo-se uma unidade de desígnios

determinados pelo vínculo entre povo e poder político. O Estado, exercendo o poder político total – a soberania – reivindicará autonomia para deliberar seu direcionamento e, no plano dos relacionamentos com os outros Estados, sempre será um organismo político individuado. Contudo, a última quadra do século XX colocará em causa, por múltiplos fatores (políticos, tecnológicos, econômicos), o desenho do Estado da modernidade, mitigando a própria dimensão conceitual de soberania.

A presente investigação tentará evidenciar isso. Em primeiro lugar, traçando as linhas teóricas do Estado, tal como representado pelo ramo específico de estudos, até ficar evidenciado o fenômeno que propiciará o novo esquema de relações entre os Estados, o qual, a bem da verdade, deixará de lado as proposições bilaterais e as ditadas por interesses supranacionais, para estabelecer-se multilateralmente. Para chegar a esse ponto, será necessário, em segundo lugar, diferenciar-se o fenômeno da globalização daquilo que, em termos teóricos, implica uma revisão da teoria do Estado: a transnacionalidade. Esta expressão político-jurídico-econômica será examinada, por fim, a partir de seu pressuposto legitimador, qual seja, o consenso multilateral, referido neste trabalho como *democracia da pós-modernidade*.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato em forma de artigo se baseiam no método indutivo, e as técnicas empregadas são as do referente, das categorias e dos conceitos operacionais. Ao longo do trabalho serão descritos os conceitos operacionais das categorias utilizadas.

2. Do Estado como unidade política à transnacionalidade: uma tentativa de compreensão dos novos paradigmas político-jurídicos

Tão difícil quanto a localização do marco histórico em que se deu o advento do Estado é a sua categorização ao longo do tempo segundo os elementos conceituais normalmente utilizados por teóricos do Estado, cientistas políticos e constitucionalistas. Isto embora já se tenha alguma noção desse fenômeno sócio-cultural-político desde a mais longínqua antiguidade. Afinal, as civilizações que formam

o tronco comum ocidental – a grega, a romana¹ e a judaica – já discerniam as questões fundamentais em torno da ideia de organicidade política. Em seu livro *A República*, Platão trata de uma *pólis* rigidamente estruturada em funções, governada pelo *sofiocrata*, o rei filósofo. Aristóteles, percorrendo outros métodos, não apenas descreve em *A Política* as funções dos organismos sociais, como também, num experimento sociológico, identifica as partes integrantes da *pólis*, devidamente constituídas em ordem à satisfação dos interesses do homem, aqui sempre visto de forma absolutamente diferente dos animais (com aparato instintivo) e dos deuses (que vivem em outro nível de realidade, a transcendental), mas, *tout court*, o homem *zoón politikón*, o que já nos permite compreender que o mundo helênico conhecia as ideias de organização política – e seu derivado, o poder político – e de povo². Mais ou menos aquilo que se observará entre os judeus dos tempos bíblicos, que criaram uma teocracia democrática³, arimada, por um lado, na mística de que a Divindade proveu Seu povo de uma Terra Santa, onde todos deveriam obediência à Sua autoridade, e, por outro lado, de que deveriam ter seu governo terrenal (embora também através da providência divina). É em Deuteronômio, 17, 14-15, que lemos:

Quando fores à terra que o Eterno, teu Deus, te dá, e a herdares e nela habitares, e disseres: ‘Porei sobre mim um rei, como o fazem todas as nações que estão ao redor de mim’ – certamente poderás pôr sobre ti o rei que o Eterno, teu Deus, escolher. (BÍBLIA HEBRAICA, 2006, p. 197).

¹ Por mais que se pense numa ancestralidade ocidental radicada em Roma e no mundo helênico, é equivocada o reducionismo normalmente expresso pelos termos adjetivados compostos, quando se fala, v.g., numa civilização greco-romana. Especialmente ao entrarmos nas peculiaridades dos sistemas políticos de cada um desses pilares civilizacionais.

² É a ideia que perpassa a obra de (MOSSÉ, 1997, *passim*).

³ O termo teocracia não é novo, podemos encontrá-lo na obra do historiador judeu Flávio Josefo. Ao rebater como caluniosas as ideias do escritor alexandrino Ápio sobre os judeus, Josefo faz uma ampla abordagem sobre a judeidade, incluindo sua organização social, religiosa e política. No livro II de sua última obra, Sobre a antiguidade dos judeus, refere Josefo (II, XVI – As leis de Moisés, 165): “Nuestro legislador no atendió a ninguna de estas formas de gobierno, sino que dio a luz el estado teocrático, como se podría llamar haciendo un poco de violencia a la lengua”, criando um neologismo que passou a ser normalmente referido desde então (JOSEFO, 2006, p. 124). Especificamente com relação ao Estado judeu do período bíblico (cf. BELKIN, 2003, p. 13-17), refere ali se verificar uma teocracia democrática.

Já os romanos, ao sistematizarem seu direito, concebido como elemento de preservação da *pax publica* (CÍCERO, 2004), viram na efetiva participação do povo na coisa pública, na *res publica*, uma forma virtuosa para a concretização do poder político, o elemento seminal para a ideia de soberania democrática⁴. E é em torno deste elemento que se desenvolverá o problema do Estado, desde uma concepção personalista, como depreendemos de Bodin, ao tempo do *ancien régime*, até chegarmos aos arranjos conceituais dos contratualistas do século XVIII⁵.

É também partindo desta questão problemática que as teses unitárias tomam o Estado como realidade política somente após a Idade Média, quando os vínculos culturais e políticos são de tal forma bem estruturados que as fontes policêntricas de poder são substituídas pela ideia de autodeterminação político-jurídica⁶, que virá a ser uma das expressões modernas de soberania. As fontes morais do corpo social dão lugar à *ragione di Stato*, implicitamente preconizada por Maquiavel em *O Príncipe*; e o povo, o elemento formador do Estado e do qual deriva o poder político, organizar-se-á segundo um conjunto de interesses consensuais dando-lhe direção, iniludivelmente como no sistema histórico orteguiano, em que se parte de todo o acervo de experiências que se interligará às perspectivas para o futuro.

Se esta noção mais bem formulada acerca do Estado (enquanto unidade política ou, *tout court*, a sua denominação de Estado-nação,

⁴ A natureza, que provê os seres humanos de um instinto de conservação, leva-os, pelas virtudes civis desenvolvidas na civitas, “[...] a reunirem-se em assembleias e a nelas tomarem parte; como consequência disto, ela comanda o esforço do homem em providenciar uma espécie de armazém de requisitos destinados ao seu conforto e necessidades”. (CÍCERO, 2000, p. 19). Para essa cultura da qual somos tributários no direito civil e em muitos princípios de direito administrativo, a participação cívica é não só uma virtude, mas um dever.

⁵ É comum incluir-se Hobbes entre os contratualistas de índole absolutista, mas cabe frisar que para o filósofo inglês a gênese do Estado está no poder político democrático. Afinal, a deliberação sobre sua constituição é tomada livremente pelos homens.

⁶ Heller é um dos que entende a questão desta forma. O politólogo alemão refere: “É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e no interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”. (HELLER, 1968, p. 158).

cujo momento embrionário se localizará na Renascença, distendendo-se pelo período de surgimento dos modernos Estados europeus baseados em territórios delimitados e com poder central, passando pela independência norte-americana e indo até a primeira metade do século XX, quando se deu a criação do Estado de Israel – um dos mais emblemáticos fenômenos políticos arrimados na ideia de nação –, e, por fim, tendo na guerra fria a cristalização da atitude isolacionista dos Estados), se esta noção é aquela que permaneceu mais vivamente entre os estudiosos, todavia uma abertura cosmopolita verificada desde os anos 90, intensificada especialmente com a queda do *muro de Berlim*, com o fim do bloco dos Estados socialistas soviéticos e com a materialização do Tratado de Maastricht, tem gerado um estranhamento, já que o fenômeno – ou o sistema fenomênico – é representado, e largamente teorizado, como a crise conceitual e estrutural do Estado. Tentemos melhor entendê-lo através do exame da mudança de paradigmas.

2.1. Estado como ideia de unidade

Com Maquiavel já aparecem as primeiras ideias de nacionalismo tendentes a forjar uma Itália unificada e estável, o que influenciará politólogos e a própria experiência política de toda a Idade Moderna⁷. Mas é a partir do século XVII que o sistema de organização política feudal, marcado pelo policentrismo e pela fragmentação do poder, vai sendo pouco a pouco substituído por uma prática política com governo central, dando substância ao Estado integral. Cruz, ao tratar de uma tipologia dos Estados, refere que:

[...] o Estado que se consolida no século XVII, e que em alguns aspectos responde pelo seu conceito atual, aparece quando a comunidade política se define, fundamentalmente, em função da sujeição comum a um poder político, que exerce sua autoridade em um determinado âmbito e sobre todos aqueles que se situem nele [...] (CRUZ, 2002, p. 43)⁸.

⁷ Ao tratar disso, Heller (1968, p. 161-162) escreve: “As origens propriamente ditas do Estado moderno e das idéias que a ele correspondem devem procurar-se, não obstante, nas cidades-república da Itália setentrional na época da Renascença. De Florença era Nicolau Maquiavel, cujo Príncipe introduz na literatura o termo *lo stato* para designar o novo status político (Jellinek, *Staatslehre*, pp. 132 e seg.), ao mesmo tempo que analisa, de maneira altamente viva, a *ragione di stato* da Idade Moderna.”

⁸ Não se pode esquecer, contudo, que as coisas não ocorreram de forma tão linear. Heller

Depois, ao longo do século XIX, sob os influxos do sociologismo, as ideias nacionais dão força a uma justificação do Estado como unidade constituída a partir do que Heller, em sua *Teoria do Estado*, chamou de *agrupamentos de vontades* ou de *unidades coletivas de ação*, que se expressam formando o poder político (HELLER, 1968, p. 111 ss.) e que têm nos traços culturais comuns (idioma, costumes cristalizados pela *tradio* ao longo dos tempos, etc.) seu verdadeiro êmulo.

Em obra anterior, *As Ideias Políticas Contemporâneas*, Heller parece mais enfático com relação ao tratamento do tema: “A idéia nacional é a justificação do Estado pelo povo individualizado numa comunidade de cultura.” (HELLER, 1931, p. 118). O entendimento da sociedade como um verdadeiro organismo, com suas ligações estabelecidas pelos vínculos culturais comuns, permite conceber uma base consensual de interesses, que se projetará em sua vida política. Mas as teorias sociológicas a respeito da formação do Estado sofrem forte oposição de um Kelsen, que constrói uma teoria do Estado monista arrimada em outra base.

O maior expoente do juspositivismo não nega o aspecto orgânico sob o qual se constituem as sociedades e, no que se refere a isso, vê alguma similitude com o Estado. Mas assevera a necessidade de distingui-lo das outras corporações humanas, tarefa que leva a efeito através do minucioso exame das teorias sociológicas, que vai contrastando cada qual com sua irredutível posição de que o “Estado é a comunidade criada por uma ordem nacional [...]” e “[...]”

escreve que o “aparecimento do poder estatal monista produziu-se segundo formas e etapas muito diferentes nas diversas nações. A atomização política triunfou primeiramente na Inglaterra. Foi este o único reino em que, graças à energia dos reis normandos, se consegue criar, já no século XI, uma organização política relativamente forte no meio da hierarquia feudal. Uma manifestação prematura do Estado moderno criou-se na primeira metade do século XIII na Sicília pelo genial Frederico II, que tirou de forma radical, ao sistema feudal, o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando tudo de modo burocrático” (HELLER, 1968, p. 161). Mas não se pode esquecer que, também na Europa continental, o reino de Portugal, bem antes da Restauração, era já um Estado em que a unidade era costurada pela figura onipresente do rei e de sua burocracia que, como corte itinerante, ia constituindo seu corpus fundamental em cada concelho, vila ou aldeia onde se estabelecia para as audiências públicas e normatização de atos.

o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional” (KELSEN, 2005, p. 261-262), *tout court*. Para os que entendem existir uma realidade social subjacente (e prévia) à formação do Estado, a partir do que se daria a constituição do *corpus iuris* como fenômeno distinto que virá a regular o Estado, como se este ente político e o direito fossem *dois objetos diferentes*, Kelsen contrapõe sua tese de que “[...] a comunidade a que chamamos de ‘Estado’ é a ‘sua’ ordem jurídica”. (KELSEN, 2005, p. 263). Por outras palavras, Estado e direito são uma e mesma coisa, ou, poderíamos afirmar, partindo da formulação *ubi societas, ibi ius*, que há uma absoluta equivalência entre as duas representações da sociedade politicamente organizada. É verdade que as pessoas de uma coletividade interagem dando-lhe o aspecto de coesão, mas isso, afirma Kelsen, se verifica em quaisquer fenômenos, e em toda a natureza há interação (KELSEN, 2005, p. 264), de forma que este não será o aspecto peculiar que justificará a unidade do Estado. Explica Kelsen:

Para aplicar a teoria da interação ao Estado, devemos admitir que a interação admite graus e que a interação entre indivíduos pertencentes ao mesmo Estado é mais intensa do que a interação entre indivíduos pertencentes a Estados diferentes. Mas tal pressuposição é infundada. Sejam relações econômicas, políticas ou culturais o que temos em mente ao falar de interação, não se pode questionar seriamente que as pessoas pertencentes a Estados diferentes muitas vezes têm contatos mais intensos que os cidadãos do mesmo Estado. Pensemos no caso em que indivíduos da mesma nacionalidade, raça ou religião se encontram divididos em dois Estados limítrofes cuja população carece de homogeneidade. Ser membro da mesma comunidade lingüística, da mesma religião ou profissão muitas vezes cria vínculos muito mais íntimos do que a cidadania comum. Sendo de natureza psicológica, a interação não se restringe a pessoas que vivem juntas no mesmo espaço. (KELSEN, 2005, p. 265).

Quer com isto dizer que a interação entre os membros de uma coletividade não é o fator de unidade social, mas, por outro lado:

[...] dizer que o Estado é uma unidade social concreta de interação é dizer que os indivíduos que, num sentido jurídico, per-

tencem ao mesmo Estado também têm uma relação de interação recíproca, *i.e.*, que o Estado é uma unidade social real, além de uma unidade jurídica [...] (KELSEN, 2005, p. 265).

Donde se conclui que o problema da unidade sociológica pressupõe o Estado como unidade jurídica.

O jusfilósofo da Faculdade de Direito de Viena, que teorizou a pureza do direito – que seria o direito livre de aspectos *metajurídicos*, como os da psicologia de massa, da moral, da ética –, escrevendo de forma coerente em relação a seu programa teorético – lembre-se, as ideias de Estado e de direito fundem-se, simplesmente, na categoria de sistema jurídico – também não admite possível a existência daquilo que a abordagem sociológica chamou de *vontade coletiva* ou de *interesse coletivo* e da *consciência coletiva* como pontos fulcrais da ideia de unidade que dá cabimento ao Estado. Explica Kelsen:

Se a teoria do Estado não deve transcender os dados da experiência e degenerar em especulação metafísica, essa vontade coletiva ou consciência coletiva não pode ser a vontade ou consciência de um ser diferente dos indivíduos humanos que pertencem ao Estado; o termo vontade coletiva ou consciência coletiva pode significar apenas que vários indivíduos querem, sentem ou pensam de uma certa maneira e estão unidos por sua consciência desse querer, sentir e pensar comuns. Uma unidade real existe, então, apenas entre os que efetivamente têm um estado mental idêntico e apenas nos momentos em que essa identificação de fato prevalece. É improvável que tal identificação possa existir [...]. Afirmar que todos os cidadãos de um Estado querem, sentem ou pensam sempre de uma mesma maneira é uma ficção política óbvia. (KELSEN, 2005, p. 266).

Deslocando a questão para a noção de ordem jurídica, chegar-se-ia à conclusão de que, fosse ela realmente fruto do *interesse coletivo*, então deveria haver uma completa harmonia entre os integrantes da coletividade; e essa ordem:

[...] poderia contar com a obediência voluntária de todos seus sujeitos; ela não mais precisaria ser coercitiva, e, sendo ela com-

pletamente 'justa', não precisaria nem mesmo ter o caráter de Direito. (KELSEN, 2005, p. 267).

Ao chegar a tal ponto, Kelsen já terá embasamento suficiente para refutar as teorias sociológicas que veem na unidade social um momento essencial e prévio ao advento do Estado: “O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta.” (KELSEN, 2005, p. 272). E arremata: “Descrever o Estado como ‘o poder por trás do Direito’ é incorreto, já que sugere a existência de duas entidades distintas onde existe apenas uma: a ordem jurídica.” (KELSEN, 2005, p. 275).

O pensamento monista de Kelsen em torno do problema do Estado, distinguindo-se daquela visão existencial concebida pelas vertentes sociológicas, embora seduza os mais céticos, os que duvidam de um liame ético que forme uma comunidade com interesses voltados para sua organização política e jurídica, todavia esbarra em algumas experiências políticas de autodeterminação. A criação do Estado de Israel, proclamado em 1948 por David Ben Gurion como *Medinat Iebudit*, Estado judeu, é o exemplo mais lídimo disso. Os movimentos de retorno dos judeus da diáspora a partir da baixa Idade Média, e mais tarde, já no século XIX, o movimento sionista inaugurado por Theodor Herzl, autor de *Der Judenstaat*, que conseguiu congregar lideranças judaicas para dar efetividade ao restabelecimento do Estado de Israel, e a onda migratória dos anos 40 que compele a comunidade internacional a aceitar sua (re)criação, parecem fortemente fundamentados no ideário de judaísmo, na sua acepção cultural mais ampla. Mas, por outro lado, do ponto de vista metodológico e teórico, as ideias kelsenianas juntam-se às posições sociológicas, forjadas durante um longo período da história política moderna, para conceber o Estado como unidade, como realidade social de fundação; e ambas as posições, prestigiadas por estudiosos, e justificáveis do ponto de vista da experiência histórica, arrimam-se nos paradigmas referidos à centralização do poder, à Constituição como documento político inaugural de sistemas jurídicos, nos movimentos independentistas e numa tendência ao isolacionismo, observável com maior ênfase entre Estados terceiro-mundistas.

Contudo, hoje tais posições são fortemente golpeadas por adventos políticos e econômicos que indicam a mudança de paradigmas na face ocidental do mundo, especialmente a partir da queda do *muro de Berlim* e a concretização da União Europeia, merecendo, aqui neste artigo, alguma atenção.

2.2. A experiência da União Europeia e a redefinição de soberania

A ideia do cosmopolitismo como achega para o estabelecimento de uma *paz perpétua* não é, como se sabe, pelo menos ao nível filosófico, algo novo. A abertura do homem para um reino universal, no pensamento cristão, ou a formação de um governo mundial sem fronteiras sob a modalidade republicana, segundo a concepção de Kant, prescrevem modos para se lograr a harmonia e a paz entre os povos. E terão sido estes os motivos da criação da Liga das Nações, que teve curta existência, e da ONU, ambas surgidas em períodos de pós-guerra, quando se pretendia a superação de crises mundiais. Mas os Estados que haviam combatido na Segunda Grande Guerra estavam com sua economia destruída, e a reestruturação material, condição irrenunciável para que os Estados voltassem à sua normalidade existencial, nisto incluídos os meios para facultar vida digna aos cidadãos, era a preocupação primeira. Havia, portanto, a necessidade de garantir-se não só a segurança, como também o crescimento econômico dos Estados.

Os arranjos para tratar da segurança deram causa à criação da OTAN, enquanto a reestruturação econômica dos Estados europeus coube ao Plano Marshall. Em ambos os casos – um verdadeiro redesenho da política internacional –, observa-se a preeminência dos Estados Unidos da América, que também liderarão os Estados alinhados à direita na guerra fria, com algumas incursões pelo terceiro mundo⁹. É lógico que essa forte influência punha em causa valores nacionais europeus. Acerca disso, Castells menciona que:

[...] havia necessidade de instituições políticas para estabilizar as relações entre os Estados-nação que haviam sido constituídos,

⁹ Preferimos esta expressão ao invés de referirmo-nos ao âmbito dos Estados periféricos, pois melhor se presta àquele momento da história mundial.

historicamente, mediante lutas entre si ou procura de alianças para a guerra seguinte. (CASTELLS, 2007, p. 387).

Por isso, a primeira providência para a consolidação de uma *pax* europeia foi a regulação de um mercado comum de carvão e aço, através da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), criada em Paris, em abril de 1951, para ela convergindo a Alemanha Ocidental, a França, a Itália, a Bélgica, a Holanda e Luxemburgo, com o propósito de evitar o desenvolvimento autônomo de qualquer dos Estados nesses setores. Não tardou que essa integração originasse a Comunidade Econômica Europeia (CEE), concebida pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, cujo fim era não apenas o fortalecimento dos Estados participantes do bloco econômico, mas sua independência em relação aos Estados Unidos da América, como explicitamente enfatizou De Gaulle.

O projeto inicial tomou grande impulso nos anos 80, quando o mundo emergia das crises econômicas de 1973 e de 1979. Por um lado, deu-se a entrada da Espanha e de Portugal na Comunidade; por outro, pavimentava-se o caminho para o mercado unificado, que se tornaria realidade nos anos 90. Mas aqui já se opera uma sensível mudança na estrutura política dos Estados comunitários, que se encaminham para um modelo contra o qual nos anos 60 se insurgira a Grã-Bretanha: o da soberania redefinida. Castells assim refere:

Mais uma vez, uma medida econômica, o estabelecimento de um verdadeiro mercado comum de capital, bens, serviços e mão-de-obra, foi, no fundo, uma medida para promover a integração política, cedendo partes da soberania nacional para assegurar certo grau de autonomia aos Estados membros no novo ambiente global. (CASTELLS, 2007, p. 389).

E isso tanto foi uma questão capital para os europeus, que logo o amálgama político-econômico é necessariamente adensado por um sistema de direito comunitário, possibilitando uma integração dos Estados que ultrapassa os fins econômicos e de mercado, para dar cabimento a uma União Europeia.

Outro aspecto de importância para o redesenho político dos Estados europeus foi a *queda do muro de Berlim*, fato que encerra duplo sentido. Em primeiro lugar, a Alemanha mostra ao mundo seu poder político e econômico. A banda ocidental, a República Federal da Alemanha, rica e moderna, viria a promover a reestruturação da República Democrática Alemã, mergulhada no atraso de um modelo político que se mostrava ineficiente e, a todas as luzes, contrário aos anseios democráticos dos povos europeus. A Alemanha unificada representaria 30% do PNB da assim chamada Comunidade Europeia (CASTELLS, 2007, p. 389), além de decisiva preeminência na política internacional, até então representada no continente europeu pela França e pela Grã-Bretanha. Por outras palavras, a Comunidade dos Estados europeus ganhava, com a adesão da Alemanha, um novo vigor. Mas, em segundo lugar, antes de representar um evento local, a *queda do muro* ajuda a pôr uma pá de cal no antigo modelo socialista que dividiu o mundo em dois grandes blocos ao longo da guerra fria e, com isso, possibilita o estreitamento entre aqueles Estados que viviam numa situação de estranhamento constante. Lembre-se, ademais, que a globalização – ou as globalizações, como quer Boaventura Sousa Santos – passava a facultar uma maior interação entre os povos, não apenas comercial, mas também cultural. Diante disso, o isolamento só se tornava fato como atitude autoimposta, como se verificou em alguns Estados renitentes do velho bloco alinhado à esquerda e, posteriormente, entre os Estados teocráticos fundamentalistas do islã do pós-pan-arabismo. A questão crucial sob o enfoque político, contudo, estava relacionada com a (re)definição da ideia de soberania, que continua sendo o problema a ser enfrentado pelos teóricos do Estado e constitucionalistas.

Se durante a onda das ideias nacionalistas a soberania era concebida como aquele elemento moral do Estado (ou jurídico, segundo uma expressiva corrente de estudiosos), tendente à autodeterminação política e jurídica, a partir da formação da União Europeia a necessidade de estabelecer um alinhamento político-econômico-jurídico entre os Estados comunitários alterou-lhe os marcos conceituais. Como se sabe, hoje os Estados da União possuem um organismo burocrático de grande dimensão, o Conselho de Ministros, que trata dos mais diversos aspectos da vida de cidadãos de realidades tão

dísparos quanto as culturas que formam a colcha de retalhos que é a Europa. Apenas para se ter ideia, a Península Ibérica contém povos de culturas, línguas, idiosincrasias e mundividência absolutamente diversas; se fecharmos o campo de visão, olhando somente a realidade da Espanha, onde no período do generalíssimo Franco se pretendeu forjar uma cultura nacional com o sacrifício dos localismos, encontraremos, explicitamente, diversidade lingüística e cultural e a latente tendência de autodeterminação de alguns *pueblos*, como o caso mais patente do País Basco. Tourraine salienta, com toda a propriedade, que a nova Europa vive uma situação ambígua, em que o francês, o italiano, o espanhol pretendem ser cidadãos europeus, mas continuam firmemente arraigados à sua cultura local (TOURRAINE, 2005, p. 48-49); um paradoxo vivido em outros tempos pelo povo espanhol no derruir de seu império, após perder Cuba e as Filipinas, que, por um lado, teve no movimento político-cultural da *generación del 98* tendências para o ensimesmamento – o viver o drama espanhol, como queria Unamuno –, e, por outro lado, a abertura da Espanha para a Europa, com uma espécie de superação do recalque daqueles primeiros – como queria Ortega y Gasset, que entendia existir um abismo a separar seu país de tudo o mais. (COSTA, 2008, p. XII-XXIV). Há, pois, questões peculiares de cada Estado e de cada povo que, no entanto, não podem passar pela homogeneização de políticas.

Para Castells, na medida em que:

[...] poderes significativos que afetam a vida dos cidadãos foram transferidos à União Européia [...] e algumas decisões essenciais sobre política econômica foram tornadas ‘automáticas’ sob o controle, no futuro próximo, do Banco Central europeu, a capacidade dos cidadãos para influenciar essas decisões foi reduzida de forma considerável [...] (CASTELLS, 2007, p. 402).

Por outras palavras, as decisões tomadas em bloco para os Estados comunitários passaram a implicar *déficit democrático* e uma mitigação da própria ideia acerca da soberania, até há pouco comum entre estudiosos. Indiscutivelmente, esta é uma categoria que requer uma (re)definição.

2.3. Novos paradigmas político-jurídicos

A experiência político-constitucional europeia de criação do *welfare state* se irradiou por todo o mundo ocidental democrático, tornando-se modelo para a estruturação de um sistema de direitos sociais e de novos deveres para o Estado moderno – podendo dizer tratar-se da *onda* do constitucionalismo moderno (HAURIU, 1968, p. 75)¹⁰–, o qual Estado, em inícios do século XX, deixou de ser mínimo para assumir uma ampliada gama de funções. Aquela experiência político-constitucional passou a ser obscurecida pela trama problemática decorrente do excessivo peso do Estado. O aumento da população idosa e a estagnação demográfica na Europa, *v.g.*, foram alguns dos fatores para que os custos com a previdência social e com a saúde tivessem aumento exponencial sem que as receitas fossem suficientes para lhes fazer frente. As primeiras hipóteses para a solução disso vieram, nos Estados Unidos, com Reagan e, na Europa insular, com Margaret Thatcher, pretendendo ambos, no campo das políticas econômicas e sociais, uma redução do tamanho do Estado, com um efeito danoso para a identidade política de seus povos: afinal, o modelo do bem-estar social, visto como aspecto irrenunciável do constitucionalismo moderno do ocidente democrático, era colocado em causa, na mesma medida em que os cânones neoliberais eram apresentados como *a solução*. Este estado de coisas parece mais evidente entre os europeus, que, ciosos de seu patrimônio constitucional, tanto através de grupos de pressão, como por sua intelectualidade, vêm manifestando sua oposição.

É verdade que a União Europeia, de fronteiras econômicas intracontinentais abertas, logrou êxito em tornar-se independente dos impérios econômicos norte-americano e japonês, para além de dinamizar o crescimento dos Estados comunitários, mitigando até os impactos políticos e institucionais provocados pelos problemas relacionados com o bem-estar social. Mas isso a custo do sacrifício

¹⁰ No que concerne ao período em que surgem as constituições que tratam do bem-estar social, o publicista francês classifica-o como a *troisième vague*, quando os grandes impérios, incluído o russo, encontram seu fim e surgem duas vertentes constitucionalistas: a do modelo soviético, que procura forjar uma democracia popular; e os modelos da Europa central, marcados pela racionalização do sistema parlamentar. (HAURIU, 1968, p. 77-78).

das ideias de Estado-nação e do conceito que lhe vai atrelado, o da soberania¹¹, que pode ser equacionado através de novos experimentos no plano econômico, político e jurídico, pensados em termos transnacionais. O que vem ocorrendo de forma não tão dramática como pensa Faria, segundo o qual a transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo acarreta ao pensamento jurídico:

[...] situação análoga àquela em que se achava o pensamento econômico no término dos tumultuados anos 20; ou seja: frente ao desafio de encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos [...] (FARIA, 2004, p. 13).

Afinal, o laboratório onde se constroem os modelos econômicos, políticos e jurídicos transnacionais – a União Europeia – vem operando em sintonia com a transição dos paradigmas, que não é europeia, mas mundial. Por outras palavras, queremos com isso dizer que o horizonte da transnacionalidade não é homogêneo nem localizável apenas neste *hic et nunc* histórico europeu, mas contém os fenômenos da globalização – ou das globalizações – e do neoliberalismo, sendo também por eles influenciado, e só pode ser entendido através da visão abrangente sobre o processo de mudança de paradigmas.

Mas quando chegamos a este ponto, parece necessário um entendimento cartesiano sobre como tratar de duas categorias fundamentais, a princípio muito próximas, mas que, na visão de Sousa Santos, devem ser delimitadas conceitualmente para, teoricamente e estrategicamente, servirem de ponto de partida para o trato dos problemas deste período de transições: a transnacionalidade e a globalização.

¹¹ Ao tratar do sistema de Estados-nação soberanos, Hauriou (1968, p. 80-81), perspectivando sua delimitação conceitual a partir do fenômeno de descolonização, refere que sua origem não se trata apenas de uma afirmação cultural e ideológica, mas da própria soberania, aqui entendida como a representação de duas faces: uma que expressa as relações exteriores e outra que se constitui das relações entre governantes e governados.

3. Transnacionalidade e globalização: diferenças conceituais

Como antes deixamos entredito, não se pode entender o momento contemporâneo de transição de paradigmas por um modo diverso daquele que lança o olhar para um amplo e complexo horizonte, onde se encontram dispostos elementos histórico-culturais que, de forma imediata ou transversa, se relacionam com o instrumental jurídico, econômico e político das sociedades. No mundo ocidental e democrático, contudo, a diminuição das distâncias culturais, decorrente da intensificação das relações entre os povos, mediada pela revolução técnico-comunicativa (a *internet* e a imprensa televisiva transmitida em tempo real torna tudo aparente mesmo para o mais renitente e incrédulo dos espectadores), dá-nos a impressão de estarmos inseridos numa única e global sociedade, onde os problemas já não são nacionais ou locais, mas universais; e tanto a questão ambiental da Amazônia, como o derretimento das geleiras do hemisfério norte *v.g.*, passam a ser de interesse de todos, exigindo políticas que ultrapassem o âmbito dos governos locais, de forma que as novas pautas políticas, como aquelas inauguradas pelo *meeting* do Rio, em 1992, conhecido como Eco-92, sejam de todos os governos. E não é por outro motivo que Ferrer e Cruz assim referem:

[...] a globalização pode ajudar em três sentidos: poder fazer evidente a interdependência; ter despertado o pluralismo da diversidade e ter ampliado a várias camadas da população mundial a sensação de pertencer a uma realidade transnacional e, também, transestatal, capaz de despertar os vínculos de solidariedade imprescindíveis para a emergência de uma sociedade global [...]. (FERRER; CRUZ, s. d.)¹².

Daí emerge, como consequência, um canal por onde trafegam as questões problemáticas da globalização e hipóteses de solução *tout court* transnacionais.

Com isso, queremos dizer que uma ideia conota a outra; que a globalização, seus problemas e as projeções para o porvir das socieda-

¹² Artigo gentilmente cedido pelo segundo autor, ainda inédito.

des devem ser discutidos nos fóruns dos governos transnacionais; mas que também se trata de categorias diversas, que requerem delimitação conceitual. Passaremos a apresentar o delineamento conceitual de globalização a partir da visão crítica de Boaventura Sousa Santos, ao passo que a ideia de transnacionalidade será tratada lateralmente, arrimando-se em outros autores, uma vez não ter sido esta categoria trabalhada pelo sociólogo conimbricense.

3.1. Globalização ou globalizações? A proposta sociológica de Sousa Santos

Boaventura Sousa Santos faz uma percuciente análise sociológica do momento contemporâneo, que não é apenas o relato deste *hic et nunc* histórico, visto por muitos, incluído o professor da Universidade de Coimbra, sob o signo da quase total anomia que derrui os valores culturais dos povos: sua contribuição está no afloramento de uma crítica a este estado de coisas e na apresentação de propostas para a retomada do sentido humanista de preservação das culturas, especialmente daquelas sob o constante risco imposto pelas culturas globalizantes. Convém salientar, no entanto, que sua leitura deve ser avançada de forma cautelosa: se, por um lado, Sousa Santos tem o mérito de fugir ao etnocentrismo europeu, tratando dos dois grandes pólos civilizacionais, o do norte hegemônico e o do sul representado pelas questões dramáticas das nações periféricas, por outro lado seu olhar é invariável e ideologicamente engajado, o que transparece na carga crítica sobre o modelo de sociedades capitalistas e na virada neoliberal dos antigos Estados-providência. Tentemos, então, lê-lo.

Sublinha, em primeiro lugar, que tem sido comum referir-se à globalização em termos mais ou menos parecidos com os utilizados por Giddens, segundo o qual o fenômeno se constitui pela:

[...] intensificação de relações sociais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa. (SANTOS, 2005, p. 26).

Sousa Santos, porém, rejeita esse reducionismo, afirmando tratar-se de:

[...] um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenômeno parecem pouco adequadas. (SANTOS, 2005, p. 26).

E em razão dessa complexidade conceitual, o autor estabelece metodicamente a forma de escrutinar o fenômeno, que é estabelecido dentro do quadro histórico; sua caracterização sociológica; e os caminhos traçados pela globalização para a humanidade.

No quadro histórico do fenômeno, verificam-se as transformações no modelo de produção pelas empresas multinacionais, “[...] convertidas em actores centrais da nova economia mundial” (SANTOS, 2005, p. 29). A produção, de modelo fordista anteriormente, torna-se flexível e mediada pelos investimentos em níveis globais e a mobilidade das grandes empresas é orientada pela procura dos menores custos, de sorte que se verificam repercussões nas políticas econômicas nacionais, cada vez mais direcionadas à abertura para o mercado mundial, na mesma medida em que os preços domésticos devem adequar-se aos preços internacionais. (SANTOS, 2005, p. 29).

Sousa Santos também entende que a globalização econômica é arriada no consenso econômico neoliberal, que apresenta as seguintes inovações:

[...] restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional [...]; subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio. (SANTOS, 2005, p. 31).

Como é sabido, essa reestruturação ditada pelo neoliberalismo implica a diminuição do Estado naquelas áreas concernentes à política do bem-estar. Por isso, o sociólogo menciona o reaparecimento de desigualdades sociais, na mesma medida em que:

[...] uma classe capitalista transnacional está hoje a emergir cujo campo de reprodução social é o globo enquanto tal e que facilmente ultrapassa as organizações nacionais de trabalhadores, bem como os Estados extremamente fracos [...] (SANTOS, 2005, p. 31).

Em outro nível de análise, mas partindo de idênticas bases em relação ao que vinha expondo – nomeadamente as condições da economia mundial capitalista, o sistema interestatal moderno, a globalização articulada com a sociedade de consumo e a sociedade de informação –, Sousa Santos entende que na atualidade estão surgindo novas hegemonias culturais, políticas e de mercado. A resposta para essa situação deve encontrar-se, prossegue o sociólogo, em movimentos contra-hegemônicos. (SANTOS, 2006, p. 84).

É natural que existam dificuldades para um bom arranjo de ideologias, bandeiras políticas e filosóficas para o contrabalanço do peso da globalização hegemônica. Tudo o que se constata é a fragmentação dos movimentos de oposição: não há articulação entre as causas feministas, trabalhistas, propostas de políticas sociais, de políticas ambientais, etc. Mesmo assim, Sousa Santos entende que ao longo das últimas décadas apareceram condições ideais para a globalização contra-hegemônica, por exemplo, com o aumento das interações transfronteiriças (SANTOS, 2006, p. 216), as quais, se não restauram os antigos limites conceituais do Estado-nação e não lhe dão a primazia na direção de objetivos das sociedades nacionais, facultam, pelo recurso ao conhecimento-emancipação e à solidariedade, o enfrentamento da cultura política transnacional.

3.2. Transnacionalidade e sua dificuldade conceitual

Ao analisar o fenômeno da globalização, sem deixar de perscrutar os aspectos socioeconômicos do momento de transição de paradigmas, Sousa Santos pespega a noção de transnacionalidade, ambientada em seu trabalho na questão cultural e na de economia. Escreve, então, acerca de transnacionalidade cultural ou de transnacionalidade de meios de produção, etc., dando-nos a entender que são expressões correlatas ao fenômeno da globalização. No entanto, fica a dever-nos um conceito claro e objetivo. Que não é,

diga-se, tarefa fácil, uma vez que, enquanto se fazem concertos para a melhor integração dos Estados comunitários ou entre Estados com interesses convergentes para a solução de questões sociais, ambientais ou econômicas, a ideia de transnacionalidade vai pouco a pouco sendo substanciada.

Stelzer, quando trata da estruturação da União Europeia e do fenômeno da globalização, concorda com Sousa Santos ao observar o enfraquecimento do Estado-nação, referindo que “[...] o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano (*summa potestas*), enfrentando, assim, uma desconhecida e inusitada crise.” (STELZER, 2009, p. 87). E ao perguntar-se sobre o papel reservado ao Estado na sociedade da globalização, a autora constata que:

[...] o Estado vê sua dissolução estampada pelo avanço do poder econômico das megacorporações, pelo anseio neoliberal de uma expansão sem controle e, até mesmo, pela sua população, descrente que está de sua função pública de proporcionar segurança, emprego, saúde, educação, entre outras funções sociais. (STELZER, 2009, p. 88).

Em suma, o Estado já não é o eixo central em torno do qual gravitam a identidade cultural de uma sociedade, seus anseios e projetos para o porvir; mas é, a um só tempo, uma entidade política cada vez mais plural e politicamente interdependente. Os problemas do mundo globalizado não podem ser tratados sem um concerto entre os diversos Estados afetados.

No caso da União Europeia, Stelzer conclui que sua integração econômica se relaciona, iniludivelmente, com o aspecto supranacional: “Dependendo do grau de integração a ser alcançado, a verdadeira união somente é alcançada fazendo-se sentir as marcas da supranacionalidade” (STELZER, 2009, p. 94), que nos desperta para a compreensão de um organismo superior estabelecido para coordenar os Estados comunitários, como ocorre com o Tribunal Europeu. Mas esta é apenas uma das ideias que emergem desta quadra histórica de transição de paradigmas que em certa medida, e apenas isto, se aproxima do conceito de transnacionalidade.

Ao tratarem do tema, e visando estabelecer as bases epistemológicas para um direito que tende a emergir do quadro antes desenhado – o direito transnacional –, Cruz e Bodnar entendem o Estado transnacional como a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade que decorrem da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção – e coerção – e com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização (CRUZ; BODNAR, 2010, p. 157-176).

Numa palavra, é possível ver a transnacionalidade (na sua vertente política, econômica e jurídica) como decorrência inarredável do fenômeno da globalização – ou das globalizações, como quer Sousa Santos; no entanto, diferentemente da supranacionalidade, elege espaços para o tráfego das questões comuns dos Estados, onde o diálogo é democrático e consensual.

4. Da democracia dos modernos à democracia da pós-modernidade

O quadro aqui debuxado coloca em destaque duas situações do mundo contemporâneo: a) a transposição de fronteiras (culturais, econômicas, tecnológicas e políticas), com a intensificação das relações entre os povos, o que corresponde ao fenômeno da globalização; b) o envelhecimento do modelo de Estado da modernidade, que, por um lado, se arrima no conceito de unidade política, ao qual vai atrelada a ideia de soberania e, por outro lado, adjetivado como Estado constitucional, que não mais responde às demandas globalizadas. O encurtamento das distâncias entre os povos, com o tráfego de meios dinâmicos de produção, e a necessidade de redesenho de mecanismos políticos e econômicos põem em causa o eixo sobre o qual se desenvolveram os Estados a partir do século XIX, que é formado por elementos legitimadores de sua existência, a soberania e a unidade política. Para além disso, alguns autores, como Sousa Santos, denunciam a defasagem existente entre os povos hegemônicos, com potencialidade globalizante, e os da zona periférica, que são sufocados cultural e economicamente, podendo ser subjogados. Isto conduz a uma outra instância de problemas,

absolutamente diversos dos que se verificavam no século passado. Como mitigar os efeitos da quebra de paradigmas?

Antes de mais, devemos sublinhar que não se pode enfrentar a situação problemática prescindindo-se do Estado. Em primeiro lugar, porque a transformação das sociedades globalizadas, representadas por uma pluralidade de Estados, numa sociedade mundial sem Estados enfrentaria, no atual estágio civilizacional, a oposição da diversidade. As sociedades, especialmente as ocidentais, são plurais, estruturadas em localismos culturais, cada qual exigindo reconhecimento de sua condição individual; já para não se falar das diferenças no eixo leste-oeste, que chegam a posições extremadas de ocidentalismo¹³ e orientalismo. Em segundo lugar, porque parece não existirem na estrutura social condições para a autoconformação e auto-organização, de forma que a estrutura e as instituições políticas são consideradas indispensáveis. Contudo, os modelos supranacionais de solução de conflitos e de regulação de direitos internacionais pela ONU não têm dado mostras de efetividade: por um lado, por não considerarem as possibilidades multilaterais que estão em jogo no cenário conflituoso; por outro lado, por deixarem escapar situações dramáticas de povos que sequer lograram a autodeterminação, como no Chipre e no Curdistão, além de não terem meios de dissolver conflagrações, como as que ocorrem em diversos pontos do norte da África e no mundo árabe. Diga-se, aliás, que essas categorias de conflitos estão longe do tipo de dissolução por consenso e pelos diálogos multilaterais, o que põe em causa a validade dos organismos internacionais.

No entanto, ao se pensar em situações problemáticas cujo objeto não é de disputa, mas compartilhado por uma diversidade de Estados, e que não afetam um só povo, mas várias nações, ou até a humanidade inteira, como as relacionadas ao meio ambiente e à economia, um bom nível de tratamento somente será alcançado mediante consenso de Estados diretamente interessados, sem a necessidade, contudo, de coordenação supranacional. Não é por outro motivo que se fala na criação de espaços transnacionais (BECK, 1999, p. 189).

¹³ A propósito, cf. Huntington (2002).

Já se foi um pouco mais longe em termos de desenvolvimento da categoria transnacional, a ponto de se pensar na fundação do Estado transnacional (BECK, 1999, p. 190-200), talvez por não se enxergar um modelo de organização política que transcenda os limites conceituais de Estado. Mas, a princípio, a ideia parece esbarrar, pelo menos no estágio atual, na fronteira da autodeterminação dos povos, e não será demais aqui lembrar o que sucedeu com a experiência de criação da Constituição europeia, quando houve a recusa popular do documento político na França e na Holanda. No entanto, não discrepa da realidade, no plano prático, a aceitação de espaços transnacionais para tratarem de problemas comuns de Estados organizados por blocos. Assim, tal como hoje a União Europeia estabelece pautas políticas não só para economia, mas também para estratégias de combate a certas modalidades criminosas e cooperação no âmbito de segurança, pode imaginar-se o surgimento de outros espaços transnacionais. A União das Nações Sul-Americanas (UNASUL), *v.g.*, poderá vir a colocar em diálogo os seus doze Estados integrantes, para estabelecerem, de forma efetiva, políticas econômicas, culturais e sociais de interesse de seus povos, como já permitem entender seus objetivos institucionais. (UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS, 2008).

O palco das relações transnacionais, como se vê, não se confunde com o esquema de solução de situações problemáticas por organizações internacionais. Em primeiro lugar, porque ele decorre de um momento histórico em que o isolacionismo – constatável ao tempo da *guerra fria* – cedeu lugar a relações mais estreitas entre os Estados; de maneira que já não haverá condição de preeminência para certos Estados alinhados com a esquerda ou com a direita, com a finalidade de exercerem influência na política internacional (o surgimento do BRIC, grupo formado por Brasil, Rússia, Índia e China, equilibra as relações econômicas protagonizadas pelo G-8, formado por Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Canadá e Rússia; da mesma forma que hoje a Turquia aparece, ao lado dos Estados europeus, como mediador de situações conflituosas no mundo árabe; e as decisões de política internacional não estão mais polarizadas entre Estados Unidos, de um lado, França e Inglaterra de outro). Em segundo lugar, porque a ideia de direitos

humanos vem ganhando projeção universal *de fato*, seja pelas possibilidades criadas pelo encurtamento de distâncias (as ações humanitárias governamentais chegam aos mais distantes povos, *v.g.*, na África, diferentemente da inapetência que se via no século passado), seja pela consciência histórica a se propagar em ondas acerca das prerrogativas e qualidades humanas (e mesmo entre povos de estrutura cultural homogênea, ou submetidos ao sistema teocrático, verificam-se insurgências contra a opressão, como se viu, ao longo de 2011, no mundo árabe, no fenômeno que ficou conhecido como *primavera árabe* e, atualmente, na Síria). Em razão disso, pode dizer-se haver na contemporaneidade um empenhamento de ações que atende ao princípio da solidariedade, maior compromisso da comunidade de Estados, para além de um tabuleiro no qual o jogo político se realiza entre vários jogadores. Esse novo contexto mundial permite alinhar um conceito de democracia pós-moderna.

Se, por um lado, as teorias contratualistas de formação do Estado se alicerçavam na noção de poder democrático (tanto a teoria hobbesiana, que dava origem ao modelo de governo autocrático, como as teorias de Jean-Jacques Rousseau e de Locke, que davam origem ao sistema democrático, fundavam-se justamente no consenso geral dos homens de após *status naturalis*), percebendo-se no trabalho dos filósofos políticos uma vertente ideológica que levava a crer nos fundamentos democráticos de formação do Estado (CANTOR, 1996); por outro lado, com o surgimento do Estado moderno de após Independência norte-americana e Revolução Francesa de 1789, as condições de seu exercício no plano prático-político passaram do aspecto formal – o direito dos cidadãos de elegerem e serem eleitos para cargos políticos –, para uma configuração substantiva, que não apenas reivindicará a otimização de mecanismos de inclusão, mas deverá estar concorde com um conjunto de valores ético-sociais. Ambas as posições categoriais, ao fim e ao cabo, são expressões legitimadoras do Estado moderno. No entanto, não se pode negar que a democracia agregou novas dimensões, e atualmente já se pode falar de um conjunto de valores éticos que a substantivam em espaços muito mais amplos, transpondo territórios nacionais. A preocupação com a preservação do meio ambiente e o interesse de intervir nessa questão parece ser um exemplo lídimo disso. Há,

com efeito, organizações formadas por pessoas de diversas nacionalidades tratando da floresta amazônica, da pesca predatória e da emissão de poluentes na atmosfera. Já não se fala da proteção ambiental de um Estado ou de um território determinado, mas de todo planeta. É diante dessa circunstância que se poderá falar de uma democracia substantiva transnacional.

De forma mais desenvolvida, e após constatar a insuficiência do Estado constitucional moderno, Cruz pensa na realização de um novo *contrato social*, de dimensão transnacional, cuja discussão teórica se fundamentará: na erradicação da pobreza, na sustentabilidade ambiental, na garantia de educação para todos e no sentido ético para a vida humana (CRUZ, 2011, p. 41). As concretizações nesse sentido, embora não devidamente arranjadas teoricamente, já são perceptíveis e colocam-se como um novo horizonte para os estudiosos.

5. Considerações finais

As transformações observadas na sociedade, especialmente a partir dos fins dos anos 80, tanto na ciência e na tecnologia, como nas relações econômicas e de produção, além do fim da *guerra fria*, causaram, inapelavelmente, fissuras no paradigma de Estado moderno, que já não atenderá às demandas da contemporaneidade, seja porque sua estrutura organizacional colide com a dinâmica da economia e das regulamentações globalizadas, seja porque a pura e simples reivindicação de soberania (como poder total e incontestável) impõe entraves no relacionamento dos Estados no cenário mundial.

A ideia de comunidade global, proclamada de muitas formas pela sociologia, e determinados fenômenos culturais que tendem a esbater as fronteiras também colocarão em causa a teoria do Estado como unidade. Mas nem por isso se poderá prescindir da organização política, tal como a que emana do Estado, por diversas razões, incluindo-se a que se refere à impossibilidade de estruturação auto-poietica da sociedade humana.

No entanto, a consciência histórica do homem, que lhe permite entender algumas de suas prerrogativas sob a cláusula da irrenúncia-

bilidade, disso decorrendo não apenas a agregação e especificação de direitos humanos, mas a exigência de seu respeito, torna inviável – ou, pelo menos, mitiga – a determinação de política internacional por meio de potências hegemônicas. A discussão sobre a guerra no Iraque após o *11 de setembro* demonstra-o bem, na medida em que a crítica contra o unilateralismo é uma forma de postular a atuação multilateral, com a participação de mediadores e demais interessados numa solução menos aflitiva para os direitos humanos. Uma mais bem acabada noção de solidariedade também permite que os problemas da humanidade sejam tratados por diversos atores políticos (incluindo-se aqui as organizações não governamentais e grupos de pressão). E, ainda, a preocupação com os novos problemas do planeta, que são de todos e não de certos povos, permite a estruturação de um novo conceito de democracia.

A democracia da contemporaneidade poderá exercer-se, sob a forma de um novo contrato social, em espaços transnacionais, nos quais os interesses comuns e a abstenção de disputas permitirão o trato dos novos problemas das sociedades sem se recorrer a órgãos de execução inter ou supranacionais.

6. Referências

BECK, Ulrich. *O que é globalização?: equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung*.

BELKIN, Samuel. *A filosofia do Talmud*. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus, Sêfer, 2003. Título original: *In bis image: the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition*.

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

CANTOR, Ernesto Rey. *Teorías políticas clásicas de la formación del Estado*. 3. ed. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1996.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Título original: *End of millennium*.

CÍCERO. *Dos deveres*. Tradução, introdução e notas de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000. Título original: *De officiis*.

_____. *Tratado das leis*. Tradução de Marino Kury. Caxias do Sul: Educ, 2004. Título original: *De legibus*.

COSTA, Joaquín. *A ignorância do direito*. Tradução, notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008. Título original: *La ignorancia del Derecho*.

CRUZ, Paulo Márcio. *Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI*. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

_____. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 26, n. 1, jan./jun., 2010.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. *A crise financeira mundial, o Estado e a democracia econômica*. Texto inédito.

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

HELLER, Hermann. *Las ideas políticas contemporáneas*. Tradução de Manuel Pedroso. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

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

HUNTINGTON, Samuel P. *The clash of civilizations and remaking of world order*. Londres: Free Press, 2002.

JOSEFO, Flavio. *Sobre la antigüedad de los judíos: autobiografía*. Tradução, introdução e notas de José Ramón Busto Saiz e Victoria Spottorno Díaz-Caro. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: *General theory of law and state*.

MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia*. Tradução de João Batista da Costa. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. Título original: *Histoire d'une démocratie: Athènes*.

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

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

STELZER, Joana. *União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* 2. ed., 5. tiragem, rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

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

UNIÃO DE NAÇÕES SUL-AMERICANAS. Tratado Constitutivo. In: REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA DE CHEFES DE ESTADO E DE GOVERNO, Brasília, DF, 23 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

Artigo recebido em: 01/08/2012.

Artigo aprovado em: 18/06/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130015

**O TRABALHO PRISIONAL COMO EIXO DE
REINTEGRAÇÃO SOCIAL: A EXPERIÊNCIA
DO PROJETO “LIBERDADE COM DIGNIDADE”
PELA ÓTICA DOS PRESOS**

**PENAL LABOUR AS THE AXIS TO SOCIAL
REINTEGRATION: THE EXPERIENCE OF THE
PROJECT “LIBERTY WITH DIGNITY” IN THE VIEW
OF THE PRISONERS**

GLEISSON DE CAMPOS

Analista Executivo de Defesa Social
Secretaria de Estado de Defesa Social, Minas Gerais, Brasil
gleissondecampos@defesasocial.mg.gov.br

ROSÂNIA RODRIGUES DE SOUSA

Pesquisadora
Fundação João Pinheiro, Minas Gerais, Brasil
rosania.sousa@fjp.mg.gov.br

RESUMO: O presente trabalho analisou o Projeto “Liberdade com Dignidade”, parceria entre uma penitenciária do Estado de Minas Gerais e uma empresa privada produtora de colchões. Este projeto se insere entre as políticas de segurança pública, valendo-se da atividade laboral como instrumento para prevenção da reincidência criminal e para a reinserção social de indivíduos apenados, através da oferta de vagas de trabalho nas dependências da empresa para sujeitos custodiados na unidade prisional. Ao abordar este Projeto, faz-se necessário analisar suas reais condições, tal como a atividade

que tem sido ofertada aos presos e o modo como a política pública tem sido percebida por estes sujeitos. Além disso, é importante observar como o Projeto tem sido capaz de modificar suas vidas, proporcionando-lhes inclusão de modo mais satisfatória e menos perverso, contrariamente à marginalização e marginalidade de suas vidas. Assim, a partir das concepções e marcos legais sobre o trabalho prisional, interligados ao desenvolvimento histórico-social do sistema prisional, buscou-se analisar a prática destes sujeitos, tendo-se como bases teórico-conceituais as concepções de Karl Marx sobre a centralidade ontológica do trabalho; a criminologia crítica e a proposta da reintegração social de Alessandro Baratta; os estudos de Alvino Augusto Sá; e os estudos de Vinícius Caldeira Brant e Vanessa Andrade de Barros sobre o trabalho prisional, entre outros. A metodologia de pesquisa adotada foi qualitativa, tendo-se como instrumento de coleta de dados a entrevista semi-estruturada, e, para compreensão e interpretação dos dados, a análise de conteúdo, considerada apropriada para auxiliar na compreensão das relações entre os indivíduos, o seu contexto e as suas ações, além da sua vivência laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho prisional; reintegração social; prevenção e reincidência criminal.

ABSTRACT: The present work aimed at analyzing the project "Liberty with Dignity", a partnership between a prison in the State of Minas Gerais and a private company that produced mattresses. This project is regarded as one of the public safety policies of the State and considers penal labor as an instrument to prevent criminal recidivism and to promote social reinsertion of convicted individuals, by offering work positions in the premises of the company to imprisoned individuals. In order to approach this project it is necessary to analyze its conditions, such as the activity that has been offered to the prisoners and how those individuals perceive this public policy. Besides, it is important to notice the way in which the project has modified their lives, promoting social inclusion in a more satisfactory and less perverse manner; in opposition to the marginalization and marginality pervading their lives. Thus, starting from legal conceptions and milestones about penal labor interlinked to the

social-historical development of the prison system, one attempted to analyze the practice of these individuals, theoretically and conceptually based upon the work of Karl Marx about the Ontological Centrality of Labor; the work of Alessandra Baratta regarding critical criminology and the proposal of social reintegration; the works of Alvino Augusto Sá; the works of Vinícius Caldeira Brant and Vanessa Andrade de Barros about penal labor, amongst others. The research methodology adopted is qualitative and one used as data gathering instrument the semi-structured interview. In order to understand and interpret the data, the content analysis was used, since it was considered appropriate to help in the understanding of the relations between the individuals, their context and actions, in addition to their labor experiences.

KEY WORDS: Penal labor; social reintegration; prevention and criminal recidivism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Trabalho prisional como privilégio. 3. Trabalho prisional e conduta carcerária. 4. Trabalho prisional e condições carcerárias. 5. Distinção entre trabalho intra e extramuros. 6. Aprendizagem e qualificação profissional. 7. Condições de trabalho. 8. Preso-trabalhador e interações sociais. 9. Remuneração. 10. Remição. 11. Trabalho prisional e futuro pós-encarceramento. 12. Considerações finais. 13. Referências.

1. Introdução

O trabalho prisional, atividade de caráter físico ou intelectual executada por indivíduos sob pena privativa de liberdade, por meio do esforço, da realização de tarefas e serviços e, ainda, da produção de bens de modo fabril ou artesanal, dentro ou fora das unidades prisionais, insere-se entre as políticas públicas de prevenção da reincidência criminal e de reinserção social de indivíduos encarcerados.

Conforme Brant (1994), durante o desenvolvimento histórico da sanção penal, o trabalho prisional é considerado a partir de duas

concepções distintas, mas não necessariamente excludentes: por um lado, como meio de punir aqueles que transgrediram a ordem social, configurando-se, assim, a função retributiva da pena; por outro, como transformador da conduta de tais indivíduos, abarcando-se aqui a função reabilitadora e a função preventiva da pena. No entanto, destaca-se ainda uma terceira perspectiva a ser tratada no âmbito do trabalho prisional: a do preso como força de trabalho, que pode ser utilizada e explorada tanto pelo Estado, quanto pelo setor privado. É nesse direcionamento que pretende seguir este trabalho, tendo-se em consideração a “cadeia como espaço de trabalho e do preso como trabalhador” (PAIXÃO apud BRANT, 1994, p. 11).

Deste modo, o sentimento idealista que fundamentou a estruturação do trabalho prisional, dentro das concepções propostas pelo Direito Penal e pela Criminologia, acompanhou, de forma concomitante, a origem e consolidação do capitalismo, a partir do fim da era medieval e durante a estruturação das sociedades ocidentais modernas, onde a população carcerária, mesmo segregada pelos muros, participou deste processo como algo que se poderia explorar, como mão-de-obra barata e útil, pelo sistema socioeconômico que ascendia, ficando implícita a finalidade utilitarista da pena sob um ideal socialmente aceito de “reabilitação” ou de reintegração social dos indivíduos.

Em um contexto mais contemporâneo, já no último quarto do século XX, os detentores do capital, em suas “investidas” para lidar com a aceleração dos processos e com as instabilidades advindas da globalização, acabaram por gerar uma série de crises econômicas que se estenderam para o mundo do trabalho.

Como consequência desses processos, observa-se a retração do modo de produção vigente e a ascensão do chamado “capitalismo flexível”. Assim, “[...] vem ocorrendo uma redução do proletariado industrial, tradicional, manual, estável e especializado, herdeiro da era da indústria verticalizada de tipo *taylorista* e *fordista*” (ANTUNES, 2003, p. 230-231). O contingente de trabalhadores que não obteve colocação neste novo cenário organizacional procurou trabalho em módulos produtivos precários, com vínculos temporários

e informais, sem contratos ou garantias, ou foi engrossar a massa dos desempregados. Com a redução do contingente de trabalhadores formais e estáveis, observa-se a insurgência de formas desregulamentadas de trabalho, “[...] situações desprovidas de direitos e marcadas pela insegurança que geram na vida cotidiana, além do desemprego estrutural a insegurança e instabilidade para aqueles que trabalham” (BARROS, 2006, p. 330). De acordo com Lyra: “É nessa categoria – do trabalho parcial, precário e subcontratado – que se encontra o detento, o trabalhador encarcerado” (LYRA, 2007, p. 76).

Em contrapartida às crises econômicas e àquelas no mundo do trabalho, alinham-se transformações nos modos de gestão estatal, em consonância com a desestruturação do “Estado de Bem-Estar Social” (*welfare state*), “encurtando-se” o tamanho e a ação do Estado. Ainda dentro desse processo, a crescente atenção e preocupação por parte da sociedade com as políticas de segurança pública, por causa da elevação dos níveis de violência e de criminalidade a partir da década de 70, intensificados nos anos 80 e 90, e a manutenção desses índices nos anos subsequentes influenciaram os novos modelos de gestão, cada vez mais próximos dos moldes neoliberais, resultando daí a figura do “Estado Subsidiário”, que já não tem a máquina estatal como única ou preponderante prestadora de serviços à sociedade, mas um Estado que estimula a iniciativa privada e lhe delega a execução e a exploração econômica dos serviços que originalmente seriam ofertados pelo Poder Público.

No âmbito da execução penal, com vistas ao enfrentamento da criminalidade, particularmente dentro do sistema prisional, instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, têm atuado conjuntamente com órgãos da administração carcerária, oferecendo meios aos reclusos das unidades prisionais para que desempenhem atividades laborais durante o cumprimento de sua pena.

Assim, com base nessa política penitenciária, a legislação e o sistema de justiça criminal brasileiro, com o objetivo de suprir uma estrutura já deficitária no contexto do trabalho prisional, conferem às empresas que se interessam pela mão de obra carcerária uma série de prerrogativas: remuneração estipulada ao valor base de três quartos

do salário mínimo, inexigibilidade de encargos sociais e trabalhistas ou de vínculo empregatício, entre outras.

Na tentativa de aplacar os efeitos produzidos por essa realidade, o Estado assume uma função subsidiária e delega a entes privados a função de proporcionar ao detento meios para que o mesmo possua condições de trabalhar. Com esse propósito o sistema penitenciário adota políticas públicas que valorizam o trabalho prisional. Tais políticas visam integrar a sociedade e segmentos do empresariado no que diz respeito ao estímulo, adoção, implementação e consolidação da mão-de-obra prisional, destacando os efeitos e vantagens dessa oferta. (LYRA, 2007, p. 77).

As empresas, por seu lado, além do *marketing* decorrente dessa ação social pretensamente “justa e filantrópica”, começam a atuar junto à execução penal, a fim de obter benefícios econômicos das vantagens da utilização dos trabalhadores presos em relação aos trabalhadores “livres”, ficando assim mantida a lógica do capital, baseada no mercado “livre” e no “lucro”.

Não é correto desconsiderar práticas dignas de elogios, contudo, a lógica que as rege é substancialmente predatória, não podendo ser citadas como exemplo de responsabilidade empresarial, uma vez que almejam benefícios financeiros e para a imagem da empresa, em troca de pequenas indulgências aos presos. (LYRA, 2007, p. 80).

Em relação ao trabalhador preso, os órgãos de gestão do sistema prisional destacam que a atividade laboral, além de contribuir para o cumprimento da pena e para a reinserção social, torna o preso um agente do modo de produção, a partir do momento em que consegue uma atividade que lhe permita a geração de renda, transformando-o em um elemento tanto produtivo, quanto consumidor.

Dessa maneira, observa-se que o microcosmo penitenciário e os modos de produção no interior dos sistemas prisionais obedecem a uma corrente produtiva mais vasta, não configurando um sistema

totalmente fechado, hermético. Assim, o trabalho prisional, enquanto atividade de reinserção social de indivíduos privados de liberdade, deve ser concebido e analisado à luz do seu contexto histórico-social e econômico.

Portanto, ao se tratar da vivência destes sujeitos, devem-se considerar diversos fatores, como o lugar que será ocupado pelo preso e seu campo de interação no tecido social (principalmente depois de deixar o cárcere), as suas oportunidades de acesso ou dificuldades para se inserir no mercado de trabalho, valendo-se de modos de vida lícitos e/ou ilícitos para lidar com seus conflitos, em um histórico de vida já marcado pela marginalização e pela marginalidade.

A partir deste processo e de seus mecanismos de autorregulação e autossustentação, ocorre uma transmutação da condição de “excluído” em “incluído”, ou seja, o que é percebido, a princípio, como uma situação de “exclusão”, é na verdade um mecanismo que contribui para que as interações sociais ocorram dentro de determinados limites, sustentando a ordem social, o que nas palavras de Sawaia (2001) deveria ser entendido como uma *inclusão perversa*.

Mesmo para o preso as influências são recíprocas e acontecem ainda que cerceadas por normas e muralhas. Todos são, a princípio, concebidos implicitamente como produtivos, e o emprego do preso como mão de obra evidencia sua utilidade e sua inserção nesse sistema produtivo, utilidade essa que vai além dos interesses e concepções relacionados com o cumprimento de sua pena.

Também o trabalho, a despeito de suas contradições e dificuldades de acesso, principalmente de inserção das classes subalternas no mercado de trabalho formal, transforma-se num instrumento de “avaliação” ou, na sua falta, num critério de “suspeição” dos sujeitos. De acordo com Barros:

A carteira assinada, sinônimo de emprego formal, embora não garantindo acesso material aos direitos, tem o papel de controle de populações excluídas dos direitos fundamentais, especialmente o pobre e o negro: ‘sou trabalhador, não sou bandido’

aparece no discurso corrente, como uma dicotomia que caracteriza o sujeito; o discurso moralista do 'ou é uma coisa ou outra' é assimilado e reproduzido tanto pela própria população 'marginalizada' – que está à margem dos direitos, sobretudo do direito ao trabalho, e por isso mesmo é marginalizada no sentido criminal – quanto pelos aparelhos repressivos que colocam sob suspeição aquele que não tem como provar que 'é um trabalhador', ou um cidadão. (BARROS, 2006, p. 330).

Por outro lado, a pena privativa de liberdade apresenta resultados insatisfatórios quanto à prevenção da criminalidade. Apesar de todas as modificações implantadas nas prisões, elas não cumprem com seus fins, principalmente quando são considerados os altos índices de reincidência criminal. Contrariamente, a prisão acabou por adquirir uma configuração tal, que se transforma em um ambiente criminogênico. De forma geral, os sistemas prisionais apresentam vícios na organização institucional, onde prevalece a lógica interna repressiva, subjugadora e punitiva, sendo frequentemente classificados como ambientes insalubres, superlotados, marcados pela promiscuidade e violência, verdadeiros "depósitos humanos", contrários a qualquer proposta de reorientação da relação preso/sociedade favorável a esses indivíduos. A prisão acaba por rebaixar a autoestima do preso e por aniquilar suas capacidades e potencialidades enquanto egresso. Como pensar em reinserir estes indivíduos, quando o que se consegue de fato é isolá-los e estigmatizá-los?

Além disso, deve-se refletir não apenas sobre a concepção e organização do sistema prisional, mas sobre todo o contexto que o cerca, pois é esse contexto que abarca a prisão e legitima sua ação enquanto instrumento penal de manutenção da ordem estabelecida, com base em uma mentalidade vingativa e punidora, além da concepção dual que associa o preso ao "delinquente" e ao "mal", separando-o do cidadão livre, "vitimado", em voga no senso comum. Essa forma de perceber a prisão afasta a sociedade de seus próprios problemas e conflitos, tornando-se um empecilho para que os atores envolvidos na execução penal – presos, funcionários, voluntariado e a própria sociedade – possam refletir sobre as contradições, os impasses e os limites nesta tarefa e superar seus vícios, estigmas e resistência à mudança. Em resumo,

[...] o entendimento da reintegração social requer a abertura de um processo de comunicação e interação entre a prisão e a sociedade, no qual os cidadãos reclusos *se reconhecem* na sociedade e esta, por sua vez, *se reconheça* na prisão. (BARATTA, 1990, p. 3).

A ideia de reintegração social demanda que a sociedade assuma uma corresponsabilidade ativa e consciente, tendo-se em conta processos sociais, econômicos, históricos, políticos, jurídicos, entre outros, que compõem o macrocosmo social e interferem no microcosmo da vida particular de cada sujeito – neste caso especial, daqueles que por uma transgressão das normas estabelecidas foram condenados à pena privativa de liberdade. Na execução penal, devem-se buscar também novas práticas que aproximem o contexto da prisão ao da realidade social – nas palavras de Baratta (1990), uma “descarcerização”, ou seja, menos cárcere e mais interação entre prisão e sociedade, promovendo-se oportunidades gradativas de reinserção “assistida”, exteriores à prisão.

Segundo Brant:

A dificuldade mais saliente da política de regeneração está no fato de que o cárcere jamais reproduz a sociedade normal. Ainda que fosse possível impor aos condenados modelos de conduta, eles sempre se distanciarão da sociedade externa. [...] cria-se uma outra sociedade no cárcere totalmente distinta daquela onde se pretende reintegrar o condenado. (BRANT, 1994, p. 109-110).

Diante dessa análise, Baratta (1990) questiona o emprego de termos como “ressocialização”, “tratamento”, “readaptação”, “reeducando” e outros similares, heranças anacrônicas da Criminologia Positivista, que pressupõem uma postura passiva do detento e uma ativa das instituições responsáveis pela execução penal. O preso é concebido como um indivíduo desviante, anormal, inferior, “mau”, enquanto a sociedade é considerada, acriticamente, como “boa”.

Em substituição a esses termos tradicionais relativos ao ‘tratamento penitenciário’, Baratta (1990) propõe o termo *reintegração social*, para designar o objetivo a ser perseguido no trabalho

de assistência aos presos e de facilitar-lhes o reingresso na sociedade. Entende ele por reintegração social todo um processo de abertura do cárcere para a sociedade e de abertura da sociedade para o cárcere e de tornar o cárcere cada vez menos cárcere, no qual a sociedade tem um compromisso, um papel ativo e fundamental. (SÁ, 2000, p. 21, grifo do autor).

Assim, cabe a cada ator envolvido no processo de reintegração social minorar os efeitos decorrentes da condição “perversa” em que o preso se encontra. No caso do sistema prisional, dentro de suas atribuições e competências, é preconizado o acompanhamento do preso por uma série de instrumentos, entre os quais a assistência biopsicossocial, religiosa e jurídica, instrução educacional e profissional, além de atividades laborais, compensando-se com isso situações de privação e carência, com vistas em uma reinserção mais satisfatória do preso na sociedade. Para Baratta (1990), todo esse instrumental usado pelo sistema prisional, até mesmo o trabalho prisional, deve ser considerado um “benefício” e não um “tratamento” dado ao preso.

Assim, a proposta de reintegração social de pessoas presas, por meio da atividade laboral, nos remete à formulação marxiana da centralidade ontológica do trabalho, que reconhece o lugar central e ativo dessa atividade na experiência humana, condição *sine qua non* da autorrealização do homem, imprescindível à construção de sua identidade e elemento estruturante das sociabilidades.

Como criador de valores de uso, como trabalho útil, é o trabalho, por isso uma condição de existência do homem independentemente de todas as formas de sociedade, eterna necessidade natural de mediação do metabolismo entre homem e natureza e, portanto, vida humana. (MARX, 1996, p. 172).

Sob essa perspectiva, o trabalho ocupa uma posição central na vida do homem, inerente a sua existência, com o qual provê sua subsistência e a de seus entes, assumindo, portanto, um caráter universal e histórico. “Nesse sentido, a realização do ser social concretiza-se por meio da produção e reprodução da sua existência, ato social

que se efetiva pelo trabalho” (SIQUEIRA, 2008, p. 67) Na tarefa de transformar a natureza, o sujeito, por meio do trabalho, transforma-se a si mesmo. Desse modo, o trabalho, ato social, adquire na execução penal e na proposta de reintegração social propriedades capazes de “ressignificar” a relação entre preso e sociedade.

Mas o modo de produção vigente, pautado pela lógica capitalista do lucro e da “livre” concorrência, ao valer-se do trabalho como meio primordial com que a classe trabalhadora supre sua subsistência e suas necessidades, transforma afinal o trabalho em mercadoria, estabelecendo um valor para sua compra. O trabalhador, posto na condição de mero vendedor de sua força de trabalho, estranha o exercício da sua própria atividade, não se percebendo como sujeito realizador e parte promotora do processo.

O trabalho estranhado, por sua vez, é aquele onde o trabalhador, transformado em força de trabalho, não se identifica, não se reconhece no que faz; é o trabalho que não garante autonomia e reconhecimento e ao garantir alguma sobrevivência material, o faz de tal forma que aos trabalhadores fica vedada qualquer outra possibilidade de que não seja a cotidiana reprodução de suas forças. (BARROS, 2006, p. 324-325).

Também o preso-trabalhador, na sua condição de segregação e privação, vê sua força de trabalho como algo a ser “negociado”; ele é colocado na relação com o empregador – Estado ou entidade privada – com objetivos implícitos e alheios à sua “emenda”, distintos ou até mesmo opostos à sua reinserção social. Para ele, o trabalho tende a ser mais uma maneira de aplacar as tensões geradas pelo encarceramento e pela ociosidade em cela; de ficar absorto em relação ao ambiente, à sua situação, e de poder assumir certa responsabilidade sobre o cumprimento da pena, fazendo jus ao benefício da remição pelos dias trabalhados ao demonstrar “boa conduta”, disciplina.

De acordo com Barros:

O que podemos observar nas prisões é a realização de atividades que de fato não poderiam proporcionar esta autotransformação

do ser que trabalha. Além de fragmentadas, monótonas, repetitivas, não configuram nenhuma especificidade que agregaria valor à qualificação do preso para competir no mercado de trabalho, sem falar no preconceito que vai persegui-lo como egresso do sistema prisional. Ou seja, são raras as oportunidades para os egressos, sem um 'saber-fazer' qualificado, muitas vezes com baixa escolaridade e marcados pela vida em um ambiente degradado, degradante e estigmatizado socialmente. (BARROS, 2005, p. 61).

Dentro das prisões, o trabalho terá utilidade não como atividade capaz de gerar produtos e riquezas, mas por seu efeito na conduta dos reclusos. Na função de trabalhadores a partir de então, disciplinados e ordeiros, submetem seus corpos, por exigência da própria atividade e das normas e rotinas carcerárias, a movimentos regulares, excluindo-se a agitação e a distração, mediante um esquema de submissão individual a um sistema de produção.

O trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade. A prisão não é uma oficina; ela é, ela tem que ser em si mesma uma máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos; [...] Se no fim das contas, o trabalho da prisão tem um efeito econômico, é produzindo indivíduos mecanizados segundo as normas gerais de uma sociedade industrial. (FOUCAULT, 2009, p. 229).

Deste modo, por meio de uma economia política do corpo, investe-se no prisioneiro, nas relações de poder e de subordinação, com atividades laborais, planejadas e organizadas, onde ele se encontra preso não só fisicamente, mas também psiquicamente, sem que se usem mecanismos de força ou de violência. Estratégia sutil, na qual o tempo do condenado, potencialmente útil, é usado com o objetivo político de neutralizar ou incapacitar as massas de criminosos, dotadas de pretensa periculosidade, tornando-os indivíduos dóceis, reduzindo-lhes a força de contestação ou de conflito e, se possível, transformando-os em agentes úteis ao sistema produtivo.

Esta situação reveste-se de novos elementos quando entidades privadas começam a participar do processo. Os estudos de Brant (1994), Barros (2005 e 2006) e Lyra (2007) evidenciam a precarização das condições de trabalho a que são submetidos os presos.

[...] quando, em nossos dias, indústrias estabelecidas deslocam parte de suas atividades para os cárceres. Para elas, não se trata de evitar a concorrência, mas de reduzir custos. Nisso o fantasma dos encargos trabalhistas é mais assustador para os empregadores do que os próprios salários. O trabalho por empreitada tem a vantagem de não criar vínculos permanentes, contratuais ou legais. Além disso, tem a suprema virtude de contornar a luta de classes como fator de regulação do preço da força de trabalho. Nele não é a coalizão dos trabalhadores que oferece parâmetros para negociação, mas, ao contrário, é a concorrência entre eles que permite rebaixar a remuneração. Se, além disso, possuir a máscara da caridade [...], não é preciso falar de salário e qualquer esmola serve. No caso das cadeias, além do mais, boa parte dos custos de sobrevivência, representados pela moradia e pela alimentação, já está coberta. A gorjeta que se paga aos presos é um simples disfarce da escravidão, dado que eles não estão propriamente trabalhando, mas fazendo laborterapia ou se reeducando para que se transformem em pessoas normais. Parece muito meritório propiciar-lhes essa oportunidade e os empresários que fazem esse favor ganham indulgências, não no Purgatório, que não tem crédito na praça, mas aqui mesmo, onde engordam os bolsos e amaciam os travesseiros. (BRANT, 1994, p. 28-29).

As formas de utilização/exploração e a política do trabalho carcerário, segundo as observações de Pavarini (2006), desdobram-se em um “arco de posições”, que varia entre dois pólos principais, a saber: *trabalho carcerário completamente organizado e gerido pela administração carcerária* ou *trabalho carcerário gerido/explorado por um ente privado*. Brant destaca três modalidades básicas de organização do trabalho no interior dos estabelecimentos penais:

[...] as oficinas, os ‘patronatos’ e os serviços de funcionamento ou manutenção do estabelecimento. Paralelamente ocorrem atividades individuais, comerciais, artesanais ou artísticas, que também podem constituir fonte de renda. (BRANT, 1994, p. 117).

Entre as formas de utilização da força de trabalho prisional, externas às unidades prisionais, observa-se uma modalidade semelhante ao *public work system* (PAVARINI, 2006), em que a administração carcerária firma convênios com outros órgãos estatais ou com empresas prestadoras de serviços e obras para o Poder Público, oferecendo presos para trabalhar nas entidades conveniadas.

Mas neste trabalho interessam-nos especialmente aquelas modalidades em que os órgãos de gestão do sistema prisional firmam convênios com empresas privadas para que estas utilizem a mão de obra carcerária, dentro das especificidades legais previstas pela Lei de Execução Penal (LEP) (BRASIL, 1984): numa dessas modalidades, as empresas deslocam parte de sua produção para o interior das unidades prisionais; noutra, os reclusos são contratados pelas empresas privadas e recebem autorização judicial, ou da própria administração carcerária, para exercer as funções laborais fora da unidade prisional.

O Projeto "Liberdade com Dignidade" insere-se na segunda modalidade. Definido como parceria público-privada entre uma penitenciária da região metropolitana de Belo Horizonte e uma empresa privada produtora de colchões, situada na mesma região, o Projeto consiste na contratação de indivíduos que estão a cumprir pena na unidade prisional, a fim de trabalharem nas dependências da fábrica do empregador.

A empresa é responsável pela capacitação e pelo treinamento dos presos, e a ela cabe custear os salários, as despesas de produção com alimentação, transporte da empresa até a unidade prisional, uniformes e zelar pelas questões de higiene e segurança no ambiente de trabalho.

A empresa tem permanecido com parte dos egressos que passaram pelo projeto e se destacaram na realização das atividades. Depois que eles cumprem suas obrigações jurídicas referentes à privação de liberdade, ela os incorpora ao quadro de funcionários com "carteira de trabalho assinada". De acordo com o gerente de produção, cerca de dez egressos já receberam essa oportunidade, dos quais seis permanecem vinculados à empresa.

Diante desse quadro, e com foco na prática cotidiana, esta pesquisa pretende responder à seguinte indagação: Como o trabalho ofertado pelo Projeto “Liberdade com Dignidade” tem sido assimilado pelos presos?

Como instrumentos de pesquisa foram utilizados o método de entrevista semi-estruturada para coleta de dados e a análise de conteúdos, dividindo-se o material das entrevistas em dez categorias de análise, para compreensão e interpretação dos dados, em interlocução com o referencial teórico deste trabalho. Foram entrevistados: seis *presos-trabalhadores*, até então inclusos no Projeto; dois *presos desligados do Projeto* (os oito em fase de privação de liberdade durante sua execução penal), e mais dois *egressos* do sistema prisional que foram contratados pela empresa assim que receberam os respectivos benefícios jurídicos de prisão domiciliar e de livramento condicional.

[...] a busca de explicitação das várias características da população da população dos estabelecimentos penais permitiu verificar que os estereótipos que tentam representá-la são desmentidos em quase tudo. Até onde seja possível fazer comparações, o perfil populacional encontrado difere muito dos preconceitos correntes. (BRANT, 1994, p. 44).

Os sujeitos entrevistados no presente trabalho apresentam as seguintes idades: 23, 27, 28, 30, 30, 39 e 43 anos, ou seja, uma faixa etária potencialmente produtiva.

Dois entrevistados não apresentaram dados sobre a composição familiar. Os demais relataram que mantêm vínculos com sua família-base (genitores, irmãos e parentes próximos): quatro não têm família constituída (esposa/amásia com ou sem filhos e/ou enteados), dentre os quais três não possuem filhos, um possui quatro filhos. Os outros quatro entrevistados têm família constituída, dos quais um possui um filho, e os outros, quatro filhos.

O grau de instrução é relativamente baixo, quase todos não concluíram o ensino fundamental: um dos entrevistados havia cursado até a 4^o série do 1^o grau, outro até a 5^o série, quatro estudaram até a 6^o

série, um até a 7^o série, e outro até a 8^o série. Apenas um deles cursou até o 2^o ano do 2^o grau. Não foi registrada a escolaridade de um dos entrevistados. Entre os outros nove, cinco alegam que interromperão os estudos para trabalhar e auxiliar na subsistência familiar.

Na época era muito escasso de trabalho, minha mãe vivia fazendo faxina, diarista, às vezes ela trabalhava, outra ora não aparecia, a situação não era muito boa e meu pai já tinha separado da minha mãe desde que eu tinha quatro anos, ai mesmo eu vendendo suco e refrigerante na rua não estava dando, porque a gente pagava aluguel, e fui desanimando de estudar e passei a trabalhar o dia inteiro. Vendia salgadinho, vendia jornal de manhã, acordava muito cedo e com isso atrasei os estudos, não tinha como conciliar as duas coisas parei na quinta série. (Preso-trabalhador 2).

Observa-se também que o histórico laboral desses indivíduos começou relativamente cedo, ainda na adolescência. Todos os entrevistados relataram ter trabalhado no período anterior ao cárcere, sete alegaram experiências profissionais devidamente formalizadas com “carteira de trabalho assinada”, e um serviu as Forças Armadas. À exceção deste, os outros tiveram experiências laborais que, de certo modo, não necessitam de instrução profissional específica ou formalizada e aprenderam seu ofício durante o exercício da atividade – profissões, ocupações e/ou empregos que, quando inseridos em um mercado de trabalho cada vez mais exigente e seletivo, tornam-se relativamente mal remunerados. Diante deste quadro, Brant acrescenta:

Estamos diante de uma população trabalhadora que teve cortada sua trajetória ocupacional pelo encarceramento. A prisão significou o corte da vida de trabalho para mais da metade dos detentos, que se encontravam ocupados na ocasião. (BRANT, 1994, p. 79).

[...]

A conduta quanto ao trabalho na vida pregressa dos encarcerados está longe de autorizar a suposição do crime como profissão. Em sua maioria, os condenados trabalhavam no período de liberdade. É bom que se assinale que o trabalho pode ter sido, em alguns casos, simultâneo à atividade criminosa. (BRANT, 1994, p. 108).

2. Trabalho prisional como privilégio

O trabalho prisional, entre outras atividades oferecidas pelo sistema prisional, é considerado uma “regalia” não só por aqueles que se encontram incluídos no Projeto “Liberdade com Dignidade”, mas também pelos presos que almejam alguma oportunidade ocupacional. A razão disso consiste, sobretudo, no déficit de postos de trabalho na estrutura vigente do sistema prisional em comparação com a demanda da maioria dos presos por obter uma oportunidade de trabalho. Um dos entrevistados, questionado sobre como os presos que permanecem reclusos na unidade prisional o consideram, declarou:

Inveja, é vontade de sair, qualquer um daria tudo para tá aqui. Tem uns aqui que só mexia com crime, chega aqui, eles ficam numa felicidade de trabalhar aqui, quando eles saírem se tiver uma oportunidade eles querem trabalhar aqui, muda muito as pessoas. [...] Eu vejo preso falando que interessa trabalhar aqui, que é uma oportunidade, talvez nunca trabalhou, ai vê como que é e gosta. (Preso-trabalhador 1).

A Lei de Execução Penal (LEP) estipula que o trabalho dos presos é um direito e um dever. Porém, diante deste quadro, a discussão quanto ao trabalho prisional ser uma obrigação dos presos, uma forma de ressarcimento por sua custódia, torna-se uma questão vaga, se os agentes estatais não cumprem de modo efetivo o que está preconizado na legislação. De acordo com Wolf, o direito ao trabalho para os que almejam tal oportunidade “[...] se constitui mais como um princípio programático, do que como um direito efetivamente exequível” (WOLF apud SILVA, 2007, p. 6).

3. Trabalho prisional e conduta carcerária

Diante da percepção do trabalho prisional como um privilégio ofertado a poucos entre a população prisional, surgem critérios de distinção entre os presos. O mais importante desses critérios, a partir das observações feitas, é a conduta carcerária, ou seja, os presos que apresentam comportamento considerado satisfatório pelos agentes de avaliação e controle das unidades prisionais, em relação às nor-

mas e ao ambiente carcerário, são tidos pelos entrevistados como mais propícios a receber os benefícios e as oportunidades concedidos pela administração prisional, em detrimento dos presos ligados a uma conduta disciplinar inadequada.

Sobre os critérios que contribuíram para a seleção neste Projeto, todos os entrevistados mencionaram o “bom” comportamento e a “inexistência” de faltas disciplinares em seu atestado carcerário.

Lá na Penitenciária, a direção me falou do Projeto, que era para pessoas que não caçava confusão, então isso ia ser observado, onde ia ter uma reunião onde muitos seria selecionados, e ia sempre trocando, por isso que o Projeto funciona. (Egresso 2).

Desse modo, os presos categorizados como indisciplinados veem-se obrigados a se adequar às condutas esperadas para aquele ambiente, não por uma tomada de consciência ou responsabilização por seus atos, mas para se adaptar e fazer jus aos benefícios e privilégios concedidos por “aqueles” que detêm o poder dentro da unidade. Nas palavras de Brant, “[...] a capacidade ou a necessidade de adaptar-se, de ‘dançar conforme a música’, pode criar suas próprias motivações” (BRANT, 1994, p. 117).

Corroborando esse ponto de vista, um dos entrevistados relatou:

Eu acho que viram minha disciplina, que eu não dou problema, o comportamento é bom, eu não tenho aqueles pensamentos ruins, não tenho maldade e nem nada, eles nunca viu falta de respeito da minha pessoa com eles, eu acho que é por isso mesmo que deram essa oportunidade pra mim. Eu estou abraçando ela com toda garra. Estou mostrando muito rendimento no serviço, zelo no serviço, ainda mais eu que tenho maldade pra trabalhar com as máquinas, nunca reclamaram não. É bom quando é assim, a gente trabalha até com mais vontade. (Preso-trabalhador 3).

4. Trabalho prisional e condições carcerárias

Dentre o que motiva os presos a obter uma atividade laboral, destaca-se em seus relatos a melhoria das condições carcerárias, que se dá de forma indireta, informal, não prescrita, muito em razão de uma liberdade maior de circulação do preso. Daí resulta uma série de situações consideradas favoráveis pelos reclusos.

Os primeiros dias foram os melhores, sai da cadeia né. Achei um pouco estranho, depois fui me acostumando. Eu não considero readaptação não, a descida que eu considero, que é tudo esquisito. É diferente, até a luz do sol é diferente. (Preso-trabalhador 4).

Nestes relatos também se pode observar outro aspecto valorizado pelos entrevistados: algo como a diminuição do tempo ocioso, um modo de “ocupar a mente”, de aplacar pensamentos ou reações que poderiam prejudicá-los por conta das privações do cárcere. Segundo um dos entrevistados:

É bom, melhor que estar preso, ficar o dia inteiro na cela com a mente vazia. Esse trabalho te ajuda a manter alguém que você gosta, é melhor estar aqui. Lá dentro é mais de você ter problemas do que aqui que você está trabalhando. Acho que foi ótimo, a melhor coisa que fizeram. (Preso-trabalhador 5).

Ainda são apontados pelos entrevistados outros fatores, entre os quais a melhora na alimentação e maior acesso a pessoas e ambientes externos aos pavilhões, ou mesmo exteriores ao cárcere.

É muito bom a gente estar trabalhando, chega no horário de almoço a gente almoça, tem lugar para gente fazer nossas refeições, lugar de tomar banho. É normal como de outras empresas mesmo. Deito assim na sombra na hora do almoço, depois começa a trabalhar de novo, é assim normal. [...] Não tem nem comparação, aqui fora é mil vezes melhor. A gente toma ar puro, conhece outros lugares, eu fiquei muito tempo lá sem sair pra rua, então vou vendo a rua, as pessoas. Não tem aquela marmitta pra gente ficar alimentando, aqui a alimentação é muito boa. (Preso-trabalhador 3).

A melhoria nas condições de saúde, não só física, mas principalmente mental, também é outro ponto destacado pelos entrevistados. De acordo com Baratta: "Sabemos, de fato, que a condição carcerária é, por natureza, desassociabilizadora e pode ser a causa de perturbações psíquicas e de síndromes específicas" (BARATTA, 1990, p. 5). Segundo um dos entrevistados:

Muito bom viu, trabalhar aqui é bom demais, ajuda a cabeça, o físico, trabalhar para a sociedade ai, para as pessoas. Eu estava com depressão, agora até parei de tomar remédio. [...] Eu tomava captopril, propranolol. Encerrei porque não estou sentido mais nada, nem pressão alta. (Preso-trabalhador 1).

Em consonância com tais considerações, Brant, em seu estudo sobre o trabalho encarcerado, acrescenta o seguinte:

A liberdade de locomoção é altamente valorizada. Além da oportunidade de espairecer fora da cela, em si mesma relevante, ela apresenta outras vantagens: a facilidade de comunicação com outros presos ou com funcionários, o acesso mais rápido a informações sobre sua situação processual, a possibilidade de realizar transações, lícitas ou ilícitas, as refeições melhoradas ou mais abundantes. Enfim, há uma série de *fringe benefits*¹ nas situações de trabalho [...]. (BRANT, 1994, p. 115).

5. Distinção entre trabalho intra e extramuros

Um aspecto salientado pelos entrevistados, ao distinguirem entre trabalho dentro da unidade ou fora de suas imediações, especificamente exercendo funções laborais nas instalações de uma empresa privada, é a sensação de não estar sendo mais monitorado pelos agentes de controle e segurança da unidade prisional. Esse é o fator que mais distancia o trabalho prisional oferecido pelo Projeto "Liberdade com Dignidade" da instituição *pan-óptica*² descrita por

¹ "*fringe benefits*", expressão entendida como um "benefício adicional", um bônus, uma bonificação, uma recompensa [nota inserida pelo autor do presente trabalho].

² O Pan-óptico, descrito por Foucault (2009), é uma instituição carcerária idealizada por

Foucault (2009) e que mais aproxima esses presos-trabalhadores da realidade social. De acordo com dois sujeitos da pesquisa:

Lá eles não pagam, é só remissão, é mais vigiado, a gente fica inseguro, você vai fazer alguma coisa e fica nervoso, é a mesma coisa de você fazer alguma coisa e o patrão ficar em cima, eu fico nervoso, começo até a suar, lá fica Agente, Inspetor, tudo de cima da gente, vigiando a gente de binóculo, trabalhando vigiado é ruim. Aqui a gente fica tranquilo, tem tranquilidade pra trabalhar. (Preso-trabalhador 1).

Aqui você não é monitorado, aqui você anda de cabeça erguida, não tem o constrangimento às vezes de se movimentar. Aqui você tem uma liberdade como qualquer pessoa da sociedade. (Preso-trabalhador 2).

6. Aprendizagem e qualificação profissional

A capacidade desta modalidade de trabalho prisional em proporcionar aos presos uma aprendizagem profissional é restrita, razão pela qual vale principalmente como possibilidade de qualificação profissional. De fato, o exercício da atividade fica formalizado no histórico laboral do preso. Por exemplo, dois dos entrevistados já tinham experiência profissional como “pedreiro” (sic); quando inseridos no Projeto “Liberdade com Dignidade”, foram aproveitados justamente nesta função.

Aqui estou trabalhando de ajudante de pedreiro, porque já tem o pedreiro, aí então estou de ajudante. Carrego massa, tijolo, o mais pesado. [...] já sou pedreiro, aí eu já conheço. [...] Pra mim, se eu mexer na obra já tenho essa experiência, mas seu eu mexer em outro setor eu ia aprender outra profissão, ia ajudar. (Preso-trabalhador 1).

Bentham, com uma arquitetura geralmente circular, em que os presos ficam reclusos em celas dispostas em seu entorno, visualmente vazadas, para que possam ser vigiados por agentes de segurança posicionados em uma torre no centro da estrutura, incutindo nos presos a sensação de estarem constantemente monitorados.

Por outro lado, os presos inseridos nos setores produtivos da empresa aprendem novas habilidades, porém especializadas. Caso não sejam contratados pela empresa após o cumprimento da pena, terão adquirido novas competências laborais, mas específicas de um ramo de atividade industrial; no caso, a fabricação de colchões. Além disso, o treinamento é feito de modo informal, no próprio posto de trabalho onde se exercem as funções, instruído por um funcionário com mais experiência. O que contribui para minimizar essa situação é o rodízio que a empresa realiza entre os presos com outros funcionários, nos diversos setores fabris. De acordo com os sujeitos da pesquisa:

Eu não tenho setor certo não, eu trabalho lá no aglomerado, só que eles me colocam sempre pra fazer serviço diferente. [...] eu sou chefe de setor. [...] Eu fiquei um mês lá com o rapaz, e depois ele foi pra outro setor e o encarregado me deixou lá. Não tive um treinamento específico não, fiquei uma semana e a pessoa entrou de férias, ai depois ele voltou, ficou mais um mês e saiu. (Preso-trabalhador 4).

Os colegas de trabalho me ensinaram. E meu treinamento foi no próprio setor. [...] Agora quero aprender a costurar colchão, fora isso trabalhei na faxina, trabalhei na costura de pano. [...] Ninguém me passa as tarefas, já vou pro meu setor direto, eu já sei o serviço. (Preso-trabalhador 5).

Segundo Brant:

[...] na maior parte das ocupações acessíveis à população de baixa renda, a qualificação se adquire no adiestramento rápido, muitas vezes no próprio local de trabalho. A exigência de experiência anterior, quando do recrutamento, é a outra face da mesma moeda e revela a convicção, por parte do empregador, de que a prática na atividade é preferível ao aprendizado em cursos ou escolas. (BRANT, 1994, p. 100).

7. Condições de trabalho

Os presos-trabalhadores são submetidos às mesmas condições de trabalho dos outros funcionários da empresa, trabalhadores “livres”. Isso torna-se um fator de aproximação entre os dois grupos. Não se notam também diferenciações entre postos de trabalho ocupados por presos-trabalhadores e por outros empregados. Segundo os entrevistados:

As condições de trabalho aqui são boas, tem material, tem bota, tem luva, tem uniforme, almoço [...] se precisar de alguma coisa eles compram. (Preso-trabalhador 1).

As condições de trabalho aqui são boas, equipamentos, em termos de alimentação, também muito bom, nada a reclamar. [...] Eu recebo máscara, bota, uniforme. (Preso-trabalhador 4).

Esses relatos apontam para um certo “receio” dos presos, notado na fala dos sujeitos entrevistados, em razão de sua condição jurídico-penal e da possibilidade de serem prejudicados ou mal interpretados por alguma declaração comprometedoras ou crítica. Não obstante isso, o quadro geral dessas adversidades pôde ser apreendido, de forma implícita, durante suas entrevistas. Quando questionados sobre as dificuldades dessa modalidade de trabalho, relatam o que se segue:

Eu não vejo dificuldade no meu trabalho não, é cansativo, mas dificuldade eu não vejo não. (Preso-trabalhador 2).

O meu trabalho é desempenhado muito bem, não tenho nenhuma dificuldade. [...] a gente chega – Será que o meu serviço vai agradar? Será que vou dar certo? – a gente sempre quer mostrar o melhor da gente para a pessoa ver que a gente está ali com boa vontade. A inteligência que Deus nos dá é para usar desta forma aí, pro bem né. [...] Eu já cheguei na costura mesmo, já viu que eu tenho jeito com o trabalho e que eu sei, me deixou aqui mesmo na costura. (Preso-trabalhador 3).

Outro ponto tratado sobre as condições laborais diz respeito à segurança e aos acidentes no trabalho. Os entrevistados relataram que,

durante seu processo de acolhida na empresa, receberam apenas instruções gerais sobre normas, mais direcionadas para regras e rotinas da empresa, sem especificar fatores preponderantes para a segurança no trabalho e a prevenção de acidentes. A respeito dos equipamentos de proteção, alegaram que receberam os básicos, específicos para cada setor.

Tudo da empresa, comprou tudo pra mim que eu pedi. Aqui aonde eu trabalho, o único equipamento de segurança que eu tenho é bota, uniforme e luva. Porque não tem perigo de queda. (Preso-trabalhador 2).

Quando chegamos, já deram o uniforme, ninguém explicou norma não. [...] A gente já sabe pra segurança da gente, usar uniforme, precisa de capacete, mas não tem. Às vezes explicaram pra outros, pra mim não. É porque chegamos tem pouco tempo. Recebo dois uniformes, a bota, só. (Preso-trabalhador 3).

8. Preso-trabalhador e interações sociais

Durante o exercício das atividades laborais, e também no período em que permanecem reclusos na unidade prisional, os presos-trabalhadores se inter-relacionam com várias pessoas, colegas de trabalho, chefias, com os outros presos custodiados na unidade prisional, funcionários, além das relações interpessoais exteriores à prisão.

A interação entre preso-trabalhador e preso-trabalhador é descrita no relato dos entrevistados como superficial, mas amistosa, que se dá antes por causa das suas atividades laborais ou da condição carcerária do que por graus de afinidade. Entretanto, demonstram certa cumplicidade e coesão com a população encarcerada, marcadas por um sentimento de pertença produzido pela condição de privação a que estão submetidos. Segundo os sujeitos da pesquisa:

Aqui cada um fica no seu setor, sempre está com uma pessoa que não é preso, então a gente só se vê na hora do almoço, conversa de cadeia a gente deixa lá, aqui eu me considero em liberdade, é uma liberdade vigiada. (Preso-trabalhador 1).

[...] cada um na sua, igual se estivesse lá mesmo, a gente conversa um pouquinho ali, cada qual vai pro seu lugar. (Preso-trabalhador 3).

A relação entre preso-trabalhador e preso não trabalhador pode dar-se de dois modos, sobretudo por causa do posicionamento do segundo grupo em relação à instituição carcerária. De um modo, com os presos não trabalhadores que almejam uma atividade ocupacional, observa-se uma relação mais próxima, ainda que impessoal, com destaque para o seu desejo em obter alguma oportunidade durante o cumprimento da pena, aspecto já abordado item “2. Trabalho prisional como privilégio”.

De outro modo, com os presos não trabalhadores que mantêm, de alguma forma, um envolvimento com a criminalidade ou que não demonstram interesse em exercer uma atividade ocupacional, observa-se um posicionamento entendido por aqueles como dissidente. Nas palavras de Siqueira:

Esse processo discriminatório está ligado ao fato de o trabalho na prisão representar para o preso, diante das autoridades carcerárias, que ele está respondendo aos objetivos da instituição, ou seja, a ‘recuperação’. Em razão disso, isto é, entre o mundo do crime e o mundo do trabalho, o preso escolheu o do trabalho, escolha essa que proporcionará ser encarado de modo diferente em relação aos colegas de cárcere. (SIQUEIRA, 2008, p. 68-69).

Segundo um dos presos-trabalhadores:

Os que estão lá estão doidos para sair, mas a maioria não é sair para trabalhar, quer sair para ficar solto, a maioria não sai pra trabalhar. O que a gente conversa, eles querem sair para ficar solto, alguns até para fazer o que lá dentro não pode fazer, mais do que trabalhar mesmo. (Preso-trabalhador 2).

De acordo com Sá, o recluso:

[...] encontra-se via de regra muito bem adaptado ao cárcere, sente-se protegido por ele e conhece todos os seus meandros.

Além disso, sente-se cúmplice do grupo (delinquente) ao qual pertence, conhece e incorpora suas normas e valores e nesse grupo encontra sua identidade, motivos de orgulho e razão de viver. (SÁ, 2000, p. 20).

Quanto à interação entre preso-trabalhador e equipe de segurança, percebe-se uma postura opressora e subjugadora por parte dos agentes de segurança prisional em relação aos presos, a qual se deve aos papéis antagônicos e, às vezes, conflituosos entre os dois grupos, reforçada por preconceitos e estigmas imputados à massa carcerária, que estão disseminados no seio da sociedade. Questionados se percebem alguma mudança na relação entre preso-trabalhador e equipe de segurança, uma parte dos entrevistados alegaram que não percebem nenhuma alteração, outros relataram mudanças parciais e pouco significativas; por fim, alguns perceberam mudanças expressivas, devidas à atividade. No entanto, ainda que essa relação aconteça em diferentes graus de interação e seja desenvolvida de maneira não-conflituosa, constitui, convencionalmente, uma relação assimétrica de submissão dos presos aos agentes de controle e vigilância.

Ajudou com certeza, eu chego lá, eles não tem aquele constrangimento, muitas das vezes já entra até desalgemado lá pra dentro, entrei, já sai também, isso não é uma coisa que acontece lá dentro. Lá é assim, é três agentes para descer do Pavilhão, eu desço muitas das vezes com um Agente, ai até falam – Pode levar que é tranquilo. – porque já sabe do tempo que eu estou ali, devido a minha educação que eu tenho com eles. Eles vê que eu nunca tive problema com nada. (Preso-trabalhador 2).

Depois que eu comecei a trabalhar com certeza, você é mais observado, até mesmo porque você entra e sai do Presídio todos os dias. Até mesmo para saber se você esta se ressocializando ou não. (Egresso 2).

Saliente-se que o contato com o “diferente”, quando se dá de forma que produza uma interação maior entre as partes, permite uma reflexão sobre preconceitos em razão do reconhecimento das diferenças e até de algumas identificações. Enquanto perdurar a concepção de papéis pré-estabelecidos, por ambos os lados, a relação entre agentes de segurança e presos continuará sendo de caráter antagônico.

A relação entre preso-trabalhador e trabalhador “livre” acompanha essa lógica. Alguns entrevistados relataram que, ao iniciarem as atividades na empresa, perceberam posturas e comportamentos que suscitavam uma atitude receosa e/ou preconceituosa por parte daquele segundo grupo. No decorrer das atividades, porém, depois de um maior contato com os novos funcionários, a relação passa a ser mais amistosa, mas ainda com certa distância e impessoalidade.

Pra mim foi normal, muitas pessoas sempre ficava cochichando umas com as outras, então o preconceito existe, não adianta a gente fechar os olhos porque existe, ele pode não ser verbalmente, mas ele existe. [...] no começo eles ficam meio assim, aí depois a gente faz amizade, não leva em conta não. Porque o que conta o que você é hoje, isso aí tem muito a ver com o que você é no dia-a-dia, o passado ficou pra trás. [...] Eu acho assim, quando você chega num lugar sempre tem alguém que estava antes de você, aí começa a criticar, muitas vezes fala coisa de você que nem sabe, simplesmente você ignora, entra de um lado e sai de outro. Com o tempo eles cansam de falar e passa a precisar de você. O que acontece aqui dentro, pede a gente para fazer as coisas depois de ter falado de mim para um pra outro, com o tempo precisa da gente. Todo dia um precisa de mim porque trabalho na parte de manutenção. (Preso-trabalhador 2).

Foi tranquilo, não teve nada de preconceito, tem alguns lugares que tem, aqui não tem isso não. Por outros presos já terem trabalhado aqui, foi sossegado. [...] Ajuda muito, dá oportunidades, muitas empresas não dá não, tem muitos colegas meus que saiu daqui e até hoje não conseguiram arrumar serviço, por preconceito mesmo de muitas empresas, devido ao atestado de bons antecedentes. (Preso-trabalhador 5).

Na interação entre preso-trabalhador e chefias, essa relação impessoal tornar-se mais evidente, mantidos os papéis costumeiramente definidos para chefes e empregados. Deve-se dizer, no entanto, que essa relação se estende, de modo geral, a todo o quadro de funcionários, sem uma distinção explícita caso o empregado seja preso ou “livre”.

Não tem muita relação não, eu fico mais no meu canto. Eles fazem a função deles e eu faço a minha, até mesmo porque eu sou

novato, não gosto de ficar xeretando. Eu faço minha obrigação, acabou o expediente eu tomo meu banho e aguardo o momento da Kombi chegar e levar nós. Eles vê a gente fazendo a função da gente, deixa a gente livre fazendo o trabalho da gente. [...] Aqui a gente já sabe o serviço que tem pra fazer, no meu caso, eu fico só em um setor, agora muitos faz vários serviços, carrega caminhão, descarrega caminhão. Eu fico só desse lado, com o pessoal fazendo costura, às vezes eu acabo o meu trabalho e já pergunto o Encarregado se posso fazer outro trabalho. E quando eu preciso de uma instrução já peço ele. Às vezes estou fazendo um serviço, ai acaba, eu já peço ele outro, para eu sempre manter em atividade. [...] São dois Encarregado. Cada um já tem o lugar de exercer sua função, então nem precisa de ficar mandando não, é difícil, essa empresa é muito grande. No começo tinha que direciona, hoje a gente já sabe a obrigação que tem que fazer. (Preso-trabalhador 3).

Se eles passarem por você dez vezes, te cumprimenta as dez vezes. [...] Os porteiros lá, todo mundo, não julga se você é preso, não querem saber se você é preso. [...] Só não estou lá por causa de uma discussão boba. [...] por sair vinte minutos antes do fim do horário. [...] – O Senhor faz o que o Senhor achar melhor. [...] O Agente que me falou que eu não podia sair mais. Ai deduzi que foi isso. (Preso desligado do Projeto 2).

É preciso ressaltar que as chefias demonstram uma postura paternalista no trato com os funcionários, tanto com presos-trabalhadores, quanto com trabalhadores “livres”, oscilando entre uma linha de comando rígida e autoritária e outra amistosa e condescendente, segundo um padrão convencionalmente adotado no meio organizacional.

A interação entre preso-trabalhador e família torna-se mais propícia e próxima na percepção dos entrevistados, como já foi apontado acima, especificamente no item “4. Trabalho prisional e condições carcerárias”, em que o trabalho prisional proporciona maior contato com o mundo exterior ao cárcere. Outros aspectos também são destacados de forma positiva pelos familiares, conforme se pode apreender no relato dos sujeitos da pesquisa, a saber, uma menor permanência do familiar preso nas dependências da unidade prisional, auxílio aos familiares e geração de renda – ainda que pequena

–, além da possibilidade de o familiar preso conseguir trabalho durante o processo de reinserção social.

Minha família, na possibilidade que eles podem, me ajudam, mas agora não estou precisando da minha família me visitar, pois futuramente já estou livre, estou trabalhando, dou muito bem com eles. São oito irmãos, minha mãe, meu pai faleceu. Eu dou bem com todo mundo. Hoje eu fico na casa do meu irmão, mas assim que eu sair daqui vou alugar uma casa pra não atrapalhar a vida dele, porque ele é casado, ele tem três filhos, quando eu tenho um dinheirinho eu ajudo ele, eu faço uns artesanatos, eu levo e vendo, me ajuda também. Esse trabalho tem cesta básica, já ajuda para mim ajudar eles. [...] Além de ajudar na minha redução de pena, vai ajudar a ser uma pessoa mais presente na minha família, as pessoas que gostam de verdade de mim. (Preso-trabalhador 3).

A família, entendida como núcleo primordial da socialização primária, será o ponto de apoio, tanto afetivo quanto material, no momento do retorno daqueles egressos do sistema prisional. Daí a importância dos familiares no processo de reinserção social do preso.

Em suma, a rede externa de sociabilidade dos detentos é mantida na maior parte dos casos. Isso não significa que, ao sair, eles serão prontamente acolhidos. [...] Isso leva a que a família tenha, no início, de prover sua subsistência, tendo em casa uma “boca” a mais numa situação já de penúria. Sabe-se, ademais que essa situação pode perdurar, uma vez que a busca de emprego será provavelmente cheia de obstáculos. (BRANT, 1994, p. 147-149).

A relação entre preso-trabalhador e sociedade, em nível mais amplo, geralmente contraditória e “perversa”, sobretudo para aqueles presos advindos das classes subalternas, marcados, em muitos casos, por vulnerabilidades socioeconômicas, tende a ser menos divergente a partir da inserção deles em uma atividade laboral, socialmente aceita, que favoreça a reinserção gradativa e assistida do preso na sociedade.

[...] se eu tivesse lá na Penitenciária, eu acredito que o modo de pensar das pessoas seria diferente, eu acredito que mudou pra melhor. (Preso-trabalhador 5).

A gente passa a ter mais confiança. Tem aquelas pessoas que não entende, que acha que você continua a mesma pessoa, e tem aquelas pessoa que sabe que você mudou. [...] Tem sido difícil a pessoa que é sentenciado estar arrumando trabalho [...] Pra melhorar seria mesmo se tivesse mais empresas contratando o serviço o serviço do sentenciado, buscando mais pessoas que estão preocupadas com o que está acontecendo com o sentenciado, seria até melhor pra sociedade em geral. (Egresso 2).

9. Remuneração

A geração de uma renda, estipulada em não menos que três quartos do salário mínimo, representa uma motivação posta em segundo plano, em vista dos outros fatores que incentivam o engajamento dos presos em uma atividade laboral, sobretudo porque aquela quantia é dividida em montantes – conforme preconiza a legislação referente ao trabalho prisional – destinados à indenização dos danos causados pelo crime, ao ressarcimento do Estado pela custódia do preso e à formação de pecúlio, ficando o restante para o preso-trabalhador. Quando questionados sobre o que deveria ser melhorado no Projeto “Liberdade com Dignidade”, os entrevistados foram enfáticos ao apontar a questão salarial. O salário é citado também como aquilo que mais diferencia os presos-trabalhadores dos outros empregados da empresa. De acordo com os depoimentos:

A única coisa diferente é no salário. No final do mês a gente vê todo mundo receber e a gente não recebe. Também tem uma diferença que eu não tenho certeza, tem vez que eles solicita a gente para trabalhar sábado, e pelo que eu fiquei sabendo, se a gente trabalha quarenta dias é o mesmo salário, se trabalho trinta, é o salário que foi combinado, é só isso ai que atrapalha. [...] É, a gente trabalha de segunda a sexta, às vezes trabalha no sábado, pra mim o problema é que a gente não recebe, já tem o salário certo na Secretaria lá. [...] Me parece que é cento e noventa e um reais. [...] Vou mandar para minha família, porque meu pai já é aposentado, minha mãe é dona de casa, e já está cuidando de dois filhos meu, eu tenho que ajudar eles lá agora que eu posso. (Preso-trabalhador 1).

No Projeto recebia cento e oitenta reais por mês. E esse dinheiro que entregava pra minha família, porque alimentação e outras coisas eu tenho aqui. (Egresso 2).

Para Foucault:

O salário do trabalho penal não retribui uma produção; funciona como motor e marca transformações individuais: uma ficção jurídica, pois não representa a 'livre' cessão de uma força de trabalho, mas um artifício que se supõe eficaz nas técnicas de correção. A utilidade do trabalho penal? Não é um lucro; nem mesmo a formação de uma habilidade útil; mas a constituição de uma relação de poder, de uma forma econômica vazia, de um esquema de submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção. (FOUCAULT, 2009, p. 230).

10. Remição

O benefício legal da remição é outro fator, senão o principal, que motiva os presos a se inserirem em atividades laborais durante o cumprimento de pena. Esse instrumento, que permite “descontar” um dia de pena para cada três dias trabalhados, repercute em um menor cumprimento da fase de execução penal de privação de liberdade. Segundo os entrevistados:

Vai pra vinte e nove de março de dois mil e onze, mas como estou trabalhando, vai diminuir a pena, pode ser que vou em fevereiro. [...] Além de ajudar na minha redução de pena, vai ajudar a ser uma pessoa mais presente na minha família, as pessoas que gostam de mim de verdade. (Preso-trabalhador 3).

A cada três dias ajudava a diminuir na pena, isso se não tivesse falta disciplinar. Se houver falta, todo aquele tempo que você trabalhou ali, ele é apagado. (Egresso 2).

11. Trabalho prisional e futuro pós-encarceramento

A partir do relato dos entrevistados, percebe-se que suas perspectivas sobre a contribuição da atividade para o futuro pós-encarceramento se direcionam muito mais para a continuidade vinculada à

empresa, após serem desligados do Projeto "Liberdade com Dignidade", do que para a inserção no mercado de trabalho.

Eu espero ter uma oportunidade pra mim, porque até então não tem nada previsto pra mim. [...] estou tendo ótimas oportunidades aqui, de ter uma profissão na carteira. [...] Vai me ajudar, até então não tem nada previsto quando eu sair, se eles me derem a oportunidade de trabalhar aqui fichado vai ser ótimo. [...] Todos querem essa oportunidade, eu esperei quatro anos, espero quando minha cadeia acabar eu continue. [...] Igual estou no final da minha pena e tive essa oportunidade, eu gostaria que quando você ganhasse o semi aberto e bem antes de ganhar a liberdade ter uma oportunidade dessa, se não fosse meus irmãos para me ajudar nesses três anos de descida eu não tinha condições de pagar minha pena. (Preso-trabalhador 5).

Pra mim é muito satisfatório porque hoje eu entendo que por mais dinheiro que você tenha ele não vai te trazer felicidade por resto da vida. O que é importante é você ter um ganho para sustentar sua família. [...] O ponto positivo é a ressocialização porque muitos que sai do presídio hoje tem como ponto de vista mudar sua vida, trabalhar, cuidar da sua família, mas muitos não encontra essa oportunidade e acaba fazendo coisas que não deveria estar fazendo. Mas se a pessoa encontra uma oportunidade de trabalhar, ter uma carteira assinada é muito satisfatório nesse termo de estar ressocializando. [...] Pra mim foi ótimo, liguei aqui na empresa expliquei pra eles que estava precisando trabalhar, a própria empresa me indicou outras empresas mais próximas da minha casa, mas como não foi possível a própria empresa me abriu a vaga, ai fiquei. Depois veio a promoção onde aprendi outras técnicas do serviço e melhorou mais ainda. (Egresso 2).

As expectativas dos presos-trabalhadores perpassam vários aspectos presentes no contexto histórico-social onde estão inseridos: a capacidade da família em oferecer apoio afetivo e material, bem como de auxiliá-lo na reinserção social; o tecido social mesmo, já marcado por contradições e diferenciações seletivas para o acesso a serviços e oportunidades, geralmente em detrimento dos presos, antes, durante e após o cumprimento da pena; um mercado de trabalho cada vez mais exigente e seletivo, etc., sem desconsiderar o escasso apoio estatal no processo de reinserção social do preso.

Segundo Brant:

O trabalho encarcerado, mais do que ‘reeducador’, é um mecanismo de reapropriação do tempo que a condenação colocou em suspenso. É um trabalho vazio, inútil tanto do ponto de vista do trabalhador, como dos objetivos propostos pela organização do sistema. As aspirações profissionais têm base na experiência ocupacional anterior e no julgamento que os detentos fazem de si, enquanto futuros egressos numa sociedade que os aguarda de pé atrás. Essa conclusão aponta para o paradoxo da ‘re-socialização’, cujo método é a segregação total do indivíduo do mundo social, seja este o mundo das relações de trabalho, seja o das relações sociais mais abrangentes. (BRANT, 1994, p. 139).

12. Considerações finais

A partir dessas observações, percebe-se que as motivações e aspirações dos presos-trabalhadores apontam para direções distintas dos objetivos propostos pela execução penal e, em específico, pelo trabalho prisional. Isto ocorre, sobretudo, em razão da forma como tem sido historicamente implantada e organizada essa atividade, caracterizada como um trabalho precário, temporário, sem garantias ou direitos sociais e trabalhistas efetivos.

O trabalho prisional é geralmente visto como um privilégio para alguns poucos entre aqueles que compõem a massa carcerária, um meio de amenizar as tensões e condições carcerárias e proporcionar a aquisição de certas “regalias” e benefícios por parte dos presos – por exemplo, a valorizada remição de sua pena –, de modo que fica em segundo plano a aquisição pecuniária pelo exercício da atividade, principalmente porque o valor é irrisório.

Destaca-se a experiência profissional que ficará registrada no histórico mais do que a aprendizagem profissional especializada, da qual o preso possa valer-se no período pós-encarceramento. As perspectivas futuras assentam antes sobre a oportunidade numa empresa que, entre tantas outras, adota uma postura contrária ao critério seletivo do “atestado de bons antecedentes” para a contratação de novos funcionários e assim se contrapõe a uma visão preconceituosa e estigmatizadora das pessoas presas, geralmente marcadas por vivências

marginais, tanto social quanto criminalmente, e submetidas às convencionais vulnerabilidades socioeconômicas; visão essa segundo a qual devem ser separados dos cidadãos, dos trabalhadores, e associados a indivíduos perigosos e impróprios para vida em sociedade.

Talvez a maior contribuição deste Projeto consiste nisto: a possibilidade de desconstruir essas concepções deletérias e acríicas, baseadas em uma visão de senso comum, e promover a aproximação da vida desses sujeitos e o seu reconhecimento como pessoas, em face de um quadro social contraditório e “perverso”.

Não obstante essas nossas observações, deve-se reconhecer a relevância e o valor do Projeto “Liberdade com Dignidade”, tendo-se em conta as raras oportunidades de reconstrução da vida desses indivíduos em razão da condição de egressos do sistema prisional, além do resgate, ainda que mínimo e precário, de sua identidade, dentre outros vínculos com o tecido social corrompidos pelo encarceramento. Apesar do escasso amparo estatal e social, eles contam com o apoio afetivo e material do núcleo familiar e, além disso, com o apoio de pessoas mais próximas que acreditam na importância de suas vidas.

13. Referências

ANTUNES, Ricardo. O caráter polissêmico e multifacetado do mundo do trabalho. *Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 229-237, set. 2003.

BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*, 1990. Disponível em: <<http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2010.

BARROS, Vanessa Andrade de. A função política do trabalho e a ordem social. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 51-66, jul./dez. 2005.

BARROS, Vanessa Andrade de; PINTO, João Batista Moreira. Trabalho e criminalidade. In: *Temas de psicologia e administração*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006, p. 321-341.

BRANT, Vinícius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 19 jun. 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LYRA, Raphaela Barbosa Neves. Trabalho prisional: mão-de-obra explorada x política pública protetiva. *Científico*, Salvador, vol. II, p. 314, jul./dez. 2007.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política: o processo de produção do capital. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. *Projeto Liberdade com Dignidade*. Belo Horizonte: SEDS, 2008.

PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SÁ, Alvin Augustus de. Algumas ponderações acerca da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade. *Revista da Esmape*, Recife, v. 5, n. 11, 2000. Disponível em: <<http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2010.

SAWAIA, Bader. Introdução: Exclusão ou inclusão perversa? In: SAWAIA, Bader. *As artimanhas da exclusão*: análise psicossocial e ética da desigualdade social. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, Ana Paula Lima da; SANTOS, Maria de Fátima de Souza. A propósito do trabalho penitenciário: que representações sociais? In: XIV ENCONTRO NACIONAL DA ABRAPSO, 2007, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: ABRAPSO, 2007. Disponível em: <http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/anexos/AnaisXIVENA/conteudo/pdf/trab_c_ompleto_3.pdf>. Acesso em: 21. nov. 2010.

SIQUEIRA, Jailson Rocha. O trabalho e a assistência social na reintegração do preso à sociedade. *Serviço social & sociedade*, São Paulo, v. 22, n. 67, p. 53-75, set. 2001.

Autores convidados.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130016

2

Direito
Penal

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO PENAL

ARTIGO

A RELAÇÃO ENTRE A MULTIPLICIDADE DE GRAUS DE JURISDIÇÃO E A EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL

THE RELATION BETWEEN MULTIPLE LEVELS OF JURISDICTION AND EFFECTIVENESS OF CRIMINAL PROCEEDINGS

MARCO AURÉLIO NOGUEIRA

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
mnogueira@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente artigo tem como sustentáculo o minicurso oferecido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF), intitulado *Recursos no Processo Penal*, ministrado pelo eminente Procurador de Justiça Dr. Adilson de Oliveira Nascimento, no dia 28 de agosto de 2012.

PALAVRAS-CHAVE: recurso; processo penal; jurisdição.

ABSTRACT: This article is the mainstay Minicourse Center Functional Improvement of the Ministério Público of the State of Minas Gerais (CEAF) entitled Resources on Criminal Procedure, taught by eminent Procurador Dr. Adilson de Oliveira Nascimento, on 28 August 2012.

KEY WORDS: criminal appeal; criminal procedure; jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A organização das instâncias judiciais. 2.1. Histórico. 2.2. Constituição Federal de 1988. 3. Processo penal. 3.1. Considerações relevantes. 4. Considerações pertinentes na teoria geral dos recursos. 4.1. Noções preliminares. 4.2. Efeitos recursais. 5. Os Tribunais de cúpula do Judiciário brasileiro. 5.1. Supremo Tribunal Federal. 5.2. Superior Tribunal de Justiça. 6. Acesso às instâncias de superposição. 6.1. Recurso extraordinário. 6.2. Re-

curso especial. 6.3. Agravo contra decisão denegatória de recurso especial e recurso extraordinário. 7. Análise da relação entre multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. Introdução

Uma constatação simples de se fazer é de que a Justiça brasileira tem problemas que a impedem de ser efetiva. Talvez o principal motivo para se ter essa percepção seja a morosidade da marcha processual. São casos de processos que demoram anos e anos para encontrar seu fim, que, quando chega, muitas vezes é pela prescrição.

No transcorrer do tempo, a Justiça brasileira tem tentado encontrar soluções para resolver esta questão, podendo-se citar a mudança na disposição dos órgãos judiciais, com a criação de tribunais, como também alterações legais e constitucionais, sendo a mais expressiva a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que trouxe diversas alterações ao texto da Magna Carta, no tocante ao Poder Judiciário e à prestação jurisdicional.

A questão da efetividade aqui tratada é meramente processual, não se discutindo se a lei aplicada é justa ou não, mas sim se o processo alcançou seu objetivo, qual seja, o de formar uma decisão fundamentada em tempo hábil. É claro, no entanto, que diversos fatores contribuem para o problema, e a maior parte deles não são questões processuais, mas do próprio arcabouço do Poder Judiciário, que é deficitário de recursos humanos e materiais.

Assim, buscamos descobrir se a multiplicidade de graus de jurisdição – ou seja, se o grande número de instâncias recursais pelas quais pode passar o processo – constitui um fator negativo. Tal questionamento surge a partir da máxima de que a complexidade é inimiga da celeridade e abre caminho para entender se um sistema judicial mais simples e enxuto seria solução para este problema.

A pluralidade ou multiplicidade em nossa Justiça comum existe por conta de dois órgãos judiciais superiores, o Supremo Tribunal Federal (STF) – corte máxima e guardiã da Constituição – e o Superior

Tribunal de Justiça (STJ) – foro mais elevado em matéria de legislação federal. O STJ pode ser terceira instância e o STF pode ser tanto terceira como quarta, como se compreenderá no decorrer deste artigo.

Um processo avança em graus de jurisdição por meio de recursos, ou seja, impugnações de decisões. Para que esses tribunais sejam estabelecidos como graus de jurisdição em um processo, são utilizados os recursos extraordinário (para o STF) e especial (para o STJ).

É sobre essa questão que incide a Proposta de Emenda à Constituição nº 15 de 2011 (PEC 15/11), idealizada pelo ex-ministro do STF Antonio Cezar Peluso, cujo conteúdo guarda grande relação com o tema aqui estudado, uma vez que busca extinguir os citados recursos extraordinário e especial e substituí-los por ações autônomas.

O campo de estudo deste artigo, insistimos, é somente o processo penal, de forma que serão consideradas superficialmente, para fins de análise, as peculiaridades que rondam a matéria penal. Daí considerar, por exemplo, o fato de que lida com assunto de maior relevância para o direito, o crime, pois a esse ramo do direito se reservam as causas chamadas *ultima ratio*, ou seja, que não poderiam ser apreciadas por outra esfera jurídica que não aplicasse sanções severas como são as penas.

Pela observação do direito estrangeiro é possível fazer comparações e encontrar sugestões de resolução dessa problemática. Em especial, dois sistemas de influência atual e importância histórica para o Brasil podem ser citados: o dos Estados Unidos e o da Alemanha. O primeiro pela inspiração que exerceu na formação do STF, quando do advento da República, e o segundo pela influência operada em matéria penal, bem como pela admiração que possui o Tribunal Constitucional Alemão.

Destarte, através de uma análise conjunta de vários fatores e opiniões da doutrina e jurisprudência acerca da problemática enfrentada pelo Judiciário brasileiro no que tange à efetividade, buscar-se-á encontrar um paralelo entre a multiplicidade de graus de jurisdição em sede de recurso e a efetividade jurisdicional do processo penal.

2. A organização das instâncias judiciais

O Poder Judiciário é constituído por uma pluralidade de órgãos com competências definidas e relações de supremacia de decisões. A exposição vertical do sistema revela as instâncias judiciais, em que um juízo superior tem competência para rever a decisão de um juízo inferior. Como se verá adiante, é necessário que assim o seja para que se possa formar o duplo grau de jurisdição.

Possibilitar ao condenado uma segunda avaliação da decisão também é justificável para essa organização judiciária em instâncias: não faria sentido a revisão ser feita pelo mesmo órgão que proferiu a sentença, visto que este já formou sua opinião acerca do mérito da causa.

Antes de estudar o ordenamento atual, calha fazer uma breve exposição de como se deu essa organização ao longo da história do Judiciário nacional.

2.1. Breve histórico da administração judicial e dos graus de jurisdição

No mundo antigo dos impérios orientais, a Justiça não se encontrava centralizada, organizada por todo o império. Este era composto por diversas cidades de povos e culturas diversas, submetidos a um domínio central, porém, livres para manter suas tradições, inclusive quanto à própria Justiça. A função do poder dominante imperial, segundo Lopes, “reduz-se a dois aspectos centrais: arrecadar tributos e manter a indispensável paz interna e externa [...] militarmente e não ‘juridicamente’” (LOPES, 2011, p. 17).

Havia uma Justiça real, que atuava na cidade, formada por um corpo de funcionários, e a Justiça do campo, que geralmente era presidida por um conselho de anciãos. Assim, percebe-se que a ideia de instituições jurídicas organizadas nacionalmente não existia. É mais complicado, portanto, falar em instâncias judiciais. Porém, como se percebe em toda civilização antiga, o Rei sempre ocupava o posto máximo na função jurisdicional.

A ideia de duplo grau de jurisdição pode ser notada na Grécia Antiga, onde, na cidade da Atenas, “quando o julgamento se fazia para

casos menos importantes por um magistrado ou juiz singular, poderia haver apelo para a assembleia judicial” (LOPES, 2011, p. 23). Também em Roma existia o duplo grau de jurisdição, havendo, pois, a possibilidade de apelação.

No período medieval, a administração da Justiça girava em torno dos soberanos, como os senhores feudais e o Rei. É desse período o Direito Canônico, ou seja, o ordenamento jurídico instituído pela Igreja. Foi nesse contexto que surgiu o Tribunal da Inquisição, em cuja maioria dos casos o acusado não tinha direitos processuais, muito menos de recorrer.

Já no Brasil Colônia, a estrutura judicial não pode ser contemplada independentemente da metrópole, visto que o território brasileiro era uma extensão do reino de Portugal. Assim, ao analisar o regime das Capitanias Hereditárias, percebe-se uma tripartição de poderes jurisdicionais: no topo desse sistema encontra-se o Rei, com competência para ouvir apelações e agravos por meio dos seus tribunais próprios e superiores; na base há os Juizes Ordinários, pertencentes às Câmaras Municipais. Entre esses dois, existe uma espécie de *Justiça senhorial* dos donatários e Governadores, exercida por meio de Ouvidores, que além de atuar originariamente – dependendo do caso –, também podia servir como instância recursal à decisão municipal.

A administração da Justiça cabia ao Rei. Ela era considerada a primeira responsabilidade do soberano de acordo com diversos documentos e leis.

Com a instalação das Capitanias Hereditárias, os capitães donatários detinham o monopólio da Justiça. Devido ao fracasso dessa forma de administração, foi instituído o Governo-Geral, nascendo também a figura do Ouvidor-Geral, que passou a servir como o grau mais elevado da vida judiciária colonial. Este servia também como instância de recurso para as decisões dos donatários.

Como expõe Lopes:

Com o Governo-geral, foi de fato duplicada a estrutura judicial, pois sobreviviam parte dos poderes e competências das Capi-

tancias e Câmaras ao lado da nova justiça, desempenhada pelo ouvidor-geral. (LOPES, 2011, p. 243).

Das decisões do Ouvidor-Geral ainda era possível recorrer à Casa de Suplicação, em Lisboa.

Percebe-se, portanto, que no início da fase colonial a Justiça brasileira não dispunha de tribunais, mas somente de Juízes Ordinários, Ouvidores e o Ouvidor-Geral. Não havia uma organização judiciária como se vê hoje em dia, e as distâncias entre as cortes de recurso eram muito grandes, o que dificultava a realização prática do sistema. Além disso, muitas vezes a função de Juiz se confundia com outros cargos políticos ou administrativos.

Em 1609, com o crescimento da colônia, já não se podia administrar a Justiça local somente com o Ouvidor-Geral. Foi então criado o Tribunal da Relação da Bahia, composto por dez Desembargadores, com competência para decidir recursos e, no caso da cidade de Salvador, conhecer por ação nova de diversos feitos. A criação deste órgão causou um declínio dos poderes dos Ouvidores. Ele foi extinto em 1626, devido à pressão dos Governadores-Gerais, voltando a ser reinstalado em 1652, como Corte Superior Brasileira.

Em 1734, com o objetivo de desafogar o excesso de processos que se concentravam no Tribunal da Bahia, foi criado o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, composto por dez Desembargadores.

Foram criadas também, em período subsequente, Cortes de Justiça, que passaram a servir como instâncias recursais. Foram instituídos ainda órgãos de Justiça especializada, como a comercial e a militar. Assim, o Judiciário foi se estruturando, de forma que “já no fim do período colonial, o Brasil possui seus tribunais e magistrados próprios, porém as instâncias recursais superiores encontravam-se em Portugal.” (CEZÁRIO, 2010).

A primeira instância no período colonial era formada de Juízes singulares, divididos em diversas categorias, como Juízes de Vinte-na, Almotacés, Juízes Ordinários, Juízes de Fora (que eram apenas

substitutos dos ordinários), de Órfãos, de sesmaria e Ouvidores de comarca. Alguns apreciavam recursos de outros, como o caso dos Ouvidores que conheciam de recursos sobre sentenças dos Juízes Ordinários e de Fora.

Ao fim do período colonial, a Justiça brasileira possuía, na primeira instância: o Juiz de Vintena (Juiz de Paz que atuava em pequenas causas), o Juiz Ordinário, para causas comuns, eleito na localidade, e o Juiz de Fora, que substituíva o Ouvidor da comarca; na segunda instância: o Tribunal da Relação da Bahia e o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro; na terceira instância, que era em Portugal: a Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens.

Interessante notar que o direito de recorrer, hoje tão amplo, não existia em certos casos, por exemplo, na prisão de criminosos realizada pelo Juiz de Vintena. Dependendo do caso, esse direito era disponibilizado somente para determinados indivíduos, como demonstra Walter Vieira do Nascimento, quando diz que competia aos Juízes Ordinários “processar e julgar com os vereadores as injúrias verbais cujas sentenças eram irrecorríveis, salvo se uma das partes fosse fidalgo ou cavaleiro.” (NASCIMENTO, 2009, p. 232).

Com a vinda da família real para o Brasil, instalou-se aqui o governo de todo o reino, de modo que a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa de Suplicação, e foram instituídos diversos órgãos superiores de jurisdição especializada no território brasileiro.

Somente após a independência é que se pode falar em um Judiciário brasileiro de fato. Assim, promulgada a Constituição Imperial de 1824, previu-se a organização do “poder judicial” da nova nação, mas, como acentua Lopes:

[...] a reforma do Judiciário começou de fato com o Código do Processo Criminal de 1832. Por ele foram extintos os cargos anteriores e o aparto judicial começou a tomar forma em torno dos cargos de juiz de paz, juiz municipal e juiz de direito na primeira instância. A segunda instância manteve-se com as Relações criadas antes da Independência e com um Supremo Tribunal de Justiça. (LOPES, 2011, p. 305).

A partir da reforma de 1832, a primeira instância passou a ser composta das seguintes categorias de Juízes: Juízes de Direito da comarca; Juízes de Órfãos; Juízes Municipais, que atuavam em termos ou subdivisões da comarca; Juízes de Paz, que atuavam em divisões distritais dos municípios; Juntas de Paz, que apreciavam os recursos sobre decisões dos Juízes de Paz.

A segunda instância, antes de 1832, possuía vários órgãos colegiados, como o Desembargo do Paço, que possuía competência para apreciar matérias sobre liberdade, adoção, legitimação e emancipação, reintegração de posse e censura de livros; a Mesa da Consciência e Ordens, que cuidava do provimento de benefícios, da administração de comendas e dos negócios relativos a interditos, cativos, ausentes e defuntos; o Conselho da Fazenda, com a atribuição de fiscalizar a arrecadação tributária e os bens da Coroa; e os Tribunais de Relação, esses de maior relevância aqui, porquanto eram os que apreciavam os recursos ou embargos. Após a reforma, subsistiram apenas duas categorias: as Juntas da Fazenda e os Tribunais de Justiça (que eram os Tribunais da Relação, cuja nomenclatura foi se alterando com o passar do tempo).

O Tribunal de Cúpula, que antes se encontrava em Portugal, foi transferido para o Brasil por ocasião da vinda da corte portuguesa, em 1808, transformando a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil, para findar os pleitos em última instância, em matéria cível e criminal. A partir de 1824, esse órgão passou a ser denominado Supremo Tribunal de Justiça, com atribuições de conceder ou denegar revista, julgar os crimes praticados por determinadas autoridades, inclusive seus próprios desembargadores, e decidir sobre os conflitos de jurisdição.

A partir da Proclamação da República, a organização judiciária e o processo tornam-se matéria estadual, surgindo um ambiente propício a novidades, pois cada unidade da federação passaria a administrar a própria Justiça. Além dessa mudança, na cúpula do Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça dá lugar ao Supremo Tribunal Federal, este idealizado nos moldes da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América.

O Supremo passa a exercer controle de constitucionalidade no caso concreto, por meio do recurso extraordinário. Assim, o terceiro grau de jurisdição ampliou seu leque de atribuições.

Também foram criados os Juízes Federais, de modo que a Justiça brasileira se organizou, no âmbito estadual, com seu Tribunal e seus Juízes, e a Justiça federal, formada por Juízes Federais e encabeçada pelo STF, o qual também era a instância máxima para os Judiciários estaduais.

Entre as transformações constitucionais pelas quais passou o Brasil no decorrer do século XX até o advento da Constituição atual, vale destacar o desaparecimento da Justiça Federal de 1937 até 1970, além da instituição do Tribunal Federal de Recursos, órgão que tinha competência para julgar determinadas ações originárias em que figurasse a União ou autoridade federal; posteriormente, passou a julgar recursos advindos dos Juízes Federais. Esse tribunal foi extinto com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

2.2. Constituição Federal de 1988

Com certeza a mudança mais vistosa que a Constituição atual trouxe à estrutura do Poder Judiciário foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais (TRFs), segunda instância da Justiça Federal. Os TRFs ocuparam o lugar do Tribunal Federal de Recursos, que havia sido extinto, como se percebe da leitura do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88.

A instituição do STJ inaugurou uma nova instância na estrutura judicial brasileira. Criado para ser o órgão máximo em matéria infraconstitucional federal, o STJ estreou um novo grau de jurisdição para recursos, passando a justiça comum a ser formada por quatro instâncias, em ordem crescente de superioridade: Juiz de Direito ou Juiz Federal, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A atuação das cortes de cúpula (STF e STJ) – também chamadas de órgãos de superposição do Judiciário, funcionando como terceira ou quarta instância –, possui caráter de excepcionalidade. Isso quer

dizer que nem sempre será possível recorrer a elas. O recurso a elas dirigido deve se pautar nos termos do art. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. Este tema será abordado posteriormente.

Percebe-se aqui, portanto, que atualmente possuímos um sistema no qual há multiplicidade ou pluralidade de graus de jurisdição, e não somente um duplo ou triplo grau, sendo possível estabelecer quatro instâncias judiciais.

3. Processo penal

Entender este ramo da ciência jurídica é necessário para a boa compreensão de sua função na aplicação da justiça. Da mesma forma se faz essencial para que se possa lançar juízo de valor sobre o processo penal brasileiro da atualidade e formar opinião sobre como é um processo efetivo.

3.1. Considerações relevantes

Buscando substituir a força como o meio usado para a resolução de litígios é que surge o processo. A instituição de um julgador imparcial que dissesse a quem cabia o direito adveio do anseio da pacificação social. Mas esse ator deveria possuir autoridade e capacidade de fazer valer sua decisão. Assim, somente o Estado se mostrou capaz de desempenhar essa função.

Explica Muccio:

O Estado, considerado o único capaz de solucionar a lide, mormente a de natureza penal, até porque a paz e a tranquilidade social que tem por incumbência garantir, ficariam comprometidas ante a insubordinação dos litigantes, tinha de encontrar uma forma para compor os conflitos de interesses. E o processo passou a ser o meio adequado para solucionar as lides. (MUCCIO, 2011, p. 5).

No processo penal da Antiguidade, como demonstra Muccio, já havia a distinção entre crimes privados e crimes públicos.

A lesão causada pelos primeiros era de somenos importância para o Estado, que deixava a repressão deles a cargo do ofendido [...] tocantemente aos segundos (crimes públicos), a gravidade era maior por atingirem a coletividade, os interesses sociais, ficando a repressão por conta do próprio Estado. (MUCCIO, 2011, p. 19).

É interessante notar que a repressão dos crimes privados pelo próprio ofendido podia deixar a ideia de uma justiça efetiva para este – visto que não necessitava aguardar a manifestação do Estado –, mas também de uma injustiça tamanha, pois fatores como influência e poder financeiro pesariam na hora de se pagar pelo ato. Se uma das partes fosse hipossuficiente em relação à outra, é certo que não conseguiria reprimir ou seria reprimida excessivamente.

Em Roma, é de relevância pontuar que, na Monarquia, os Juízes possuíam um poder sem limitação no ato de julgar; eles investigavam e impunham a pena. Não havia garantias para o acusado. Essa situação fez surgir a *provocatio ad populum*, pela qual o acusado podia recorrer da decisão do Juiz, para o povo reunido em comício. Era uma manifestação análoga ao duplo grau de jurisdição, tendo em vista que era o próprio magistrado que presidia a reunião.

No período do Império Romano, a apelação se mostra mais coadunada com o princípio do duplo grau de jurisdição, sendo a mesma era dirigida ao Imperador (*apelatio ad principem*). Depois passou a ser conhecida por magistrados superiores. Eram, portanto, órgãos diferentes do que prolatou a decisão vergastada.

Durante a Idade Média, o processo penal era desprovido de garantias racionais, já que era baseado na intervenção divina. Isso pode ser percebido pelo Direito Germânico, no qual havia testes de inocência e culpabilidade com o acusado, como por exemplo, colocar a mão na água fervente: se queimasse era culpado, se não, inocente. Aqui, o ônus da prova cabia ao réu.

No Direito Canônico, havia a necessidade de o acusador apresentar as provas. No entanto, por causa dos interesses da elite da igreja, as garantias ao acusado foram, com o tempo, mingando. Instaurou-se

o Santo Ofício (Tribunal da Inquisição), no qual imperavam o segredo, a tortura e a ausência de defesa. “O Santo Ofício sustentado no interesse superior de defender a fé fomentava, na verdade, indignidade e a covardia.” (MUCCIO, 2011, p. 22). Esse modelo inquisitivo se alastrou pela Europa Continental, inclusive nas legislações laicas.

No século XVIII as mudanças começaram a ocorrer para melhor, com a instituição do Ministério Público, a exigência de sentença fundamentada, a proibição das torturas, criação de tribunais para primeira e segunda instâncias, enfim, o surgimento de um processo equânime.

O processo, modernamente, é definido como o instrumento através do qual a jurisdição opera – instrumento para a positivação do poder (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 295). Ele é o meio hábil a ser usado pelo Estado para a resolução da lide decorrente da prática de uma infração penal.

Tourinho Filho conceitua o processo penal como:

[...] conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como da persecução penal. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 54).

A ação, como direito de exigir a prestação jurisdicional, é que dá início ao processo. No âmbito civil, a regra é que o direito de ação compete ao indivíduo que sofreu o dano; no âmbito penal, o titular da ação, na grande maioria dos casos, é o Ministério Público, pois não se trata de interesses privados, mas sim públicos.

Nota-se a seriedade da matéria tratada pelo direito penal: trata-se de *ultima ratio*, ou seja, só atua quando nenhum outro ramo do direito é suficiente. O respectivo processo judicial não poderia dispor apenas das mesmas regras processuais atinentes a outros ramos jurídicos. Dessa forma, dispomos de um Código de Processo Penal (CPP), que traz normas, em tese, compatíveis com os princípios que norteiam o âmbito criminal, regulando o inquérito policial, a ação, a instrução, os recursos, a execução da pena, dentre outras disposições. Sua finalidade não é outra senão tornar realidade o direito

penal, e por estar a ele ligado, pode-se dizer que seu fim mediato é a paz social (aspiração do direito penal), o que se traduz na prática pelo julgamento de delitos, identificação dos infratores, aplicação de pena aos condenados e absolvição dos inocentes.

É interessante notar que a existência de certas características define o tipo do processo. É acusatório, por exemplo, quando observa o contraditório, coloca as partes em pé de igualdade, tem publicidade, as funções de acusar, defender e julgar são desempenhadas por pessoas distintas e à parte acusadora é que cabe a iniciativa do processo; é inquisitivo quando as funções de acusar, defender e julgar são concentradas nas mãos de uma só pessoa, é sigiloso, não há contraditório, entre outras formas de ausência de direitos ao acusado.

A possibilidade de recorrer e a pluralidade de graus de jurisdição estão atreladas ao processo acusatório, visto que o recurso é forma de se buscar uma decisão segura e livre de vícios, é muitas vezes uma nova chance ao acusado. No processo inquisitivo não importa a versão do réu, mas somente a percepção do julgador, não sendo cenário propício a impugnações.

4. Considerações pertinentes na teoria geral dos recursos

A boa compreensão do instituto jurídico denominado recurso é de vital importância para a absorção do tema proposto neste trabalho. É por ele que se materializa o princípio do duplo grau de jurisdição (ou pluralidade de graus de jurisdição), sendo o meio pelo qual se alcança o provimento das instâncias superiores do Poder Judiciário em grande parte dos casos.

4.1. Noções preliminares

Quando o Juiz, em um processo judicial, faz um pronunciamento de natureza decisória, ou seja, uma decisão interlocutória ou sentença, acaba por frustrar a pretensão de um dos polos da relação processual. Perante o descontentamento da parte prejudicada, nasce o direito processual de recorrer do provimento, de forma que o mérito ou o direito, ou ambos, serão reapreciados pelo Poder Judiciário.

O recurso, portanto, pode ser definido como:

[...] o meio voluntário destinado à impugnação das decisões, afigurando-se como remédio de combate a determinado provimento, dentro da mesma relação jurídica processual, propiciando a sua reanálise. (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 867).

Ao possibilitar uma segunda avaliação do objeto do *decisum* pela Justiça, o ordenamento jurídico busca sanar a dúvida que nasce na mente da parte que se sente prejudicada, que se dá, entre outros motivos, pelo fato indiscutível de que o julgador é passível de falhas ao se manifestar.

A falibilidade humana é justificativa para a existência do instituto do recurso. O magistrado, como ser humano, mero mortal, está sujeito a cometer enganos, perder-se em devaneios, faltar com atenção, e tudo isso no momento de proferir uma decisão. Isso porque não é uma máquina, e nem poderia ser, já que o direito não se pauta apenas em critérios objetivos, mas também em subjetividade, emoção, ponderação, coisas que, por enquanto, somente o ser humano é capaz conjugar.

A esse respeito, explicita Tourinho Filho:

[...] na generalidade dos casos, os recursos são dirigidos a órgãos superiores, constituídos de Juízes mais velhos, mais experimentados, mais vividos, e tal circunstância oferece-lhes maior penhor de garantia. Por outro lado, sabendo os Juízes que suas decisões poderão ser reexaminadas, procurarão eles ser mais diligentes, mais estudiosos, tentando fugir do erro e da má-fé. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 845-846).

Não é um consenso doutrinário a classificação de certos conceitos como princípios, características ou pressupostos de admissibilidade recursais. Távora e Alencar enumeram diversos princípios. Já Guilherme de Sousa Nucci e Tourinho Filho não o fazem. De toda forma, independente da nomenclatura utilizada, certas definições

importantes sempre se fazem presentes. Trataremos das mais pertinentes à temática deste trabalho.

Entre elas, destaca-se a voluntariedade, segundo a qual o recurso decorre da manifestação volitiva da parte que tem interesse em ver a decisão reformada. Tal conceito está totalmente ligado ao conceito de sucumbência, que será estudado mais à frente. A relação entre os dois está no fato de que apenas quem teve algum tipo de perda com a decisão manifestará vontade de recorrer.

Não faz sentido, portanto, a expressão “recurso de ofício”, utilizada pelo CPP, nos arts. 564, III, “n” e 746, ao se referir à remessa necessária dos autos. Faltou o elemento volitivo, sem o qual ninguém recorre. Não se trata, na verdade, de recurso, mas sim de condição para o trânsito em julgado da sentença.

Também é condição para a existência do meio recursal a prescrição legal específica, podendo-se, portanto, elencar o princípio da taxatividade. É a lei que estabelece condições para o manejo, define em quais hipóteses é possível recorrer e cria efetivamente o instrumento. Nesse ponto, Nucci faz boa observação:

Não fosse assim inexistiria segurança jurídica, visto que toda e qualquer decisão, sob qualquer circunstância, desagradando uma das partes, permitiria ser questionada em instância superior. A ampla possibilidade recursal certamente terminaria por fomentar atitudes protelatórias, impedindo o equilibrado andamento do processo. (NUCCI, 2011, p. 852).

Outro princípio ou pressuposto é a unirrrecorribilidade, que determina que para cada espécie de decisão há um único recurso respectivo. Não é possível impugnar a mesma matéria utilizando-se de dois instrumentos diferentes, porém, como bem salientam os doutrinadores: “A concomitância de recurso pode ser possível quando a sentença aprecie ao mesmo tempo questões distintas” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 874). Frise-se que o manejo simultâneo do recurso especial e do recurso extraordinário não é uma afronta ao princípio em questão, visto que o objeto da impugnação é diverso

em cada um deles: aquele trata de assunto atinente a lei federal e este à Constituição.

Para a parte recorrer, devem concorrer pressupostos de natureza objetiva e subjetiva. Antes de analisá-los, porém, deve estar presente o pressuposto que dá sentido ao instituto em questão. Trata-se do pressuposto lógico-fundamental, que se apresenta pela decisão (caráter lógico) e pela sucumbência (caráter fundamental).

A decisão é o ponto de partida para o nascimento do direito de recorrer, pois é nela que a parte tem uma pretensão frustrada, no momento em que o julgador manifesta o entendimento jurídico. Sem um ato decisório não há o que impugnar. É por isso que não cabe recurso de despacho, pois é um provimento que não tem capacidade de frustrar qualquer aspiração legítima das partes.

Quanto à sucumbência, ela nasce com a decisão insatisfatória. Necessariamente a parte tem que vislumbrar algum prejuízo através da manifestação do julgador, caso contrário não teria motivo para interpor o recurso (diz-se interpor exatamente porque é um ato feito necessariamente no meio do processo, antes de se formar a coisa julgada ou findar-se a execução). Em relação a isso, é acertada a afirmação de Vicente Greco Filho, que diz: “basta, para que haja sucumbência e, portanto, interesse de recorrer, que a decisão não tenha atendido a uma expectativa, explícita ou implícita, justa ou injusta.” (GRECO FILHO, 2009, p. 311).

Por pressupostos objetivos podemos enumerar o cabimento, a adequação, a tempestividade, a regularidade procedimental, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo; por subjetivos temos o interesse e a legitimidade.

O cabimento é a determinação legal de que dado provimento é passível de recurso, visto que de despachos, por exemplo, não se pode recorrer, bem como das decisões interlocutórias não previstas no art. 581 do CPP. Da mesma forma, é impossível impugnar decisão cujo prazo recursal operou preclusão, bem como se já existe coisa julgada.

Adequação significa que o recurso utilizado em determinada situação deve ser o que a lei especifica, por exemplo, para a sentença há uma impugnação própria, já para a decisão interlocutória existe outra respectiva.

Regularidade procedimental, ou observância das formalidades legais, é um pressuposto objetivo pelo qual o recurso deve ser interposto dentro dos requisitos que a lei exige, por exemplo, o prazo para interposição, também chamado de tempestividade; a forma legal, que implica fazer-se por petição ou por termo nos autos; a motivação, que são os fundamentos de fato e de direito que sustentam a impugnação, bem como a demonstração das falhas e erros da decisão; recolhimento da fiança (quando exigida) etc.

A tempestividade pode ser considerada dentro da regularidade procedimental, não custando frisar que o transcurso do prazo para interposição do recurso causa a preclusão e, sendo sentença ou acórdão, faz coisa julgada.

Para se poder recorrer, é necessário que não se faça presente nenhum fato impeditivo ou extintivo, como por exemplo, a renúncia ou a desistência.

O interesse, pressuposto subjetivo, significa a necessidade da parte de ter a decisão modificada, voltando aqui ao requisito fundamental da sucumbência, porquanto o prejuízo causado pelo provimento judicial é que faz agir o recorrente.

Vale salientar que, às vezes, por mais estranho que possa parecer, existe interesse do acusado em recorrer de sentença absolutória, pois pode ser necessário alterar o fundamento da decisão, em vista do objetivo de cobrar danos morais do autor no futuro.

Por fim, a legitimidade, como definida por Távora e Alencar, é “a pertinência subjetiva que exige a sucumbência e a qualidade de parte da relação processual ou autorizativo legal para sujeito que não integre essa relação jurídica recorrer.” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 848).

O preenchimento de tais pressupostos deve ser avaliado pelo Juiz no momento de fazer o juízo de admissibilidade, que ocorre primeiro na instância *a quo* (por exemplo, o Juiz prolator da decisão) e, em seguida, no grau *ad quem* (o tribunal competente para julgar o recurso).

4.2. Efeitos recursais

O recurso, sendo admitido, pode produzir certos efeitos, quais sejam, devolutivo, suspensivo, regressivo, extensivo, translativo e dilatório-procedimental. Tais efeitos são independentes ou ocorrem concomitantemente, dependendo do tipo do recurso.

Como afirmam Távora e Alencar, “o juiz, ao exercer seu juízo de admissibilidade, deve indicar, em caso de recebimento do recurso, os efeitos que são a ele atribuídos, consoante o caso legal.” (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 851).

O primeiro efeito, chamado devolutivo, está presente em qualquer tipo de recurso e significa que a matéria julgada é devolvida ao Judiciário para ser realizada outra apreciação, geralmente feita por outro julgador, normalmente em instância mais elevada. Nucci expõe da seguinte forma:

O efeito devolutivo é regra geral, permitindo que o tribunal superior reveja integralmente a matéria controversa, sobre a qual houve o inconformismo. Naturalmente, cabe à instância superior avaliar, ainda, matéria que lhe permite conhecimento de ofício, sem a impugnação expressa de qualquer das partes (ex.: nulidade absoluta, mormente quando há prejuízo para o réu). (NUCCI, 2011, p. 852).

O efeito seguinte, que é o suspensivo, serve para paralisar a eficácia da decisão recorrida. Frise-se que não ocorre a suspensão do processo, que segue sua marcha, com o julgamento do recurso.

Sua ocorrência é mais limitada, existindo como permissivo legal, como é o caso na apelação de sentença condenatória (art. 597, *caput*, do CPP). Em relação a este aspecto, Tourinho Filho comenta:

Nesse caso, cumpre à própria lei dizer se este tem ou não tal efeito. Os recursos extraordinário e especial, p. ex., não o tem (§2º do art. 27 da Lei n. 8.038, de 28-05-1990). E é lamentável que assim o seja. Como se pode executar uma sentença se não houver o trânsito em julgado? E se a decisão do Tribunal permite o recurso extraordinário ou especial é sinal evidente de que não houve trânsito em julgado, uma vez que no nosso ordenamento não se admite recurso para combater decisão que passou em julgado. A disposição citada violenta o princípio da presunção de inocência, dogma constitucional. Aliás, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a inconstitucionalidade do §2º do art. 27 da Lei n. 8.038/90 (HC 85.209-2/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 5-5-2006). E várias decisões têm sido proferidas nesse sentido, inclusive pelo STF. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 852-853).

Tem-se, portanto, que a existência ou não de dispositivo legal não é barreira intransponível para esse efeito. Além do exposto, pode-se citar que, embora ele não esteja presente no recurso extraordinário (art. 637 do CPP), pode vir a ocorrer, conforme preconiza a súmula nº 634 do STF, ao citar a possibilidade de se concedê-lo por meio de medida cautelar.

O efeito regressivo guarda relação com o devolutivo, já que se trata também da devolução da matéria. Contudo, essa devolução é feita para o mesmo órgão que prolatou a decisão, e não para instância mais elevada. Também tem essa afinidade o efeito translativo, pois confere ao tribunal o poder de adotar qualquer decisão a favor das partes ou contra elas, indistintamente.

O efeito extensivo significa a extensão da decisão para todos os corréus, quando apenas um deles recorre, alegando matéria que não seja de caráter exclusivamente pessoal.

Por fim, o efeito dilatatório-procedimental nada mais é do que o fato lógico de que o processo se alargará pela sucessão de atos. Este efeito decorre da interposição do recurso, pois se instaura um procedimento específico para julgar a impugnação.

5. Os tribunais de cúpula do Judiciário brasileiro

No Judiciário brasileiro ocorre uma multiplicidade de graus de jurisdição, exatamente pela possibilidade que se tem de recorrer para o STF e para o STJ. Visto que, por meio de recursos inerentes a esses órgãos, eles funcionam como grau de recurso em processos da justiça comum, como terceira ou quarta instância.

Em relação a eles, explica Pedro Lenza:

Na medida em que não pertencem a qualquer Justiça, podemos classificar o STF e o STJ (Tribunais da União) não só como órgãos de convergência, conforme já visto, mas, também, como órgãos de superposição. Isso porque, embora não pertençam a nenhuma Justiça, as suas decisões se sobrepõem às decisões proferidas pelos órgãos inferiores das Justiças comum e especial. As decisões do STJ se sobrepõem àquelas da Justiça Federal comum, da Estadual e daquela do Distrito Federal e Territórios, ao passo que as decisões do STF se sobrepõem a todas as Justiças e Tribunais. (LENZA, 2010, p. 576).

5.1. Supremo Tribunal Federal

Órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, o STF tem a função precípua de guarda da Constituição. Está regulado na Seção II do Capítulo III da CF/88.

Suas origens remontam ao tempo do Império no Brasil. O chamado Supremo Tribunal de Justiça foi criado em 1828, com competência para julgar recursos de revista e ações originárias envolvendo certos cargos públicos.

A denominação atual foi adotada pelo Decreto nº 848/1890, e o órgão foi instituído pela Constituição Republicana de 1891. A partir daí houve uma evolução no Poder Judiciário, inspirada pela doutrina constitucional estadunidense: o Supremo passou a atuar com a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, através de um recurso especial, começando aí o tribunal a moldar sua identidade atual.

As atribuições da corte foram modificadas no decorrer dos anos, principalmente em relação à matéria política, devido aos diversos regimes de governo e Constituições que estiveram vigentes no Brasil durante o século XX.

A Constituição de 1988 delineou a competência do STF, reduzindo-a à matéria constitucional, com a criação do STJ, que ficou com a atribuição de protetor da legislação federal.

Não obstante, assevera José Afonso da Silva que isso não converteu o órgão em corte constitucional:

Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. [...] Reduzir a competência do STF à matéria constitucional não constitui mudança alguma no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. (SILVA, 2008, p. 558-559).

5.2. Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988. Segundo Mendes, Coelho e Branco:

A discussão travada em torno da chamada crise do recurso extraordinário e da admissão da arguição de relevância para apreciação dos recursos interpostos sob a alegação de afronta ao direito federal ordinário favoreceu a criação de uma Corte que, ao lado do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho, se dedicasse a preservar a interpretação adequada e a

unidade do direito federal ordinário em relação às causas julgadas pelos tribunais federais comuns e pelos tribunais estaduais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1014).

Dessa forma, seu surgimento foi decorrente de uma necessidade: descarregar o STF.

Funciona como órgão superior da justiça comum, a estadual e a federal; é composto por, no mínimo, 33 Ministros, nomeados pelo Presidente da República, entre brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. Sua composição é distribuída em um terço de Juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço de Desembargadores dos Tribunais de Justiça e um terço de advogados e membros do Ministério Público.

Assim como o Supremo, o STJ tem três tipos de competências: originária, recursal ordinária e recursal especial (exercida através do recurso especial: matéria relevante na temática deste estudo). As matérias de sua competência se acham dispostas no art. 105 da Magna Carta.

6. Acesso às instâncias de superposição

São diversos os órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, porém a temática deste trabalho nos delimita a focar somente dois: o STF e o STJ.

O acesso a essas cortes pode se dar de três formas: por ação originária; por meio de recurso ordinário; e pelo recurso extraordinário, dirigido ao STF, e o recurso especial, endereçado ao STJ.

Ao se falar em múltiplos graus de jurisdição em nosso sistema, logicamente incidimos na terceira hipótese acima expressada – recurso extraordinário e recurso especial. Limitar-nos-emos a esses dois, porquanto se trata do desdobramento do direito de ação para os tribunais de superposição. Sucedâneos recursais como o *habeas corpus* muitas vezes funcionam como verdadeiros recursos. Todavia, no aspecto formal, fogem da problemática aqui apresentada.

6.1. Recurso extraordinário

A nomenclatura deste recurso, expresso no art. 102, inciso III, da CF/88, já demonstra seu caráter excepcional. Trata-se de meio de impugnação dotado de pressupostos peculiares, atinentes à função jurisdicional do tribunal competente para julgá-lo, qual seja, o STF.

Gilmar Ferreira Mendes o define como o “instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 998).

Suas origens remontam ao advento da Constituição da República de 1891, a qual, instituindo o STF, deu-lhe competência para exercer controle de constitucionalidade por meio de recurso. Antes desse marco, não havia controle jurisdicional da Constituição,

[...] com a proclamação da República, o nosso Direito passou a sofrer a influência do Direito norte-americano, para o que contribuíram decisivamente as ideias de Rui Barbosa, inaugurando-se o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. (CARVALHO, 2009, p. 412).

Trata-se de controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF, visto que a matéria do recurso extraordinário é uma questão constitucional que foi apreciada pelas instâncias inferiores, não sendo o objeto da lide do processo.

Seu cabimento, de acordo com o dispositivo constitucional supracitado se dá nas seguintes hipóteses: a) decisão quem contraria dispositivo constitucional; b) decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; c) decisão que julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) decisão que julga válida lei local contestada em face de lei federal.

Aqui não há que se julgar novamente os fatos, trata-se de impugnação cujo objeto é apenas matéria de direito, que no caso é de cunho precipuamente constitucional.

É exigência para seu recebimento a demonstração da repercussão geral da questão objeto do recurso (art. 102, § 3º, da CF/88), sobre a qual dispõe o art. 322, parágrafo único, do Regimento Interno do STF:

Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. (BRASIL, 2012).

Como afirma Nucci:

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a repercussão geral é formada por um binômio, consistente em 'relevância + transcendência'. A questão debatida 'tem que contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia. (Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 33 e 35). (NUCCI, 2011, p. 914).

Também, como é afirmado por Távora e Alencar (2011, p. 964), a praxe forense tem considerado como requisito necessário para a admissibilidade do recurso o pré-questionamento, ou seja, a matéria objeto do recurso deve ter sido previamente debatida durante o processo. Não se tira outra conclusão da súmula 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

O recurso em questão será protocolado no tribunal *a quo*, devendo sua interposição ser feita por petição, que será dirigida ao Presidente do tribunal que proferiu a decisão, acompanhada de razões endereçadas ao STF, no prazo de quinze dias, de acordo com a Lei nº 8.038/1990.

Interposto o recurso, o Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal *a quo* dará ordem de notificação do recorrido para que apresente contrarrazões, também no prazo de quinze dias.

Sendo o recurso aprovado no juízo de admissibilidade, os autos serão remetidos ao STF, onde serão processados observando-se as regras peculiares do Regimento Interno desse tribunal. Não sendo admitido no tribunal de origem, cabe agravo de instrumento nos próprios autos para o pretório excelso.

6.2. Recurso especial

Guilherme de Souza Nucci dá uma boa definição para este recurso:

É o recurso excepcional, voltado para garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional, tendo por foco comparativo o disposto em leis federais, evitando-se que estas sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do País, além de se buscar evitar que interpretações divergentes, acerca de legislação federal, coloquem em risco a unidade e a credibilidade do sistema federativo. (NUCCI, 2011, p. 915).

Este recurso se originou com a Carta Constitucional de 1988, juntamente com o STJ, como uma necessidade daquele momento, pois, como preceitua Carvalho:

[...] é na competência recursal especial que se tem justificado a criação do Superior Tribunal de Justiça, pois, por meio do recurso especial, desempenhará a função de guardião da lei federal e de órgão uniformizador da jurisprudência dos Tribunais, tarefas estas atribuídas anteriormente ao Supremo Tribunal Federal. (CARVALHO, 2009, p. 1336).

O recurso especial se encontra positivado por nossa Constituição no art. 105, inciso III, e é cabível nas causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça ou pelo Tribunal do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim como o recurso extraordinário, tem sido exigido o pré-questionamento como requisito de admissibilidade do recurso especial.

Em caso de interposição simultânea de recurso especial ao STJ e recurso extraordinário ao STF, sendo ambos admitidos, os autos serão imediatamente remetidos ao STJ, conforme preceitua o § 3º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990. Após julgado o recurso especial, os autos devem seguir para o Supremo, para “apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado” (Lei nº 8.038/1990, art. 27, § 4º) (BRASIL, 1990).

Os prazos e o processamento do recurso especial são os mesmos do recurso extraordinário. Assim, logo que aprovado no juízo de admissibilidade, os autos seguem para o STJ, onde será processado em consonância com os regramentos do respectivo Regimento Interno. Não sendo admitido no tribunal de origem, cabe também agravo nos próprios autos para o órgão *ad quem*. Neste caso não há a exigência de repercussão geral (embora não fosse uma má ideia, a fim de elevar o prestígio de tal impugnação), tendo em vista que é de cunho de exceção, como também para buscar um alívio da enxurrada recursal que se dirige ao STJ.

Não custa lembrar que esta espécie recursal era, antes das mudanças trazidas pela Constituição de 1988, apenas uma hipótese de recurso extraordinário.

6.3. Agravo contra decisão denegatória de recurso especial e recurso extraordinário

Este recurso, como bem explica Távora e Alencar,

[...] visa o reexame de ato judicial de natureza decisória que tenha negado seguimento a recurso especial ou a recurso extraordinário, por entender o Presidente ou o Vice-Presidente do Tribunal prolator do acórdão recorrido que faltam ao recurso os seus requisitos de admissibilidade descritos na Constituição do Brasil e na legislação processual de regência. (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 978).

O órgão competente para julgar o agravo é o mesmo que julgaria o recurso extraordinário ou o especial, ou seja, o STF e o STJ respectivamente.

Aqui se encontra presente o efeito regressivo, que possibilita o juízo de retratação pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal *a quo*. O prazo para sua interposição é de cinco dias contados da ciência da decisão denegatória, devendo a petição ser acompanhada por razões. Havendo ou não juízo de retratação, os autos devem subir ao tribunal *ad quem* para julgamento do agravo.

É de relevância citar tal impugnação, por ser decorrente da negação de seguimento dos recursos extraordinário e especial. Ocorre que há um enorme número de agravos nos tribunais de superposição, ultrapassando o número de recursos excepcionais ali julgados, como se observa dos dados disponíveis na estatística que estes órgãos disponibilizam¹. Aqui se encontra mais uma consequência da multiplicidade de graus de jurisdição.

7. Análise da relação entre multiplicidade de graus de jurisdição e a efetividade do processo penal

Uma multiplicidade de graus de jurisdição² existe quando há a possibilidade de se recorrer para além da instância superior àquela que proferiu a decisão (ou seja, vai além do duplo grau de jurisdição). É o caso do sistema judicial brasileiro, onde, ressalvados os casos de competência originária, previstos na Constituição Federal, o processo que se inicia com o Juiz singular, pode ter passado, ao seu término, por até quatro órgãos judiciários escalonados.

Ocorre que o STF e o STJ possuem, constitucionalmente, competência para apreciar, respectivamente, recurso extraordinário e especial, que, diferentemente das impugnações ordinárias, exigem a

¹ Estatísticas disponíveis nos sítios: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>> e <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>>.

² Não custa lembrar que há posições que entendem não existirem múltiplos graus de jurisdição, como é o caso de Fernando da Costa Tourinho Filho, em seu Manual de Processo Penal, 2010.

presença de mais requisitos para que possam ser interpostos, visto que essas cortes, como órgãos de cúpula, não têm o mesmo papel dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais. Ou seja, não servem como um terceiro ou quarto revisor do mérito da causa.

Contudo, embora não reavaliem os fatos, reexaminam o direito – relativo à matéria constitucional (STF) ou à legislação federal (STJ). Diante disso, o trânsito em julgado do processo só ocorrerá com o julgamento desses respectivos recursos.

A problemática está exatamente na duração, para que a ação encontre seu fim (transite em julgado), pois a demora excessiva na resolução de uma lide causa prejuízos tanto para o Estado (descrédito na Justiça) como para a sociedade (sensação de insegurança). Em relação ao acusado, a morosidade pode ser positiva, visto a expectativa da prescrição da pretensão punitiva, ou aflitiva, se estiver em cumprimento de medida cautelar ou mesmo pela ansiedade decorrente da incerteza quanto à absolvição ou condenação.

É sabido que processos criminais em nosso país se arrastam por muitos anos, sendo diversas as causas para que isso ocorra. Entre elas podem ser citadas a estrutura deficitária do Poder Judiciário e a falta de Juízes e servidores. Para serem resolvidos, esses fatores dependem do progresso econômico do país.

Apesar de serem questões relevantes para a elucidação do tema, o foco deste trabalho é a complexidade jurídica – e não a deficiência econômica – da jurisdição brasileira, foco este que pode ser traduzido na seguinte pergunta: a multiplicidade de graus de jurisdição seria responsável por uma parcela da morosidade existente no processo penal? A efetividade do provimento jurisdicional fica prejudicada, ainda que aparentemente, diante dessa lentidão?

A resposta não é simples, visto que existem argumentos tanto pró como contra para a questão. No entanto, o crivo deve ser efetuado no polo neutro, isto é, sem possuir interesse na defesa ou na acusação. É que a lógica diz que todo acusado vê utilidade em infinitas vias recursais, já o órgão acusador deve querer a resolução mais breve possível.

Nessa moderação, deve ser levado em conta o princípio constitucional expresso da razoável duração do processo, para que se tenha por objetivo um procedimento que não seja demasiadamente lento, como também que não marche tão rápido a ponto de terminar ainda incipiente sem ter formado um conjunto probatório suficiente.

Essa preocupação é de enorme monta em direito penal, cuja matéria é *ultima ratio*, ou seja, de tamanha importância que não pode ser regulamentada por outro ramo do direito. Prova desta importância é que a repressão de condutas criminosas é assunto de interesse público, onde a sociedade espera ver uma atuação efetiva do Poder Judiciário, a fim de se conservar a ordem, civilidade e segurança.

Por início, não teria motivo considerar que os recursos extraordinário e especial pudessem ser prejudiciais à efetividade da providência jurisdicional penal, já que seriam insuscetíveis de produzir efeito suspensivo ao acórdão impugnado, visto as disposições legais e regimentais que atestam esse argumento – como é o caso do art. 637 do CPP, o art. 321, § 4º, do Regimento Interno do STF e o art. 255, *caput*, do Regimento Interno do STJ.

Assim, com o início do cumprimento da pena pelo acusado, estes recursos poderiam ser apreciados sem o entrave do processo, de modo que pela eventual decisão de desprovimento, não teria ocorrido protelação à condenação.

No entanto, não obstante tais disposições legais, a Constituição da República dispõe em seu art. 5º, inciso LVII, outro princípio que incide diretamente no processo penal: a presunção de inocência ou de não culpabilidade, que, em resumo, significa que ninguém será considerado culpado até que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, o que só ocorre com a exaustão das possibilidades recursais.

A Constituição, como lei fundamental, funciona como parâmetro de validade para todas as normas legais, de modo que a aplicação da legislação processual penal deve estar de acordo com os dispositivos e princípios constitucionais.

Daí a possível existência de controvérsia da norma que proíbe efeito suspensivo em sede de recurso extraordinário, pois se a Carta Magna profere que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o acusado não pode ser considerado culpado, este não pode iniciar o cumprimento da pena enquanto a via recursal não se exaurir.

Tem sido este o entendimento da doutrina, como assevera Távora e Alencar:

No processo penal, contudo, vem se entendendo que a interposição desses recursos impede a execução provisória da pena, já que o *status de inocência* subsiste até o trânsito em julgado da sentença condenatória. (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 966).

Usando esta mesma base principiológica foi que se deu o desuso e posterior revogação do art. 594 do CPP, que condicionava o direito de apelar do acusado ao seu recolhimento ao cárcere, quando paciente de sentença penal condenatória. Ali restou clara a inconstitucionalidade da norma, visto que impunha o início do cumprimento da pena para se proceder ao duplo grau de jurisdição, ou seja, antes do fim do processo o réu já era considerado culpado.

Nessa senda, está aberta a possibilidade da aplicação de efeito suspensivo³ em recurso extraordinário e em recurso especial, malgrado haja disposição legal em contrário. Diante disso, é possível que estes recursos sejam usados apenas para protelar o findar do processo, visto o interesse do acusado de se manter em liberdade por mais tempo.

De fato a legislação nacional tem avançado na resolução do problema do entrave processual nas instâncias superiores, porém faz isso a passos lentos. Não custa lembrar que há quase 25 anos o STF acumulava as funções que hoje competem ao STJ; era uma corte sobrecarregada, na qual os processos tramitavam demasiadamente devagar. Com o advento da CF/88 e a criação do STJ, o quadro

³ Ver: STJ – Quinta Turma – HC 104.383/SP – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJ de 29/06/2009.

melhorou. Houve, contudo, um aumento dos recursos extraordinários, acarretando, conseqüentemente, outra sobrecarga processual. Diante disso, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe a exigência da demonstração de repercussão geral para o recebimento do recurso extraordinário.

Embora tal medida tenha diminuído o número de recursos extraordinários recebidos e julgados pelo Supremo, a quantidade ainda é alta, como se percebe dos dados disponíveis no sítio do tribunal⁴. Além disso, há um grande número de agravos decorrentes do indeferimento de recursos especiais, que também podem ocasionar outros recursos, como agravos regimentais e embargos infringentes.

Nesse cenário propício para a proposta de novas soluções, surge, no ano de 2011, a PEC 15/11, idealizada pelo então Ministro do STF, Cezar Peluso, com o fito de transformar os recursos especial e extraordinário em uma espécie de ação rescisória constitucional. A consequência disso é que estes dois órgãos deixariam de funcionar como grau recursal excepcional.

A justificativa apresentada na referida proposta é a de que os meios recursais constitucionais atuais são usados, em grande parte das vezes, apenas com fins protelatórios, de modo que sua substituição por ações rescisórias contribuiria para uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva, visto que faria com que o trânsito em julgado do processo se desse já na segunda instância.

Em artigo publicado no sítio do STF, o ex-Ministro Cezar Peluso faz sua explanação a respeito do tema, apresentando dados e argumentos jurídicos:

Minha proposta de emenda constitucional conhecida como PEC dos Recursos ataca frontalmente dois dos mais graves, se não os dois mais graves problemas do sistema judicial brasileiro: a lentidão dos processos e a impunidade. Para tanto, altera a Constituição para acabar com a chamada 'indústria dos recursos', em que

⁴ Ver: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>.

manobras protelatórias retardam o andamento dos processos e impedem a execução das sentenças judiciais. Em termos simples, o projeto estabelece o final do processo após duas decisões judiciais. O Brasil é o único país do mundo em que um processo pode percorrer quatro graus de jurisdição: juiz, tribunal local ou regional, tribunal superior e Supremo Tribunal Federal (STF). O sistema atual produz intoleráveis problemas, como a 'eternização' dos processos, a sobrecarga do Judiciário e a morosidade da Justiça. Pela PEC dos Recursos, os processos terminarão depois do julgamento do juiz de primeiro grau e do tribunal competente. Recursos às cortes superiores não impedirão a execução imediata das decisões dos tribunais estaduais e regionais. Tais decisões, aliás, em geral são mantidas pelas cortes superiores. Em 2010, por exemplo, o STF modificou as decisões dos tribunais inferiores em apenas 5% dos recursos que apreciou. [...] A imprensa tem realçado o caso de um assassino confesso que, mediante uso de uma série infundável de recursos (mais de 20), retardou sua prisão por onze anos. Se a PEC dos Recursos já estivesse em vigor, esse réu estaria cumprindo sua pena há mais de cinco anos. O projeto não interfere em nenhum dos direitos garantidos pela Constituição, como as liberdades individuais, o devido processo legal, a ampla defesa, o tratamento digno do réu. O que se veda é apenas a possibilidade da utilização dos recursos para perpetuar processos e evitar o cumprimento das decisões. [...] A medida reforça a responsabilidade dos juízes e dos tribunais locais e regionais, que terão seu desempenho avaliado mais de perto pela sociedade. (PELUSO, 2011).

É interessante notar, em relação ao recurso extraordinário, que sua alteração significaria a quebra de um modelo que já dura pouco mais de um século em nosso ordenamento jurídico: trata-se da apreciação pelo STF de matéria constitucional, exercendo controle de constitucionalidade difuso, em sede recursal. Como já discutido, a partir da Proclamação da República, em 1891, certos elementos do sistema jurídico estadunidense foram incorporados ao nosso, entre os quais entregar ao Poder Judiciário a competência de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos.

Parece-nos que se tal proposta for bem sucedida, haverá um distanciamento do modelo estadunidense e uma aproximação ao sistema

européu, no qual a regra é o controle de constitucionalidade pela via direta, a qual também estamos utilizando desde a promulgação da Constituição de 1988.

No entanto, mais importante que se apegar a modelos e sistemas jurídicos, importa que o processo esteja adaptado para melhor corresponder a uma justiça efetiva. Neste pensamento, a ideia de que a lide possa encontrar seu término definitivo logo na segunda instância não parece ruim, ainda mais em se tratando da matéria penal, cuja seriedade exige uma resposta judicial em prazo razoável.

De qualquer forma, parecem relevantes os argumentos trazidos para justificar a extinção do recurso extraordinário e do recurso especial. Aceitá-los seria reconhecer que a multiplicidade de graus de jurisdição é prejudicial para a efetividade da prestação jurisdicional. Tal argumentação não é destituída de lastro idôneo, visto que é a posição defendida por um ex-Ministro do STF.

No entanto, há também posição contrária a essa proposta, que não poderia deixar de se fazer presente neste estudo. Exemplo dela é a visão de Hugo Filardi:

[...] não há como negar a importância dos recursos extraordinário e especial como mecanismos de uniformização da interpretação normativa e instrumentos contramajoritários de controle da influência de verdadeiras oligarquias regionais, além de permitir a interpretação e mutação de normas de conteúdo aberto e natureza principiológica. [...] Os recursos são meios legítimos de controlabilidade e aperfeiçoamento das decisões judiciais e em hipótese alguma podem ser vistos como responsáveis pela demora na entrega definitiva da tutela jurisdicional. [...] não podemos compactuar com a Proposta de EC 15/2011, pois a extinção dos recursos extraordinário e especial não ataca frontalmente o principal ofensor à duração razoável do processo e permite a construção totalitária e pouca participativa das decisões judiciais. [...] Saliente-se, por oportuno que a extinção dos recursos extraordinário e especial, ao passo que não resolveria a questão da celeridade na entrega da tutela jurisdicional, violaria os princípios constitucionalmente assegurados do devido processo legal, do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e

também do duplo grau de jurisdição e da presunção de inocência. (FILARDI, 2011, p. 203-220).

Não concordamos com a posição de que a transformação dos recursos excepcionais constitucionais em ações autônomas poderia ferir os princípios citados por Filardi. Não deixaria de haver um devido processo legal, cingido das garantias do contraditório e da ampla defesa, já que a primeira e a segunda instâncias não se alterariam, respeitando-se o duplo grau de jurisdição, em que a ampla defesa do acusado poderia ser exercitada. Frise-se que o acesso à Justiça é resguardado pelo princípio do juiz natural, de primeiro grau.

Quanto à presunção de inocência é interessante pensar que se o acusado que passou por dois juízos – primeira e segunda instâncias – e, ao final disso, foi considerado culpado, do ponto de vista lógico se presume não inocente. Do prisma jurídico, o trânsito em julgado é o limite de se presumir a não culpabilidade do réu. E antecipar a formação da coisa julgada, neste caso, respeita as garantias constitucionais.

Continuando nossa análise, percebemos que a existência de uma pluralidade de instâncias recursais no processo penal está sujeita ao princípio da presunção de inocência, como demonstrado, de forma que, após o acórdão proferido pela segunda instância, o acusado só permanecerá preso se concorrerem para tanto os pressupostos da prisão cautelar, já que antes do trânsito em julgado ele não é considerado culpado.

Caso não existissem os recursos especial e extraordinário, o trânsito em julgado ocorreria logo no segundo grau de jurisdição, o que, inegavelmente, contribuiria para a realização do preceito constitucional da razoável duração do processo. No entanto, é bom frisar que o que mais contribui para a lentidão da prestação jurisdicional em nosso país não são essas impugnações, visto ser notório que nas primeiras instâncias a Justiça também é extremamente lenta, isso se não for onde ocorre a maior parte da morosidade.

Porém, o que se discute aqui é apenas o impacto que tal multiplicidade de graus de jurisdição exerce na dispensação da Justiça, seja esse impacto pequeno ou grande.

Em relação a isso, percebe-se que a referida PEC traça um aspecto negativo da existência de tantas instâncias recursais: o uso dos recursos constitucionais excepcionais como meros expedientes de dilação processual, com a conseqüente procrastinação do trânsito em julgado.

Calha dizer que em muitos casos a defesa recorre não visando ao ideal da justiça, mas em busca de exercer com dedicação seu compromisso com o acusado, procurando nos pormenores legais e constitucionais os meios da absolvição. Assim, o que de um lado pode ser visto como mera forma de atrasar o processo, de outro se enxerga mais uma chance de alcançar a absolvição⁵.

Voltando à análise da proposta, na justificação percebe-se também a afirmativa de que o Brasil seria o único país em que existem na verdade quatro instâncias recursais. No entanto, ao se analisar o Judiciário de países como Estados Unidos e Alemanha – dois dos quais tiveram grande influência na formação do direito pátrio –, percebe-se a existência de muitas cortes, assim como aqui. A questão é se tais tribunais têm funcionado como graus de jurisdição ou se atuam de forma especial.

O Judiciário dos Estados Unidos, que teve grande influência principalmente na formação do nosso STF, possui, como em nossa nação, diversos órgãos judiciais. A Justiça de cada estado federado possui uma suprema corte própria, de modo que existem três graus de jurisdição no nível estadual, além da Suprema Corte Federal, acima deles.

Na Alemanha, embora seguidora do sistema romano-germânico, a situação é parecida, pois cada estado possui três instâncias, além do Tribunal de Justiça Federal e do Tribunal Constitucional.

⁵ Sob esse prisma, o conceito pré-concebido do advogado protelador pode ser substituído pelo do defensor que zela por aproveitar todas as chances a favor de seu cliente, para que ao fim não venha ser acusado de ter perdido uma oportunidade, visto que a chamada teoria da perda de uma chance pode abrir a possibilidade de o patrono ser responsabilizado civilmente por isso. Analisando, por exemplo, que na ausência de recurso nunca se saberá com absoluta certeza se a decisão que o cliente desejava que fosse reexaminada seria reformada em seu favor ou não, a noção de ato protelatório fica bastante nebulosa.

Nota-se, portanto, que outros modelos judiciais não são simplificados, e que a variedade de instâncias não é uma característica somente do nosso Judiciário. O que pode diferir, então, são as possibilidades que se tem de recorrer das decisões e o leque de matérias a que os tribunais se dispõem a apreciar.

Percebe-se, por exemplo, na Suprema Corte estadunidense, que existe certa discricionariedade na aceitação dos recursos que lhe são dirigidos, como descreve Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Consultor-Geral da União, em artigo:

Recentemente, verifica-se que de cerca de sete mil pedidos anuais, menos de cem serão julgados [...] Interesse nacional, manutenção da ordem, desafio constitucional e nuances políticas, além da carga de trabalho (*workload*), orientam a discricionariedade da Suprema Corte. (GODOY, 2011).

A *Supreme Court*, que já foi um tribunal abalroado de processos, encontrou a solução para esse problema ao restringir significativamente sua atuação, ocorrendo que:

[...] em 1988, o Congresso americano eliminou a maior parte da competência da Suprema Corte para recursos obrigatórios, restringindo-os significativamente. Os recursos originários para a Suprema Corte (*mandatory appeals*) foram praticamente extintos, ficando apenas residualmente naqueles que envolvam direitos indisponíveis. Todas as demais matérias, a partir de então, e até hoje, tem de ser submetidas por meio da petição de *certiorary*. (FARINA, 2012, p. 110).

Também, exemplificando, no sistema alemão, existe o *Verfassungsbeschwerde* (art. 93, 1, 4a, da Constituição Alemã), que pode ser traduzido por “Reclamação Constitucional”. Não se trata do instituto de mesmo nome que possuímos em nosso ordenamento, mas é uma ação constitucional, de modo que não dá continuidade a um processo em curso, ou seja, não impede o trânsito em julgado de uma decisão judicial. Percebe-se assim, que a corte suprema daquele país atua de modo diverso do nosso Supremo Tribunal.

Observadas essas diferenças, cumpre salientar que as soluções buscadas para a melhoria do nosso processo judicial não podem ser apenas copiadas de modelos internacionais, devem, no entanto, levar em conta todas as necessidades e peculiaridades da Justiça brasileira.

Assim, do ponto de vista da lentidão de nosso Judiciário, seria interessante enxugar a sistemática dos múltiplos graus de jurisdição. Na verdade, levando-se em conta somente o princípio da celeridade processual, qualquer medida que busque simplificar o sistema é bem-vinda, porém, devem ser considerados conjuntamente outros princípios.

A existência de vários meios recursais obviamente enaltece o princípio da ampla defesa, por dispor mais instrumentos para o acusado. Embora também o faça para a acusação, é bem verdade que, no processo penal, o polo passivo leva mais vantagem. Ora, atesta isso o princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

Aliás, uma vez que o acusado não pode ter sua pena agravada por decisão reformadora, não há o que temer em impetrar recursos, mesmo sabendo não ter razão, apenas para prolongar sua defesa. Nesse caso, sendo o recurso desprovido, não terá prejuízo em sua condenação.

Também é de valor pensar na função fundamental de nossos órgãos de cúpula do Judiciário. Ora, torna-se banal pensar nessas cortes como estágio final de qualquer processo criminal. Mas é essa a ideia que se tem, a de que se pode recorrer exaustivamente até tais instâncias, tornando-as meros tribunais de recurso.

Em relação à banalização da função desses órgãos, é de bom grado a seguinte comparação com a *Supreme Court*, feita por Fernanda Farina:

Conforme se verifica da evolução da Suprema Corte dos EUA, foi-se adotando no decorrer dos anos a função primordial de garantia do real desenvolvimento do Estado Democrático de Direito: resguardar a Constituição e seus primados, adequando as políticas públicas e as liberdades civis aos princípios e ditames determinados na Carta Maior.

[...]

E é essa a relevância que se tem de dar às nossas Cortes Superiores: a de resguardar o texto Constitucional e a legislação federal, e zelar pela observância dos princípios democráticos neles encerrados. Mais do que isso, é identificar que as Cortes Superiores, como a *Supreme Court* americana, tem essencial função política. (FARINA, 2012, p. 111).

Ter as cortes superiores como meros graus de jurisdição pode ser atentatório contra sua função primordial de serem protetoras do direito. Uma solução, portanto, como idealizado pelo Ministro Peluso, seria a restrição de sua atuação com a substituição dos recursos extraordinário e especial por ações autônomas, algo que desencorajaria o ingresso de pedidos apenas por conta de ser um novo processo.

Essa medida, além de diminuir a quantidade de graus de jurisdição – contribuindo para o encurtamento do processo e consequentemente para a efetividade do processo penal perante a sociedade –, melhoraria a qualidade dos provimentos apresentados pelos tribunais de superposição⁶.

⁶ Ocorre que o entupimento de processos nas cortes superiores faz com que esses tribunais busquem formas de escapar do congestionamento, daí que se utilizem do que foi chamado de “jurisprudência defensiva”, que pode ser definida como “[...] um excesso de rigorismo processual e procedimental. São decisões que se utilizam indiscriminadamente e estendem a aplicação de entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que contenham algum óbice ao conhecimento dos recursos. Se voltam exclusivamente a reduzir o número de processos julgados pelas Cortes Superiores, deixando de entregar uma prestação jurisdicional plena. [...] A grande problemática da ‘jurisprudência defensiva’ é que ela deturpa entendimentos jurisprudenciais legítimos, como a exigência da fundamentação do recurso ou a comprovação do pagamento das custas processuais, com a finalidade de reduzir o volume de recursos a serem julgados. O pior é que nem sempre essa finalidade é atingida, o que acaba por gerar como único efeito uma irresignação ainda maior por parte dos jurisdicionados, mais recursos e um maior volume de processos para julgamento. A característica particular da jurisprudência defensiva é que ela não se importa se é possível extrair do contexto recursal a questão federal debatida, e se com isso se uniformizará uma tese de Direito objetivo importante para a sociedade como um todo. [...] A ‘jurisprudência defensiva’ é, assim, absolutamente contrária à função essencial dos Tribunais Superiores, e mais do que isso, do próprio processo, que deve servir de meio para a realização da Justiça.” (FARINA, 2012, p. 124; 130-131).

O uso da discricionariedade também é uma forma de limitar a pluralidade de graus de jurisdição, uma solução por esse caminho seria inspirar-se no modelo da *Supreme Court*. Porém, o poder discricionário encontra limitações no sistema romano-germânico, no qual nossa Justiça é baseada. Nesse sistema impera o primado da lei, diferentemente da *common law*, presente nos Estados Unidos, em que a cultura judiciária confere maior liberdade de interpretação para o magistrado.

Não obstante, esta deve ser uma hipótese a considerar, pois, devemos lembrar, o Direito não é uma ciência engessada, daí que optar por conferir maior discricionariedade para o STF e o STJ em relação a conhecer ou não de recursos extraordinário⁷ e especial, respectivamente, seria uma alternativa para diminuir consideravelmente a ocorrência de múltiplos graus de jurisdição em um processo judicial, especialmente na matéria penal, que clama por uma resposta rápida do Estado.

Vale também citar que a possibilidade de se recorrer para muitos graus de jurisdição pode tirar parte da credibilidade da sentença do Juiz de primeira instância, porquanto acaba por se ter a ideia de que a verdadeira sentença é a proferida pelo colegiado que julgará o recurso. Isso toma proporção ainda maior quando se pensa no fato de a impugnação poder ser dirigida a uma terceira ou quarta instância. Isso, porém, não deve ser encarado como problema, pois é uma consequência inevitável do duplo grau de jurisdição.

8. Conclusão

Pelo exposto, percebe-se que a forma como é administrada a multiplicitade de graus de jurisdição em nosso sistema causa certo prejuízo à efetividade jurisdicional do processo penal, incidindo na celeridade, tanto a real quanto a de percepção da parte, que enxerga um

⁷ Em relação ao recurso extraordinário, não custa lembrar que o STF já deu um passo rumo ao poder discricionário, visto que, ao decidir o que é questão de repercussão geral, o faz baseado em critério subjetivo, e não em disposição legal, tendo em vista que a expressão “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, presente no art. 2º da Lei 11.418/06 é simplesmente genérica.

longo caminho para recorrer. O prejuízo também decorre do fato de os próprios tribunais de superposição se ocuparem de muitas questões de interesse privado, quando sua existência se baseia na defesa da Constituição e das leis federais, ou seja, é uma atribuição diferente daquela dos tribunais inferiores.

É necessário pensar, antes de tudo, no interesse público. Encontrar outro meio para a atuação do STF e do STJ que não seja por intermédio de recurso excepcional ajudaria tanto na celeridade dos processos como em aliviar a sobrecarga de tais tribunais. No entanto, é necessário que sejam observados os direitos e garantias constitucionais.

Certo é que reconhecer o prejuízo de tal pluralidade de graus de jurisdição e legislar para enxugar esse sistema não é a solução dos problemas da Justiça brasileira, mas faz parte do processo. Diversas mudanças vão sendo incorporadas à nossa legislação processual no decorrer do tempo, visando eliminar da mesma os dispositivos prejudiciais e agregar inovações. Dessa forma, conseguindo-se estabelecer um modelo processual efetivo e adequado à realidade do país, restaria apenas estruturar materialmente os órgãos judiciais.

Pode até parecer uma utopia um direito processual penal perfeito e uma estrutura judiciária que seja suficiente, mas não deixa de ser um ideal, e é isso que impulsiona as mudanças.

A multiplicidade de graus de jurisdição se mostra como um problema, não pela sua existência, mas pelo modo como acontece em nosso sistema. Sua manutenção não pode ser explicada por fatores históricos, visto que a tendência foi sempre o enxugamento do número de órgãos judiciais: nos tempos do Império, havia vários tipos de Juízes de primeira instância e tribunais para recursos, que foram se extinguindo, dando lugar a um arranjo mais simples do Judiciário (embora isso não seja tão evidente a olhos leigos).

Além disso, o direito comparado mostrou que a tendência em tribunais superiores, como os Estados Unidos e Alemanha, é de uma atuação mais limitada, seja pelo poder discricionário ou mesmo por não ser instância recursal de um processo, mas conhecer de questões por meio de ações autônomas.

Óbvio é que extinguir ou restringir a pluralidade de graus de jurisdição não é a solução para a efetividade jurisdicional do processo penal, tendo em vista que o maior problema é a falta de modernização e a estrutura deficitária de nossa Justiça. Porém, no ponto de vista de utilidade processual, a mudança nesse sentido é bem relevante.

A solução apresentada pelo ex-Ministro Cezar Peluso na PEC 15/11 parece ser uma candidata a resolver esse problema, propondo que os recursos extraordinário e especial se transformem em um tipo de ação autônoma, fazendo com que o trânsito em julgado ocorra mais rapidamente e diminuindo a carga processual dos congestionados tribunais de superposição.

Deve-se entender que a razão de ter surgido o instituto do recurso foi para conferir segurança de que as decisões judiciais proferidas realmente se revestem de justiça. Ele serve para apaziguar a dúvida do condenado e pressionar o julgador a proceder com maior zelo, e não para ser meio de protelação do processo. No entanto, é praticamente impossível que isso não aconteça, visto que a atividade da defesa, invariavelmente, acaba por encontrar meios idôneos de delongar a marcha processual, sob o pretexto de ter de aproveitar todas as chances.

Entende-se, portanto, que a supressão de graus de jurisdição não seria capaz de resolver o problema da morosidade do Judiciário brasileiro, pois este existe em maior expressão nas primeiras instâncias. Todavia, seria um modesto passo positivo, visto que limitaria as cortes de superposição a apreciarem somente o que fosse mais importante. Além disso, diminuiria o número de graus de jurisdição na maioria dos processos, ocasionando um efeito otimista em relação ao próprio Poder Judiciário.

Assim, tendo em vista essa problemática, conclui-se que a multiplicidade de graus de jurisdição tem um efeito negativo na efetividade do processo penal, e a solução para isso pode ser limitar o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, esperando-se que, dessa forma, o trânsito em julgado ocorra em menor tempo e que seja dada maior credibilidade aos órgãos julgadores das primeiras instâncias, sempre, porém, valorizando-se os direitos e garantias expressos na Constituição.

9. Referências

BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno, atualizado até novembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2012.

CEZÁRIO, Leandro Fazollo. A estrutura jurídica no Brasil colonial. Criação, ordenação e implementação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XIII, n. 72, 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7088>. Acesso em: 17 dez. 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, jul. 2012.

FILARDI, Hugo. Análise crítica da Proposta de Emenda Constitucional dos Recursos (PEC 15/2011): proposta de compatibilização dos princípios constitucionais do acesso à Justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo e efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Filtro da Discricionariedade. A cada 7 mil ações, Suprema Corte dos EUA julga cem. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-07/mil-recursos-ajuizados-ano-suprema-corte-eua-julga-cem>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. II.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

NASCIMENTO, Valter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PELUSO, Cezar. Em defesa de uma justiça eficiente. *Notícias STF*, Brasília, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Artigo recebido em: 13/11/2012

Artigo aprovado em: 13/08/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130017

**AS HIPÓTESES DE PRISÃO PREVENTIVA DA LEI
MARIA DA PENHA NA VISÃO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

ÉRICA VERÍCIA CANUTO DE OLIVEIRA VERAS

Promotora de Justiça

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, Brasil

ericanutoveras@oi.com.br

*Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.
(Art. 4º da Lei Maria da Penha)*

1. Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) previu duas possibilidades distintas de prisão preventiva do agressor, em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. A primeira é a prevista no artigo 20, que é a hipótese comum para assegurar o processo. A segunda, inscrita no artigo 42, foi criada para garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência.

O objetivo deste trabalho é analisar as circunstâncias e requisitos legais das duas hipóteses de prisão preventiva, em cotejo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Antes de tudo, é importante registrar que todas as decisões do STJ sobre o assunto publicadas até março de 2013 foram devidamente analisadas. Esta análise levou à conclusão de que, inicialmente, o

órgão tratava indistintamente, em determinados julgados, as duas modalidades de prisão preventiva, confundindo os seus requisitos e até mesmo misturando-os. Todavia, o pensamento e a orientação da Corte foram se aperfeiçoando, chegando, assim, a um amadurecimento na aplicação da Lei.

O equívoco mais comum era confundir a possibilidade geral de prisão preventiva – prevista no artigo 20 da lei – com a hipótese trazida pelo artigo 42 do mesmo diploma legal (artigo 313, inciso IV, do Código de Processo Penal), que tinha por finalidade assegurar a execução das medidas protetivas de urgência.

Com efeito, mesmo havendo descumprimento das medidas protetivas de urgência, o STJ exigia que os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP) estivessem presentes, para evitar o constrangimento ilegal. Exigia o julgador mais requisitos do que a lei. Vejamos os julgados, pontuais e isolados:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. CRIMES ABRANGIDOS PELA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. FUNDAMENTO INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A CUSTÓDIA CAUTELAR. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Muito embora o art. 313, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.

2. É imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, sem o que não se mostra razoável a privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente

em se tratando de delitos punidos com pena de detenção.

3. Ordem concedida. (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada a necessidade da rigorosa providência.

2. Na hipótese, a decisão que decretou a custódia do paciente se justifica não apenas pelo descumprimento da medida protetiva anteriormente imposta, mas também porque baseada na possibilidade concreta de ofensa física à vítima.

3. Diante da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e, em especial, da necessidade de assegurar a aplicação das medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha, a prisão cautelar do agressor é medida que se impõe.

4. Ordem denegada. (BRASIL, 2008b, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. AMEAÇA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. FUGA LEGÍTIMA. INOCORRÊNCIA. PRISÃO ESPECIAL. PRETENSÃO NÃO EXAMINADA PELAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. PRETENSÃO IGNORADA PELO JUIZ. OMISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que o paciente descumpriu as medidas protetivas de urgência fixadas pelo magistrado de primeiro grau, voltando a manter contato com a vítima e a ameaçá-la gravemente. Após a decretação da prisão preventiva, evadiu-se, não mais sendo localizado.

2. Nos termos do art. 313, IV, do Código de Processo Penal, e da jurisprudência firmada por esta Corte Superior de Justiça, o descumprimento de medidas protetivas autoriza a decretação da prisão preventiva, desde que demonstrada a presença dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.

3. Se o magistrado justificou adequadamente a necessidade da custódia cautelar, especialmente para a garantia da ordem pública, ressaltando que o paciente, com suas atitudes, demonstrou possuir ‘desequilíbrio e destempero’, colocando em risco a integridade física da vítima, não há constrangimento ilegal a ser reconhecido.
4. Tratando-se de decreto devidamente fundamentado, não há que falar em fuga legítima, mostrando-se inviável a proposta do paciente de comparecer em juízo caso revogada a custódia.
5. Se o pedido de prisão especial não foi examinado pelas instâncias originárias, embora formulado, impõe-se seja suprida a omissão, para que o magistrado *a quo* se manifeste acerca da aplicação do disposto no art. 295 do Código de Processo Penal.
6. *Habeas corpus* parcialmente concedido apenas para, mantida a custódia cautelar, determinar que o Juiz de primeiro grau se manifeste acerca da possibilidade de o paciente ser recolhido em prisão especial. (BRASIL, 2011a, grifo nosso).

Entretanto, a análise empreendida nos dois subitens a seguir – sobre as hipóteses distintas de prisão preventiva – demonstra que o STJ, já em posição firme e refletida, e em consonância com a interpretação teleológica e axiológica da Lei Maria da Penha, entende por bem separar os requisitos e características da prisão preventiva para garantir o processo e o bem jurídico tutelado pela norma, como também para garantir a execução da medida protetiva de urgência.

Ademais, a alteração legislativa do CPP introduzida pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, conferiu nova dogmática aos procedimentos judiciais concernentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

O diploma legal, além de preservar a aludida modalidade de prisão preventiva admitida no sistema protetivo à mulher contra a violência doméstica e familiar (art. 20 da Lei n. 11.340/06), também alargou sua amplitude para a proteção da criança, do adolescente e do idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, garantindo a execução das medidas protetivas legalmente previstas. Assim, é também prevista a modalidade de prisão preventiva para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, inciso IV, do CPP).

2. Prisão preventiva do artigo 20 da Lei Maria da Penha

Consoante se verifica da redação deste dispositivo, o objetivo da Lei Maria da Penha foi inserir, no rol das possibilidades de decretação de prisão preventiva, as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 2006).

Com efeito, a prisão preventiva inserida pelo estatuto protetivo da mulher em contexto de violência necessita do preenchimento dos pressupostos e motivos do artigo 312 do CPP.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (BRASIL, 1941).

Além de indícios suficientes de autoria e materialidade, a lei determina que a prisão preventiva seja motivada pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Na hipótese ora em análise, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a necessidade de assegurar a aplicação

da lei penal são as motivações mais frequentes nos processos em que ocorre violência doméstica contra a mulher.

A ordem pública, caso o acusado permaneça em liberdade, encontra-se ameaçada, mormente quando se observa a gravidade dos atos praticados, a periculosidade, a reiteração criminosa, bem como o fato de que as práticas delituosas se desenvolveram no seio doméstico e familiar. Assim, há de se garantir a incolumidade física e psíquica da ofendida e de seus familiares, afastando o risco concreto de violação.

Tem-se a conveniência da instrução criminal, como garantia do processo, do seu resultado e eficácia, quando há necessidade da custódia preventiva do acusado, para que este não interfira na verdade que possa surgir no decorrer da instrução do processo, suprimindo provas, ameaçando testemunhas, orientando depoimentos, retardando o processo, entre outras condutas.

A necessidade de assegurar a aplicação da lei penal não consiste somente em caso de iminência de fuga do distrito da culpa, mas também na própria credibilidade das instituições públicas imbuídas de prevenir e reprimir os delitos de violência doméstica contra a mulher, como por exemplo a Justiça.

A lei protetiva, em seu artigo 20, também autoriza a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal.

É esta a orientação do STJ:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. LESÃO CORPORAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 24.12.08. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NOTÍCIA DE AGRESSÕES ANTERIORES. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PROTEÇÃO DA VÍTIMA. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Sendo indubitosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que mantém a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores recados pelo art. 312 do CPP.

2. *In casu*, além de comprovada a materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a prisão cautelar foi decretada para garantia da ordem pública, havendo fundado risco de reiteração criminosa, uma vez que há notícia nos autos de que o recorrente teria agredido a vítima por, pelo menos, duas outras vezes e demonstrou comportamento agressivo quando da sua prisão em flagrante.

3. *A preservação da ordem pública não se restringe às medidas preventivas da irrupção de conflitos e tumultos, mas abrange também a promoção daquelas providências de resguardo à integridade das instituições, à sua credibilidade social e ao aumento da confiança da população nos mecanismos oficiais de repressão às diversas formas de delinquência.*

4. Recurso Ordinário desprovido, em conformidade com o parecer ministerial. (BRASIL, 2009a, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ART. 121, § 2º, INCISOS II, III E IV, C.C. O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 7º, INCISO I, DA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS E APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. *A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o modus operandi do delito. Precedentes.*

2. Conforme consta dos autos, o denunciado atingiu a vítima com, aproximadamente, vinte e seis golpes de faca nas regiões

do tórax e do abdome, além de socos e chute, o que demonstra a perniciosidade da ação ao meio social.

3. Condições pessoais favoráveis do agente não são aptas a revogar a prisão preventiva, se esta encontra respaldo em outros elementos dos autos.

4. A apresentação espontânea do Paciente à autoridade policial, a teor do disposto no art. 317 do Código de Processo Penal, não impede a decretação da prisão preventiva, nos casos em que a lei a autoriza.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada. (BRASIL, 2012a, grifo nosso).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 313, III, DO CPP. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DA VÍTIMA. GRAVIDADE DOS FATOS PERPETRADOS PELO PACIENTE. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO QUE ENSEJOU A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

- A custódia cautelar teve por fundamento a gravidade dos fatos perpetrados pelo ora paciente (que manteve a vítima em cárcere privado, a agrediu com socos, tapas, chutes e puxões de cabelo, tendo, inclusive, a chicoteado com uma espécie de arma confeccionada com correntes, ocasião em que a obrigou a manter relações sexuais, sob ameaça de morte), assim como a garantia da execução das medidas protetivas de urgência.

- A prisão preventiva, com o fim de assegurar a aplicação das medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha, quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, está em consonância com a orientação da jurisprudencial desta Corte. Precedentes.

- Persistentes os motivos ensejadores da decretação da prisão preventiva, como consignou o magistrado singular, desnecessária se torna proceder à nova fundamentação quando da prolação

da sentença, mormente quando inexistem fatos novos capazes de promover a soltura do acusado.

Recurso desprovido. (BRASIL, 2013a, grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DE *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO ANTERIOR A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. EXAME DA QUESTÃO DE FUNDO EFETUADO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. QUESTÕES TRAZIDAS SOMENTE NESTA INSTÂNCIA SUPERIOR. INVIABILIDADE DE EXAME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

- A despeito do não conhecimento dos *habeas corpus* impetrados em substituição a recursos ordinários ou especiais, realiza-se a análise do mérito como forma de afastar a possibilidade de ocorrência de constrangimento ilegal evidente e corrigível de ofício.

- Hipótese em que se examinou o mérito do *mandamus*, chegando-se à conclusão de que não se tratava de hipótese de concessão da ordem de ofício por não restar configurada nenhuma flagrante ilegalidade a sanar.

- Diante da presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e, em especial, da necessidade de assegurar a aplicação das medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha, é impositiva a prisão cautelar do paciente.

- Inviável a análise das questões trazidas somente nesta instância superior, relativas às alegações de que há nos autos declaração da vítima no sentido de se retratar da representação, por implicar em [*sic*] indevida supressão de instância. (BRASIL, 2013b, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

PRISÃO PREVENTIVA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER (LEI MARIA DA PENHA). LESÃO CORPORAL. CONSTANTES AMEAÇAS DIRECIONADAS À VÍTIMA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS IMPOSTAS. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA SEGREGAÇÃO ANTECIPADA. PRESENÇA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Nos termos do inciso IV do art. 313 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.340/06, a prisão preventiva do acusado poderá ser decretada 'se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência'.

2. *Evidenciado que o paciente, mesmo após cientificado das medidas protetivas de urgência impostas, ainda assim voltou a ameaçar a vítima e agredi-la fisicamente, demonstrada está a imprescindibilidade da sua custódia cautelar, especialmente*

te a bem da garantia da ordem pública, dada a necessidade de resguardar-se a integridade física e psíquica da ofendida e também para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas.

3. Verifica-se a necessidade da custódia antecipada, ainda, para fazer cessar a reiteração criminoso, pois consta dos autos que o paciente é reincidente, circunstância que revela a sua propensão a atividades ilícitas, demonstra a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

CUSTÓDIA CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Inviável a aplicação do referido benefício, tendo em vista se tratar de crime contra a mulher e, ainda, o contínuo descumprimento pelo denunciado das medidas protetivas impostas pelo juízo singular, observando-se a nova redação do art. 313 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 12.403/2011.

2. *Habeas Corpus* não conhecido. (BRASIL, 2012b, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA E CÁRCERE PRIVADO. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. *MODUS OPERANDI* DAS CONDUTAS CRIMINOSAS. EMPREGO DE DESMEDIDA VIOLÊNCIA.

1. Observa-se que o decreto prisional encontra-se arrimado na periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi* dos delitos, praticados de forma cruel e violenta, pois, segundo consta, ele, que é professor de lutas marciais, agrediu sua ex-namorada com socos, pontapés, apertões no pescoço e coronhadas de revólver, lançando-lhe, ainda, um banco de madeira e uma escada de ferro. E, ainda, ameaçou a ofendida mediante o emprego de arma de fogo, por, aproximadamente, três horas, mantendo-a em cárcere privado.

2. O decreto objetiva, sobretudo, resguardar a ordem pública, retirando do convívio social aquele que, diante dos meios de execução utilizados nas práticas delituosas, demonstra ser dotado de alta periculosidade.

3. *De outra parte, eventuais condições favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e emprego lícito, não impedem a segregação cautelar, quando decretada com observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.*

4. Ordem denegada. (BRASIL, 2009b, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AMEAÇA. CRIME PRATICADO CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO EM FLAGRANTE REGULAR. MEDIDA PROTETIVA DESCUMPRIDA. REITERAÇÃO DAS AMEAÇAS. PERIGO PARA A SAÚDE FÍSICA E MENTAL DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Aquele que é pego por policiais em frente à casa da vítima, após a notícia de que transitava no local proferindo ameaças de morte, encontra-se em estado de flagrância. (Inteligência do artigo 302 do CPP).

2. Antes que a condenação transite em julgado, a medida protetiva derivada da Lei Maria da Penha, imposta para a proteção da vítima por decisão judicial, vige e, obrigatoriamente, deve ser cumprida.

3. *A ameaça de morte à ex-esposa, depois de ter respondido a processo criminal pelo mesmo motivo, constitui reiteração criminosa e caracteriza a necessidade de garantir a instrução criminal com suporte em dados concretos dos autos.*

4. A possibilidade real de o paciente cumprir as ameaças de morte dispensadas a sua ex-esposa basta como fundamento para a sua segregação, sobretudo ante a disciplina protetiva da Lei Maria da Penha, que visa à proteção da saúde mental e física da mulher.

5. À luz do princípio da razoabilidade, o excesso de prazo no término da instrução probatória é justificável em um procedimento complexo, o que impõe o alargamento dos prazos.

6. Ordem denegada. (BRASIL, 2008c, grifo nosso).

3. Prisão preventiva para assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência

A Lei Maria da Penha previu a possibilidade de prisão preventiva para assegurar a execução da medida protetiva de urgência.

Art. 42. O art. 313 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

‘Art. 313.

IV – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.’ (NR) (BRASIL, 2006).

O artigo 42 da Lei Maria da Penha acrescentou o inciso IV ao artigo 313 do CPP, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III – se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal;

IV – *se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.* (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Enorme discussão havia a respeito da referida norma, visto que permitia que qualquer que fosse o crime (doloso) – ainda que apenado

com detenção (uma ameaça, por exemplo) –, pudesse ser decretada a prisão preventiva, bastando que estivesse presente o *fumus commissi delicti* (indícios da autoria e prova da existência do crime – art. 312 do CPP) e que a prisão fosse necessária para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Muitas críticas (MOREIRA, 2007) surgiram a respeito do dispositivo, sob o argumento de que a lei criou um novo requisito a ensejar a prisão preventiva, não sendo mais necessária a demonstração dos outros requisitos (garantia da ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, além da magnitude da lesão causada – art. 30 da Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional).

A alegação era de que a lei não observou o princípio da proporcionalidade, perfeitamente exigível quando se trata de estabelecer requisitos e pressupostos para a prisão provisória. (GOMES, 2003, p. 213).

A Lei 11.340/06 instituiu diversas medidas protetivas de urgência, umas que estabelecem rígidas obrigações para o agressor, e outras que diretamente atendem aos interesses da ofendida. Muitas dessas medidas, até a edição dessa lei, só eram objeto de aplicação pelo juízo cível.

A Lei Maria da Penha afirmou, expressamente, que as medidas protetivas de urgência elencadas são exemplificativas, podendo o Juiz lançar mão de outras previstas na legislação brasileira em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem (§ 1º do art. 22).

De tal modo, entra em cena a via do poder geral de cautela, disposto no artigo 798 do Código de Processo Civil (CPC).

O autor Carlos Eduardo Rios do Amaral afirma que:

O próprio emprego, pela Lei protetiva da mulher, das expressões ‘entre outras’ e ‘sem prejuízo de outras medidas’, não deixa dú-

vidas da intenção do legislador de instrumentalizar o julgador de cautelas para, efetivamente, garantir a segurança do processo e de seus atores, aí, é claro, incluída a própria ofendida e seus familiares, mesmo que não arrolados como testemunhas da acusação.

Para o efetivo e pontual cumprimento das medidas protetivas de urgência pelo agressor, trouxe também a Lei 11.340/2006 (parágrafo 4º, do artigo 22), para a seara do Direito Processual Penal, o instituto das *astreintes*, consistente naquela multa diária imposta ao réu, compatível com a obrigação ajustada, para o caso de eventual descumprimento do preceito judicial, influenciando, desse modo, no ânimo do agressor, para que dentro de prazo razoável assinalado cumpra as determinações judiciais. Tudo, insista-se, no sentido de que seja preservada a incolumidade da ofendida, de seus familiares e das testemunhas (leia-se, ordem pública e instrução criminal). (AMARAL, 2009).

Tão grande foi a importância dada pelo legislador às medidas protetivas de urgência, que ele dotou sua eficácia e cumprimento à prisão preventiva do agressor, caso descumpra a ordem judicial. Para Zamalloa do Prado:

A prisão preventiva, assim, constitui uma providência cautelar, pois objetiva resguardar a eficácia das medidas protetivas de urgência, as quais, por sua vez, conforme já assinalado anteriormente, não estão vocacionadas a assegurar o resultado final do processo penal, ou seja, a aplicação da pena dentro dos limites máximos de contenção do poder punitivo, mas se confundem com o próprio fim da intervenção estatal, por meio do processo penal: a realização, na medida de suas possibilidades, dos direitos fundamentais do acusado e, agora, após longo período de exclusão, também da vítima.

Vislumbra-se, assim, que a prisão preventiva prevista na Lei 11.340/06, diferentemente das demais hipóteses legais, tem por fundamento a existência de uma real colisão entre direitos igualmente protegidos pela Constituição, quais sejam o direito de liberdade do indiciado/acusado e os direitos fundamentais da mulher, vítima da violência doméstica e familiar, constituindo, em tese, uma restrição legítima no sistema constitucional brasileiro. (PRADO, 2007).

Nesta linha de raciocínio, o STJ sempre dotou de plena eficácia a previsão de prisão preventiva para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência.

E mais ainda, resolveu o STJ declarar, a partir da leitura dos reiterados julgados, que a Lei Maria da Penha prevê dois tipos de prisão preventiva: uma para assegurar a execução da medida protetiva de urgência; e outra, a do artigo 312 do CPP.

Vejamos os julgados a respeito da prisão preventiva para assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, que não está sujeita ao cumprimento dos requisitos e motivos previstos no artigo 312 do CPP, já que o seu objetivo é não só assegurar a decisão judicial, dando credibilidade à Justiça, mas também tutelar o bem jurídico protegido pela norma, qual seja, a integridade física e psíquica da mulher, vítima de violência doméstica e familiar.

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS PARA A CUSTÓDIA ANTECIPADA. PREENCHIMENTO. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. REITERADA AMEAÇA À VÍTIMA. PERICULOSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. DENEGAÇÃO.

1. *Não há que se falar em constrangimento ilegal quando devidamente apontados os motivos ensejadores da custódia antecipada, notadamente para a garantia da ordem pública, a fim de resguardar a integridade da vítima, visto que o paciente descumpriu medida protetiva aplicada, proferindo ameaças contra a vítima, circunstância que demonstra a sua potencial periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.*

2. Condições pessoais favoráveis, em princípio, não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a imprescindibilidade da sua manutenção, como ocorre na hipótese.

3. Ordem denegada. (BRASIL, 2011b, grifo nosso).

CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER (LEI MARIA DA PENHA). *DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS IMPOSTAS. COMPORTAMENTO REITERADO. RISCO CONCRETO. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 313, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.*

I. Hipótese em que a necessidade da segregação cautelar restou demonstrada por meio de elementos concretos constantes dos autos, notadamente em face ao descumprimento reiterado das medidas protetivas impostas.

II. O art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal dispõe que se o crime doloso cometido pelo agente envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, a prisão preventiva se legitima como forma de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, recomendando-se maior cautela a fim de evitar nova incidência delituosa.

III. Correto e justificado o indeferimento da liberdade provisória pleiteada.

IV. Recurso desprovido. (BRASIL, 2012c, grifo nosso).

Já não havia qualquer dúvida sobre a desnecessidade de outros requisitos para a prisão preventiva prevista no artigo 313, IV, do CPP, além do descumprimento da medida protetiva de urgência. Entretanto, foi depois da entrada em vigor da Lei n. 12.403/11 que a orientação ganhou fôlego e restou de vez assegurada, como veremos nos três subitens a seguir.

3.1. A prisão preventiva para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência após a Lei n. 12.403/11

Atualmente, após a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11, que modificou o tratamento legislativo à prisão preventiva, também restou atingida a Lei Maria da Penha. É que o artigo 313 do CPP passou a ter a seguinte redação:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – *se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*

IV – (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Portanto, a lei nova prescindiu da natureza dolosa do crime, podendo ser decretada a prisão preventiva também para os crimes culposos. Ademais, a prisão preventiva serve não só para garantir o processo, mas também o bem jurídico tutelado pela norma, que é a integridade física, psíquica, moral, social, patrimonial e sexual da mulher vítima de violência de gênero, na medida em que também assegura contra o não cumprimento das medidas protetivas de urgência.

Cada vez mais se afirmam os sentidos teleológico e axiológico da Lei Maria da Penha, como estatuto da igualdade, garantindo a proteção da vulnerabilidade latente na violência de gênero contra a mulher e se colocando, definitivamente, como importante instrumento de política pública afirmativa em defesa da mulher e da família, na garantia de convivência afetiva sem violência.

Ademais, a própria Lei Maria da Penha, que deu nova redação ao artigo 313, inciso IV, do CPP, recebeu um reforço interpretativo com a nova redação dada pela Lei n. 12.403/11 ao artigo 312 do CPP, já que o parágrafo único assegura que o descumprimento das medidas cautelares nele previstas possibilita a decretação da prisão preventiva, sem que se necessite cumprir qualquer outro requisito. Aliás, era isso mesmo que já dizia a Lei Maria da Penha desde 2006.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Com efeito, não se pode exigir outro requisito para decretação da prisão preventiva prevista no artigo 313, IV, do CPP além daquele que a lei expressamente anuncia, que é, exclusivamente, o descumprimento da medida protetiva de urgência.

Em diferente pórtico, está a prisão preventiva do artigo 20 da Lei Maria da Penha, para a qual se exige o preenchimento dos pressupostos e motivos do artigo 312 do CPP.

3.2. A impossibilidade de substituição da prisão preventiva para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência por outras medidas cautelares

Embora a Lei n. 12.403/11 traga a previsão de que, sendo a prisão preventiva uma medida excepcional, deve, sempre que possível, ser substituída por outras medidas cautelares, a regra não se aplica aos crimes de violência doméstica contra a mulher, na hipótese de prisão preventiva para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência.

Isso não quer dizer que não seja possível substituir a prisão preventiva por outra medida cautelar quando houver crime de violência doméstica contra a mulher. Só não é possível a substituição quando a prisão preventiva for decorrente do descumprimento de medida protetiva de urgência, justamente aquela prevista no artigo 313, inciso IV, do CPP, já que se trata de uma proteção insuficiente.

Se já havia sido determinada uma medida protetiva de urgência e ela foi descumprida pelo acusado, gerando o decreto de sua prisão preventiva, não tem cabimento a substituição por outra medida cautelar.

Já na hipótese de prisão preventiva do artigo 20 da Lei Maria da Penha, é perfeitamente possível – desde que as circunstâncias autorizem – a substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar.

Vejamos a posição do STJ a respeito:

*HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. REITERAÇÃO DE AGRESSÕES À VÍTIMA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI*. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DA VÍTIMA. 2. SUBSTITUIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES. LEI Nº 11.403/2011. NÃO CABIMENTO. 3. ORDEM DENEGADA.*

1. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, mormente quando a aplicação da medida está alicerçada em elementos concretos, conforme demonstrado no quadro fático delineado nestes autos.

2. O *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal, evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, embora existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas.

3. Nesse contexto, a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias a fim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do *writ*, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada. Dessa forma, se os fatos mencionados na origem são compatíveis e legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não há ilegalidade a ser sanada nesta via excepcional.

4. No caso, sendo verdadeiro o que se afirma no decreto construtivo, a consequência não pode ser outra que não o reconhecimento da legalidade da prisão preventiva. Deveras, as recomendações são no sentido de que se proceda à verificação da idoneidade dessas afirmações no juízo de maior alcance – juízo de primeiro grau.

5. Nos termos do inciso IV, do art. 313, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006, a prisão preventiva do acusado poderá ser decretada ‘se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência’, exatamente a hipótese dos autos.

6. Estando presente a necessidade concreta da manutenção da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública e ante a gravidade dos fatos, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas com a Lei nº 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e repressão do crime, razão pela qual é inaplicável ao caso em análise.

7. *Habeas corpus* denegado. (BRASIL, 2012d, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER (LEI MARIA DA PENHA). PRISÃO PREVENTIVA. CONSTANTES AMEAÇAS DIRECIONADAS A VÍTIMA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS IMPOSTAS. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA SEGREGAÇÃO ANTECIPADA. PRESENÇA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Nos termos do inciso IV do art. 313 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.340/06, a prisão preventiva do acusado poderá ser decretada 'se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência'.

2. Evidenciado que o paciente, mesmo após cientificado das medidas protetivas de urgência impostas, ainda assim voltou a ameaçar a vítima, demonstrada está a imprescindibilidade da sua custódia cautelar, especialmente a bem da garantia da ordem pública, dada a necessidade de resguardar-se a integridade física e psíquica da ofendida, fazendo cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, e também para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência deferidas.

CUSTÓDIA CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS.

1. Inviável a aplicação do referido benefício, tendo em vista se tratar de crime contra a mulher e, ainda, o contínuo descumprimento pelo denunciado das medidas protetivas de distanciamento e incomunicabilidade impostas pelo juízo singular, observando-se a nova redação do art. 313 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 12.403/2011.

2. Ordem denegada. (BRASIL, 2012e, grifo nosso).

3.3. A prisão preventiva para assegurar a execução das medidas protetivas de urgência em crimes punidos com detenção

Para a ocorrência da prisão preventiva do artigo 313, IV, do CPP – que tem como finalidade assegurar a execução das medidas protetivas de urgência –, é indiferente a natureza dolosa ou culposa do delito, bem como o fato de ser ele punido com reclusão ou detenção.

Esta é a orientação do STJ:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACAUTELAMENTO DA

INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP.

1. É legal a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, das vítimas, as quais, ao que consta dos autos, correm risco de sofrerem novas agressões, em se considerando o histórico do Paciente.

2. A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico – art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência.

3. Ordem denegada. (BRASIL, 2011c, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACAUTELAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP.

1. É legal o decreto de prisão preventiva que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, das vítimas, as quais, ao que consta dos autos, correm risco de sofrerem novas ofensas físicas, em se considerando o histórico do Paciente.

2. A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico – art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência.

3. Ordem denegada. (BRASIL, 2009c, grifo nosso).

Como visto, a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de medida protetiva de urgência pode ocorrer em crimes punidos com detenção, sem que isso signifique violação ao princípio da proporcionalidade, sendo a medida assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro (Lei n. 12.304/11), em respeito e proteção ao bem juridicamente tutelado.

Luiz Antônio de Souza e Vitor Frederico Kämpel, analisando o dispositivo, dizem que a inclusão feita pelo legislador dessa espécie de prisão preventiva para assegurar a execução de medida protetiva de urgência

[...] é um vetor imperativo da repressão cautelar, ou, sem outro sentido, não vincula a concessão da medida cautelar de natureza pessoal à qualidade ou quantidade da pena principal a ser imposta, pois, na maioria das situações, essa vinculação, ou seja, a proporcionalidade, é exigida (nos demais casos, tem-se entendido que a medida cautelar não pode ser mais gravosa que a principal).

No caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo em conta que o dispositivo acima permite a prisão preventiva apenas e tão-somente para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, forçoso concluir que o legislador apontou uma desvinculação entre medida cautelar e medida principal. (SOUZA; KÜMPEL, 2008, p. 154).

4. Considerações finais

Notória é a polêmica instaurada pelas Leis n. 11.340/06 e n. 12.403/11, quanto às duas hipóteses de prisão preventiva (a do artigo 20 da Lei Maria da Penha e aquela do artigo 313, inciso IV, do CPP, para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência), em confronto com a orientação do STJ, órgão responsável por uniformizar jurisprudência dos estados e interpretar normas infraconstitucionais.

Entretanto, acreditamos que o tempo de acomodação da Lei Maria da Penha já findou, e as posições adotadas quanto aos temas irão prosseguir firme no STJ, de modo que os demais julgados, sejam monocráticos ou em colegiado, adotarão aquelas considerações.

Quanto ao disciplinamento da prisão preventiva para crimes com violência doméstica contra a mulher, a prisão preventiva do artigo 20 da Lei Maria da Penha se submete às exigências do artigo 312 do CPP e pode ser substituída por outra medida cautelar, desde que a hipótese do caso concreto autorize.

No tocante à prisão preventiva do artigo 313, inciso IV, do CPP – que tem como fim assegurar a execução das medidas protetivas de urgência –, não mais se exige o dolo. Pode ser decretada, inclusive, em casos de contravenção penal e crimes punidos com detenção. Da mesma forma, não é cabível a substituição por outra medida cautelar. Ademais, registra-se que o único requisito legal para a decretação dessa modalidade de prisão preventiva é o descumprimento da medida protetiva de urgência, prescindindo-se da presença de qualquer outro requisito, mesmo aqueles previstos no artigo 312 do CPP.

A prisão preventiva garante não só o processo, mas também o bem jurídico tutelado com a norma, que é a integridade física, psíquica, moral, patrimonial, social e sexual da mulher, vítima de violência doméstica.

Por fim, cremos de fundamental importância a intensificação das discussões a respeito de tão preciso instrumento de garantia dos direitos humanos, apto a dar uma grande contribuição no enfrentamento à violência de gênero contra a mulher, levando, conseqüentemente, à mudança da cultura machista, patrimonial e hierarquizante.

5. Referências

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Prisão preventiva é última medida para violência doméstica. *Revista Jus Vigilantibus*, 2 fev. 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38153com.br>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. *Violência doméstica*: possibilidade jurídica da nova hipótese de prisão preventiva à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9304>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei “Maria da Penha”: alguns comentários. *ADV Advocacia Dinâmica*, Seleções Jurídicas, n. 37, p. 1-9, dez. 2006.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (Org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 5 abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17492.htm>. Acesso em: 26 mar. 2013.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 26 mar. 2013.

BRASIL. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *DOU*, 5 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1>. Acesso em: 26 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 100512/MT, Sexta Turma, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Brasília, DF, 3 de junho de 2008. *DJe*, 23 jun. 2008. [2008a].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 109674/MT, Sexta Turma, Rel. Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 6 de novembro de 2008. *DJe*, 24 nov. 2008. [2008b].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 101377/PR, Sexta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, Brasília, DF, 17 de junho de 2008. *DJe*, 18 ago. 2008. [2008c].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 26308/DF, Quinta Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 8 de setembro de 2009. *DJe*, 19 out. 2009. [2009a].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 115607/RJ, Sexta Turma, Relator Ministro Og Fernandes, Brasília, DF, 21 de maio de 2009. *DJe*, 8 jun. 2009. [2009b].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 132379/BA, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 26 de maio de 2009. *DJe*, 15 jun. 2009. [2009c].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 179785/SC, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 31 de maio de 2011. *DJe*, 8 jun. 2011. [2011a].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 195244/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 22 de novembro de 2011. *DJe*, 16 dez. 2011. [2011b].

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 170962/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 3 de maio de 2011. *DJe*, 17 maio 2011. [2011c].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 228318/SP, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 21 de junho de 2012. *DJe*, 29 jun. 2012. [2012a].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 243611/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Brasília, DF, 6 de novembro de 2011. *DJe*, 4 dez. 2011. [2011b].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 30923/PR, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, Brasília, DF, 12 de junho de 2012. *DJe*, 19 jun. 2012. [2012c].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 238874/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 5 de junho de 2012. *DJe*, 15 jun. 2012. [2012d].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 230940/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, Brasília, DF, 8 de maio de 2012. *DJe*, 14 maio 2012. [2012e].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 32854/DF, Quinta Turma, Relatora Ministra Marilza Maynard, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2013. *DJe*, 25 fev. 2013. [2013a].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 256766/TO, Quinta Turma, Relatora Ministra Marilza Maynard, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2013. *DJe*, 25 fev. 2013. [2013b].

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A Lei Maria da Penha na Justiça. ADV – Advocacia Dinâmica: boletim informativo semanal*, ano 27, n. 38, set. 2007.

_____. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da Lei de Violência contra a Mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8916>>. Acesso em: 10 out. 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10291>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

_____. *A prisão preventiva na Lei Maria da Penha*. São Paulo: IBC-CRIM, 2007. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 26 mar. 2013.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988*. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Luiz Antônio de; KÜMPEL, Vitor Frederico. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

SUMARIVA, Gracieli Firmino da Silva. Lei Maria da Penha e a prisão preventiva. *Revista Jus Vigilantibus*, 18 jun. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/26122>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130018

3

Direito
Civil

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO CIVIL

ARTIGO

DA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO¹. UMA PROPOSTA DE RELEITURA DA ATIVIDADE COGNITIVA ADEQUADA AO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

DISMISSAL OF THE INJUNCTION REQUEST. A PROPOSITION OF REINTERPRETATION OF THE COGNITIVE ACTIVITY WHICH IS ADEQUATE TO DEMOCRATIC PROCEDURE LAW

ELDER GOMES DUTRA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
elderdutra@gmail.com

RAFAELA MARJORIE DE OLIVEIRA CATERINA

Advogada

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil
rafacaterina@bol.com.br

¹ Análise da sistemática instituída pelo art. 307 do Projeto de Lei do Senado de nº 166, de 08 de junho de 2010 aprovado pelo Senado em 15/12/2010 (antigo art. 317 do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil elaborado por Comissão de Juristas designados pelo Senado), já chamado de “Novo Código de Processo Civil”, que reproduz com significativas alterações o art. 285-A do Código de Processo Civil, inserido no sistema procedimental civil brasileiro pela Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. Quando da publicação do presente artigo, referido Projeto de Lei, após aprovação no Senado Federal, encontrava-se em trâmite na Câmara dos Deputados, onde foi convertido no Projeto de Lei nº 8.046/2010, estando pendente de parecer da relatoria para posterior votação em Plenário.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a técnica de julgamento prevista no art. 285-A do Código de Processo Civil, transferida, com significativas alterações, para a norma do art. 307 do Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/2010, denominado “Novo Código de Processo Civil”. Buscar-se-á avaliar a compatibilidade constitucional e sistêmica da analisada técnica de julgamento, notadamente em face do direito à cognição e da (im)possibilidade da sua sumarização.

PALAVRAS-CHAVE: Improcedência liminar do pedido; técnica de julgamento; sumarização do procedimento e da cognição.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the technique of trial under art. 285-A of the Code of Civil Procedure, transferred, with significant modifications to the standard of the art. 307 of the Senate’s Bill 166/2010, entitled “New Code of Civil Procedure”. This search will assess the compatibility of constitutional and systemic analyzed trial technique, especially in the face of right cognition and of the (im) possibility of summarization.

KEY WORDS: Dismissal of the injunction request; technical trial; summarizing the procedure and cognition.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A cognição como garantia de esclarecimento dos sujeitos processuais na construção da decisão judicial. 3. Art. 285-A do CPC: julgamento *prima facie* de ações repetitivas. 4. Da impossibilidade de sumarização da cognição: desrespeito aos princípios processuais. 5. Da nova sistemática da “Improcedência Liminar do Pedido” prevista no art. 307 do PLS 166/2010. 6. Da possibilidade de sumarização procedimental sem prejuízo à cognição: do julgamento conforme o estado do processo (art. 330 do CPC). 7. Padronização decisória e anarquia interpretativa: necessidade de uma teoria consistente dos julgados adequada ao modelo constitucional de Processo. 8. Considerações conclusivas: nossa proposta. 9. Referências.

1. Considerações iniciais

Os órgãos jurisdicionais são questionados pela morosidade no cumprimento da “prestação jurisdicional” que lhes foi delegada pela Constituição da República de 1988. Como resposta, o legislador, atendendo ao clamor social pela solução dos litígios de forma mais célere e eficiente, ou melhor, acolhendo entendimento de parte considerável da doutrina adepta da teoria processual da relação jurídica², tem procedido a uma série de reformas no Código de Processo Civil e na legislação processual esparsa. Tal fato culminou com a proposta de elaboração de um “Novo Código de Processo Civil”.

Essas alterações legislativas, notadamente esse movimento de nova codificação das normas do Direito Processual Civil brasileiro, têm sido influenciadas pela tônica da sumarização da cognição e da padronização decisória, tendências bem representadas pela técnica de julgamento de improcedência *prima facie* prevista no art. 285-A do Código de Processo Civil vigente, copiada com significativas alterações para a norma do art. 307 do PLS 166/2010, denominado “Novo Código de Processo Civil”, que se encontra em trâmite no Congresso Nacional.

Em atenção ao estudo proposto, a presente pesquisa analisará a compatibilidade constitucional e sistêmica da citada técnica de julgamento, notadamente em face do direito à cognição e da (im) possibilidade da sua sumarização, na tentativa de ofertar melhores soluções para a construção de decisões judiciais consentâneas com o modelo constitucional de processo erigido pela Constituição da República de 1988.

2. A cognição como garantia de esclarecimento dos sujeitos processuais na construção da decisão judicial

A cognição, segundo doutrina tradicional alavancada por Cândido Rangel Dinamarco, que representa o entendimento de parcela considerável dos processualistas brasileiros, é entendida como ativida-

² Também denominada Escola Paulista de Direito Processual, responsável pelos estudos produzidos pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, tendo como marco teórico a teoria preconizada por Oscar Von Bülow, em 1868.

de intelectual do juiz, cabendo-lhe captar, analisar e valorar todas as alegações e provas produzidas pelas partes, de modo a aparelhar-se de argumentos para, ao fim, decidir (DINAMARCO, 2004, p. 34).

Para essa corrente, encampada por Kazuo Watanabe, a cognição, como atividade de apreciação de provas e alegações, além de decorrer do arcabouço intelectual do magistrado, é influenciada por outros fatores como o psicológico, o sensitivo, o intuitivo, o vivencial e o cultural, de modo que o juiz primeiro sente “a justiça do caso” e depois procura os “expedientes dialéticos” necessários para justificar a conclusão previamente construída (WATANABE, 2005, p. 70). Segundo Piero Calamandrei, citado por Teori Albino Zavaski, deve o juiz:

[...] para chegar a declaração de certeza [...] exercer uma atividade de historiador e de lógico, deve conhecer mais que atuar, o direito que declara certo é, para ele, objeto de estudo mais que norma de atuação. (CALAMANDREI apud ZAVASKI, 2008, p. 7).

Desse modo, a concepção clássica da atividade cognitiva estabelece que o ato de conhecer é tarefa exclusiva do juiz, destinado a “captar pelos sentidos e receber no espírito a justa representação da realidade” a fim de avaliar as provas e os argumentos para o concludente julgamento (DINAMARCO, 2004, p. 33).

O exercício da cognição, nessa perspectiva, é relegado à figura do julgador como verdadeiro protagonista do processo, devendo se valer de intuição, sensibilidade, convicção, equidade e senso ético. Daí partem os jargões de que “a cognição é do juiz”, “a cognição visa esclarecer o espírito do julgador”, “o juiz é o destinatário da prova”, entre outros.

Dhenis Cruz Madeira sintetiza essa propalada compreensão acerca da cognição em uma perspectiva clássica e a elege como atividade, técnica, método ou operação lógica do juiz destinada à valoração dos argumentos e provas suscitados pelas partes, consistente em um ato de inteligência, acompanhado por um juízo de valor necessário à apreciação das questões processuais (pressupostos processuais, condições da ação e mérito) (MADEIRA, 2009, p. 105).

Essa visão, baseada na ideia de um juiz salvador, colocado acima das partes e dotado de uma inteligência superior e formação diferenciada, está em total desacordo com o atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e com o perfil dos magistrados brasileiros (NUNES, 2008, p. 126)³.

No entanto, nossa legislação é farta em demonstrações de dispositivos legais, especialmente em matéria de prova, que contemplam essa concentração cognitiva manifestamente inconstitucional na figura do julgador. Como exemplos, poder-se-iam citar os seguintes dispositivos do atual Código de Processo Civil de 1973 (reformado) que, quase em sua integralidade, foram transcritos para o PLS 166/2010, mantidos mesmo após votação do texto pelo Senado Federal: (i) art. 130⁴ (art. 354 *caput* e parágrafo único, PLS 166/2010), que permite o indeferimento pelo juiz de diligências consideradas inúteis; (ii) art. 335⁵ (art. 361, PLS 166/2010), que possibilita a aplicação pelo juiz, em caso de lacuna, de regras de experiência comum; (iii) art. 353⁶ (art. 380, PLS 166/2010), que possibilita ao juiz a livre apreciação da confissão feita a terceiro ou contida em testamento; (iv) art. 386⁷ (art. 413, PLS 166/2010), que garante ao juiz a livre apreciação da fé que merecer dado documento que con- tiver entrelinha, emenda ou borrão; (v) art. 405, § 4^o (art. 433, §

³ Já pontuando que a credulidade da existência de um juiz com ampla formação em Direito, Filosofia, Economia, Sociologia, entre outros saberes, é intangível e lastreada no equivocado protagonismo judicial.

⁴ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁵ Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

⁶ Art. 353. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz.

⁷ Art. 386. O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.

⁸ Art. 405, § 4^o Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

4º, PLS 166/2010), que concede ao juiz a prerrogativa de valorar do modo que melhor lhe parecer os depoimentos das testemunhas tidas por impedidas ou suspeitas; (vi) art. 416, § 2º⁹ (art. 445, § 3º, PLS 166/2010), que permite o indeferimento pelo juiz de perguntas tidas como impertinentes para o esclarecimento dos fatos; (vii) art. 426, I¹⁰ (art. 455, I, PLS 166/2010), que possibilita ao juiz o indeferimento de quesitos considerados impertinentes; (viii) art. 437¹¹ (art. 465, PLS 166/2010), que possibilita ao juiz determinar, de ofício, a realização de nova perícia quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

Como se percebe, as normas procedimentais brasileiras garantem um *solipsismo metódico* (STRECK, 2010) ao juiz quando do exercício da atividade cognitiva, o que acaba por impulsionar a tendência legislativa reformadora, como se dá, a título de exemplo, com a sistemática introduzida pela Lei nº 11.277/2006, que acresceu, ao Código de Processo Civil o art. 285-A, agora carreado, em parte, para o PLS nº 166/2010, que privilegia a cognição solitária e a utópica ideia de que existem autoridades sensíveis aos anseios sociais, verdadeiros predestinados à compreensão do bom e do justo¹².

Ocorre que, em um Estado Democrático, a construção do direito é feita por seus destinatários, nos moldes do processo legislativo

⁹ Art. 416, § 2º As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer.

¹⁰ Art. 426. Compete ao juiz: I - indeferir quesitos impertinentes;

¹¹ Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

¹² Nesse sentido, ensina Cândido Rangel Dinamarco: “Em um modelo de estado que se propõe democrático de direito, a compreensão do modelo de vida boa não está centrada na figura do agente governativo, seja ele Presidente, Governador, Prefeito, Deputado, Senador ou juiz, mas decorre da compreensão de cada indivíduo, que é capaz de manifestar sua posição acerca do bom e do justo. Essa tarefa não é exclusiva do juiz, pois essa noção é plural, disseminada, incompassível de eleição solitária”. O próprio autor reconhece a dificuldade do estabelecimento de uma noção única do bom e do justo, no que merece transcrição literal: “Julgar é optar. É adotar uma pretensão crítica em face de valores ou pretensões divergentes. Todo mundo julga. Não é necessário ser juiz nem estar no exercício da jurisdição para julgar sobre o bom, o justo, o belo, o conveniente, o inconveniente. Os pais julgam. O administrador julga. O artista e o crítico literário julgam. Os árbitros das competições esportivas julgam” (DINAMARCO, 2004, p. 30).

vigente, em um espaço de discursividade e igualdade de colocação de argumentos e posições, de modo a garantir a legitimidade da lei e a submissão de seus próprios elaboradores ao comando estatuído.

O mesmo ocorre na interpretação do direito positivado, imprimindo, à função jurisdicional, a necessária observância dos princípios processuais, de maneira que a construção de um provimento legítimo (sentença) tenha de ser precedida de uma atividade discursiva em simétrica paridade com todos os sujeitos processuais, verdadeiros construtores do conteúdo e destinatários dos efeitos do provimento. Participando argumentativamente na construção do provimento, torna-se mais fácil para as partes aceitarem a decisão proferida, ainda que essa venha a rejeitar as alegações sustentadas por alguma delas.

O processo, nessa concepção, tem como função garantir a irrestrita participação igualitária e efetiva de todos os sujeitos do procedimento na construção do provimento final. Para tanto, apresenta-se como imprescindível a observância do devido processo, que pressupõe o exercício de uma atividade jurisdicional em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do acesso ao direito, do dever de fundamentação das decisões e do direito a advogado.

A compreensão do direito processual, partindo do pressuposto de que o processo não é um mero instrumento da jurisdição, mas sim um *direito-garantia* que, conforme Rosemiro Pereira Leal, “só se legitima juridicamente pelo controle amplo, irrestrito e participativo do advogado na estruturação dos procedimentos” (LEAL, 2005, p. 51), é linha que mais corresponde a tutela jurisdicional do processo em um Estado Democrático de Direito.

Nessa concepção, a cognição, ao lado da jurisdição, entendidas como *atividades compartilhadas* (MADEIRA, 2009, p. 114), consiste em um exercício de esclarecimento, por meio do discurso, de todos os sujeitos do processo (juiz e partes), conforme sustenta Jürgen Habermas (HABERMAS, 1997, p. 163). A cognição, desenvolvida através do discurso dialético-processualizado dos sujeitos parciais (autor e réu) e do sujeito imparcial (juiz), decorre de uma

atividade de coleta de provas, alegações e, até mesmo, da interpretação da lei de cada um desses construtores do provimento, visto que não há monopólio da interpretação legislativa.

A cognição no atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, segundo Dhenis C. Madeira, deve ser compreendida como um

[...] instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e a valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos. (MADEIRA, 2009, p. 119)

O juiz, assim como as partes, está vinculado ao princípio da reserva legal previsto no art. 5º, II, da CR/88, de forma que o provimento a ser proferido nos autos do procedimento depende da análise de todo o alegado e produzido, até mesmo porque, pelo princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CR), todos têm o direito de interpretar a lei e, racionalmente, expressar esse entendimento, tarefa que não é exclusiva do magistrado, como quer impingir a doutrina tradicional.

Como já dito, a participação das partes na construção do provimento só é legítima se observados, na tarefa cognitiva, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do acesso ao direito, do dever de fundamentação das decisões e do direito o advogado. A legitimidade decisional se dá pelo efetivo esclarecimento das partes no sentido de construir conjuntamente o provimento, e não pela prevalência do discurso do juiz, característica da jurisdição em estados autoritários.

Dhenis C. Madeira pontua que em um paradigma de direito democrático:

[...] a institucionalização de procedimentos argumentativos para a construção dos provimentos, fazendo com que a jurisdição, assim como a atividade cognitiva que a integra, seja controlada e fiscalizada em todos os seus vértices. (MADEIRA, 2009, p. 114).

Não se admite, no atual contexto de evolução do processo, instituto constitucionalizado do Estado Democrático de Direito, a utilização de convicções sensibilizantes e axiológicas por parte do julgador, uma vez que na concepção de Jürgen Habermas, citado por Rosemíro Pereira Leal, uma decisão verdadeiramente democrática só pode ser construída por um

[...] provimento de todos os sujeitos do processo e não do ato humano monocrático ou colegiado decorrente de um dos sujeitos do processo como função ou órgão protetor. (HABERMAS apud LEAL, 2002, p. 130).

3. Art. 285-A CPC: julgamento *prima facie* de ações repetitivas

Em alteração legislativa implementada pela Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006, acresceu-se o art. 285-A ao Código de Processo Civil — Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 —, permitindo a prolação de sentença de total improcedência, antes mesmo da citação do réu, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida decisão no mesmo sentido¹³.

Com essa inovação legislativa, o legislador instituiu, no direito processual civil brasileiro, a possibilidade de *julgamento liminar de mérito*, técnica também chamada de julgamento *prima facie*, sentença emprestada, sentença clonada, julgamento antecipadíssimo da lide, julgamento liminar de ações repetitivas, entre outros.

No entanto, essa iniciativa não retrata o primeiro caso em que a lei procedimental civil autoriza a possibilidade de julgamento *in limine litis* (THEODORO JÚNIOR, 2006a, p. 14) de rejeição do pedido, já que o art. 295, IV, assegura a possibilidade de indeferimento da petição inicial nos casos de decretação de prescrição ou decadência,

¹³ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 05 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

o que caracteriza, igualmente, hipótese de sentença resolutiva de mérito, a teor do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

O legislador brasileiro, em nome da celeridade e da duração razoável do procedimento, emprega técnica procedimental similar, ao permitir, com o regramento do art. 285-A, a prolação de decisão resolutiva, antes da citação do réu, diante da presença de causas consideradas seriadas ou repetitivas, integrantes de um bloco denominado atualmente de “litigiosidade de massa”. (NUNES, 2010, p. 109-140).

Segundo o legislador, ainda na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem a essa nova técnica procedimental de julgamento, o art. 285-A tem como função evitar que inúmeros processos sobre casos análogos forcem o percurso inútil de todo o devido processo legal que vai desaguar, logo mais tarde, em um resultado já previsto, dando azo a hipótese de sumarização da cognição.

O procedimento instituído permite, ao juiz, o julgamento *prima facie* com a *reprodução de sentença já prolatada*¹⁴, antes mesmo de procedida a citação, se a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos. Essa sistemática, *a priori*, afora a análise acerca da inconstitucionalidade da técnica instituída, permite a visualização de procedimento intrincado com o surgimento de inúmeros problemas no campo da técnica e da prática, de modo que vários teóricos criaram cada qual seu método de utilização do procedimento do art. 285-A do CPC¹⁵.

¹⁴ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, após tecer incôcaveis críticas à sistemática introduzida pelo art. 285-A, do CPC, que denomina de “sentença clonada”, ao instaurar “espécie de jurisdição relâmpago”, apresenta tentativa de adequação do referido artigo, em uma leitura de processo constitucional. Para tanto, sustenta que, “se o juízo curvar-se à sua aplicação, deverá, antes de prolatar a sentença emprestada ou clonada, determinar ao Escrivão ou Chefe de Secretaria que faça juntar aos autos cópia da sentença proferida em caso idêntico anterior (a entendida sentença paradigma ou sentença modelo), intimando o autor, sob vista imediata, para se pronunciar a respeito, a fim de lhe preservar a garantia constitucional do contraditório, em concepção científica atual, ou seja, possibilitar ao autor a possibilidade de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse, a fim de que o procedimento guarde a indispensável sintonia técnica com o devido processo constitucional” (DIAS; NEPOMUCENO, 2009, p. 470-471-473).

¹⁵ Ver: ATAÍDE JÚNIOR (2006, p. 116-127); DIAS; NEPOMUCENO (2007); LEAL (2007); MITIDIERO (2007) e SÁ; PIMENTA (2007, p. 137-149).

Pela leitura do referido dispositivo, verifica-se a necessidade do preenchimento de dois requisitos para a adoção da sistemática do art. 285-A do CPC, quais sejam, a) preexistência no juízo de causas idênticas, com improcedência já pronunciada em sentença e b) a matéria controvertida¹⁶ deve ser unicamente de direito.

Esclareça-se, contudo, que o art. 285-A somente permite o julgamento liminar de causas repetitivas ou seriais para os casos de improcedência do pedido, sendo indispensável ainda que a questão de direito suscitada na nova demanda seja exatamente a mesma enfrentada na sentença anterior, ou seja, identifique-se pelo mesmo pedido e causa de pedir¹⁷. A identidade, que se reclamada para aplicar o art. 285-A do CPC, “localiza-se no objeto da causa, isto é, na questão (ponto controvertido) presente nas diversas ações seriais” (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 17).

¹⁶ Bem esclarece Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que não há como cogitar de matéria controvertida quando “inexistente citação e conseqüente defesa do réu, ausente o contraditório no momento em que se proferiu a sentença clonada ou emprestada, não se estabelecendo, à evidência, qualquer controvérsia sobre a matéria trazida pelo autor ao debate em juízo” (DIAS; NEPOMUCENO, 2007). Rosemiro Pereira Leal adota o mesmo entendimento, ao denunciar “a radicalidade do jejum jurídico do redator do texto” infirmando a impropriedade da alusão à “matéria controvertida”, uma vez que a “controvérsia só ocorre havendo lide (CARNELUTTI), com existência de controversistas (partes), atendido o princípio da dualidade processual, conforme se vê dos arts. 263 e 219 do CPC. Aqui o legislador admite controvérsia com uma só parte (o Autor)” (LEAL, 2007, p. 264).

¹⁷ Outra incongruência a ser desvendada diz respeito à real intenção da lei com a expressão “casos idênticos”. Revela-se que o legislador não foi cauteloso quanto ao uso adequado de expressões técnico-processuais que já têm significado jurídico preciso, com conseqüências igualmente predeterminadas pela norma jurídica. Para se extrair algum rendimento da referida norma jurídica, por “casos idênticos” haver-se-á de entender aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que em nada se difiram numa e noutra ação. Para que se identifique tal identidade, não basta que tais ações tenham o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. Mais que isso, os fundamentos jurídicos integrantes da causa de pedir e do pedido de tais ações devem ser idênticos. É que, considerando que a referida norma autoriza ao juiz copiar motivação e dispositivo da sentença proferida anteriormente, tais elementos da sentença deverão ajustar-se, com precisão, aos fundamentos da nova ação. Da mesma forma alude Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ao sustentar o “enigma” construído em torno da expressão “casos idênticos”, pela qual “os doutrinadores procuram a todo custo desvendar, pois, sem dúvida, é uma novidade no direito processual brasileiro, uma esquisitice sem precedente no direito nacional e alienígena” (DIAS; NEPOMUCENO, 2007, p. 231).

Da sentença caberá a interposição de recurso de apelação, com a possibilidade do exercício do juízo de retratação, no prazo de 05 (cinco) dias (art. 285-A, § 1º, do CPC). Mantida a sentença, agora sim o réu será citado para o oferecimento de contrarrazões ao recurso de apelação, momento em que se inicia a estabilização do procedimento em contraditório (art. 285-A, § 1º do CPC).

Em caso de não provimento do recurso pelo Tribunal e de utilização das demais possibilidades recursais, se for o caso, será mantida a decisão de resolução do pedido com mérito e, conseqüentemente, o alcance dos efeitos da coisa julgada material¹⁸.

Evidenciada a necessidade de dilação probatória, ou, ainda, a constatação de divergência fática ou jurídica entre o caso dos autos e aquele objeto de parâmetro¹⁹, o Tribunal cassará a sentença e reenviará os autos ao juízo *a quo*, que deverá atribuir, ao feito, processamento normal, observado o procedimento ordinário, sumário ou, eventualmente, algum procedimento especial²⁰.

Com a superação de todas essas nuances procedimentais (evidentemente que não esgotadas todas as possibilidades), a intrincada disciplina normativa do art. 285-A do Código de Processo Civil instituiu um sistema contestável em um plano normativo e questionável no âmbito da sua eficácia concreta e prática, diante da multiplicidade de entendimentos acerca da sua aplicação e da atecnia legislativa empregada, que dificulta o alcance dos objetivos almejados pelo legislador.

¹⁸ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

¹⁹ Segundo Dierle Nunes, “se o juiz, repetir a sentença já proferida, sem contraditório e analisando o mérito, declarar a improcedência sem realizar uma demonstração analítica da identidade, será possível que um advogado hábil peça o desarquivamento de urgência dos autos do processo, do qual provém a sentença anterior, e elabore razões do recurso de apelação onde apontará as diversidades das ações e, assim, poderá obter o provimento (acatamento) do recurso” (NUNES, 2006, p. 171-186).

²⁰ Esclareça-se, ainda, que, caso seja dado provimento ao recurso de apelação, ainda poderá o Tribunal, desde logo, julgar o pedido, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, conforme autoriza o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Segundo Daniel Mitidieiro, a solução empregada pela sistemática do art. 285-A do CPC não é dotada de uma “efetividade virtuosa, a que a Constituição expressamente empresta guarida”, mas adota expediente de

[...] sumariação instrumental que guarda relação justamente com outra faceta da efetividade, identificada outrora por Carlos Roberto Álvaro de Oliveira (OLIVEIRA, 2010) como ‘efetividade perniciosa’ que se encontra em aberto conflito com os direitos fundamentais encartados em nosso formalismo processual. (MITIDIERO, 2007, p. 34).

Em modesta pesquisa estatística por amostragem realizada durante o desenvolvimento deste trabalho, através de consultas ao sítio na internet do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, identificou-se, como matérias mais recorrentes, o objeto de decisão pela sistemática do art. 285-A do CPC, bem como o índice de reforma ou não das sentenças que se valeram dessa disciplina normativa.

Pela análise dos acórdãos, chegou-se às seguintes conclusões preliminares: (i) da totalidade dos acórdãos examinados (180 [cento e oitenta], sendo 30 [trinta] do TRF1; 50 [cinquenta] do TJMG e 100 [cem] do TJRS), 45 (quarenta e cinco) reformaram ou cassaram a sentença que aplicou a sistemática do art. 285-A do CPC, o que representa um índice de reforma de 25% (vinte e cinco por cento); (ii) destes, a maioria dos acórdãos cassou as decisões de 1º grau, de modo que os feitos retornaram à primeira instância para processamento, em decorrência: (a) de o entendimento do juízo *a quo* estar em desacordo com o entendimento dos Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal; (b) de não indicação pelo juízo *a quo* da decisão paradigma; (c) de não indicação na sentença proferida dos fundamentos da decisão paradigma; (d) a questão não é unicamente de direito e demandar dilação probatória; (e) de divergência fática e de direito entre a sentença proferida e a decisão paradigma; (iii) as sentenças objeto de aplicação do art. 285-A do CPC, tratam, em sua maioria, de questões ligadas a Direito Administrativo (reajustes e direitos de servidores públicos), Direito Previdenciário (reajustes

e revisão de benefícios previdenciários), Direito Tributário (recuperação fiscal e parcelamento de débito) e Direito Bancário (expurgos inflacionários e revisional de juros).

Desse modo, feitas essas considerações e analisados os dados da pesquisa por amostragem realizada, verifica-se com clareza que a técnica de julgamento instituída pelo art. 285-A do CPC, caiu bem ao gosto da *jurisdição* (DINAMARCO, 1987) compreendida em sua função de pacificação social, na qual o juiz assume a tarefa de realizar e aplicar escopos metajurídicos — sociais, políticos, econômicos —, já que cerca de 75% (setenta e cinco por cento) das decisões foram mantidas pelo Tribunal de 2º grau, enquanto apenas 25% (vinte e cinco por cento) foram reformadas ou cassadas.

No entanto, em uma leitura adequada ao modelo constitucional de processo, instituído com a adoção do Estado Democrático de Direito, a jurisdição, conforme já dito, deve ser compreendida como *atividade compartilhada* (MADEIRA, 2009, p. 114) com a cognição, de modo que a decisão proferida ao final do procedimento seja resultado de uma atividade de esclarecimento por meio do discurso de todos os sujeitos do processo (juiz e partes).

A adoção do mecanismo de julgamento do art. 285-A do CPC, demonstra a recorrente utilização do argumento da força da autoridade, suprimindo o necessário estabelecimento do diálogo e, por conseguinte, dos princípios do processo, notadamente o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Ademais, a dificuldade interpretativa, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, acerca da sistemática do art. 285-A do CPC cria verdadeira *anarquia interpretativa* (NUNES, 2010)²¹ quanto ao sentido da norma, devido a várias atecniais legislativas identificadas no texto normativo, o que acaba por alongar ainda mais a duração do procedimento, evidenciando, ainda, uma ineficiência prática do mecanismo técnico instituído pelo legislador reformador.

²¹ Expressão usada em palestra proferida por Dierle Nunes no Congresso Constituição e Processo: entre o direito e a política. 09/2010.

4. Da impossibilidade de sumarização da cognição: desrespeito aos princípios processuais

Já por várias demonstrações, doutrina e legislação, sob a falsa premissa de garantir uma célere prestação jurisdicional, têm sustentado a ideia de sumarizar a cognição em franco desrespeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, e ao próprio processo — entendido como um instituto constitucionalizado e garantidor da legitimidade das decisões.

Essa posição doutrinária e legislativa é sustentada por algumas premissas, como a demora inevitável do procedimento ordinário, a necessidade de atendimento às peculiaridades do direito material invocado, principalmente diante de questões de urgência e da ideia da necessária e imediata efetivação do “direito do autor que tem razão”²².

Ronaldo B. de C. Dias igualmente critica a tendência legislativa de sumarização da cognição ao afirmar que:

[...] a restrição de quaisquer das garantias processuais, sob a canhestra e antidemocrática justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, com o objetivo de proferir decisão jurisdicional em prazo razoável representa franca demonstração de estímulo ao arbítrio, fomento a insegurança jurídica e escarnecimento da garantia fundamental do povo ao devido processo legal. (DIAS, 2004, p. 117).

Seguindo a mesma orientação, Fernando H. Tavares assegura que “a demora para se percorrer integralmente a trajetória legal de resolução de conflitos não pode ser imputada a fatores temporais” (2009, p. 98), mas sim

[...] à contribuição daqueles que participam da estrutura processual, especialmente por questões ligadas à (in) eficiência das atividades desenvolvidas pela máquina judiciária, sabidamente emperrada e viciada [...]. (TAVARES, 2009, p. 98).

²² Para compreensão e refutação de cada uma dessas premissas, ver (TAVARES; DUTRA, 2010, p. 59-89).

Isso ocorre porque a concepção de efetividade está ligada à satisfação do direito e não do processo.

Segundo Teori Albino Zavaski, o objetivo da sumarização da cognição é a priorização da “efetividade” em oposição à segurança, de modo a privilegiar o direito constitucional da duração razoável do processo em detrimento do direito à ampla defesa e ao contraditório. Por não constituírem direitos absolutos, sustenta o mesmo autor que, diante de um choque de princípios, cabe ao magistrado, através de um juízo de valor, ponderar e tencionar bens e valores, de modo que prevaleça o mais relevante (ZAVASKI, 2008, p. 38-39).

O desenvolvimento dessa tendência de sumarização da cognição tem sempre o intuito de alcançar a efetividade do direito postulado, mas através da supressão de garantias constitucionais, como ocorre, entre outras, na hipótese do art 285-A do Código de Processo Civil, cuja sistemática afronta o princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia das partes.

Em verdade, as atuais ondas reformistas do Código de Processo Civil buscam solução legislativa para a agilização da tramitação dos feitos judiciais, na concentração de toda a cognição na figura do magistrado, sem estabelecer, *a priori*, discussão quanto aos problemas operacionais da função jurisdicional, como a proporcionalidade do número de feitos por magistrado, a existência de prazos impróprios para os agentes do órgão decisor, o sucateamento do aparato físico e humano, entre outros (NUNES; BAHIA, 2008).

O interessante é observar que grande parte das inovações legislativas foi editada na tentativa de dimensionar o problema da morosidade da resposta esperada dos órgãos jurisdicionais. No entanto, não acarretaram a aceleração dessa resposta. Serviram, sim, à supressão da participação das partes no procedimento, fazendo com que a “justiça” seja distribuída de forma solitária pelo julgador, e não de modo processualizado, pela atuação conjunta das partes, no espaço-tempo procedimental definido pela lei.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, a sumarização da cognição afronta e viola direitos e garantias fundamentais, deixando

de lado a garantia da cognição plena, que a duras penas representa conquista histórica da humanidade²³.

Ao apontar as tendências de reforma processual no Brasil a partir da década de 1990, Dierle Nunes identifica o que denominou de “neoliberalismo processual brasileiro”, sustentando que “os movimentos de reforma processual brasileira, apesar de se estruturarem sob um discurso ideológico socializador, sofreram uma degeneração sob o viés neoliberal” que inaugurou “uma perspectiva interpretativa funcional (*neoliberalismo processual*) preocupada tão-somente com a máxima rapidez procedimental e produtividade dos juízes”. Com essa concepção, esvaziou-se a “visão dinâmica dos princípios processuais constitucionais e a importância técnica e institucional do processo” (NUNES, 2008, p. 157-159)²⁴.

Ainda segundo Nunes (2008), esse movimento neoliberal que impulsionou reformas no ordenamento jurídico brasileiro tem, como origem, diretrizes delineadas pelo relatório intitulado “Documento Técnico n.º. 319: o setor judiciário na América Latina e no Caribe, elementos para reforma” emitido pelo Banco Mundial, de modo a garantir a produção industrial de decisões em consonância com os interesses financeiros e econômicos prevalentes²⁵.

Nesse cenário, qualquer discurso garantidor, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso domi-

²³ Para uma visão adequada do direito à cognição no paradigma de Estado de Direito Democrático e da impossibilidade de sua sumarização, ver TAVARES, DUTRA (2010, p. 59-89).

²⁴ Nessa perspectiva neoliberal, não seria conveniente o uso do aparato jurisdicional e do processo como instituto de participação e controle da função estatal e nem mesmo o intervencionismo judicial da teoria socializadora do processo. O novo modelo, segundo o autor, deveria assegurar: “a) uma uniformidade decisória que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição que esvaziaria, de modo institucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos” (NUNES, 2008, p. 157-159).

²⁵ Para uma melhor compreensão, ver DUTRA; NOGUEIRA (2010, p. 33-58).

nante com a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiolgia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional. O processo célere não é aquele que atende aos princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica dos números²⁶.

Fernando H. Tavares repugna essa técnica de sumarização da cognição que vem sendo adotada pelo legislador brasileiro para combater o denominado “tempo corrosivo”, através da criação de procedimentos em que a atuação do advogado e os princípios da ampla defesa e do contraditório são considerados como “formalidades” responsáveis por dilações indevidas, incluídos aí os meios e recursos da defesa ampla (TAVARES, 2008, p. 145-162).

Não bastasse a latente sumarização da cognição, que concentra o ato de decisão na figura do julgador e limita a atividade de valoração e a valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento, a técnica procedimental do art. 285-A do CPC não suporta o mínimo embate constitucional²⁷, já que, no desiderato de racionalizar o serviço judiciário, em homenagem aos princípios da duração razoável do procedimento, da celeridade e da economia processual, acabou por sufocar o imprescindível ca-

²⁶ Calmon de Passos, lastreado na melhor doutrina estrangeira, informa que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas, sim, do ordenamento, pois “[...] efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda o nome de que se institucionaliza numa ordem política democrática”, de modo que “ninguém se pode a condição de senhor ou soberano do outro”. (PASSOS, 1999, p. 30-35). No mesmo sentido, confira Fernando Horta Tavares, para quem a efetividade, em primeiro plano, só poder ser do Direito, e não do Processo, pois é o Direito (“pré-visto” na lei) que não foi fruído e que deverá ser então estabelecido ou reestabelecido, conforme o caso (TAVARES, 2008, p. 145-162).

²⁷ A Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Conselho Federal, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n° 3695, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da sistemática procedimental do art. 285-A do Código de Processo Civil ao fundamento de que o procedimento instituído está a macular o artigo 5º, *caput*, com os incisos XXXV, LIV e LV da Constituição da República. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.695. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2 de junho de 2006. *DJ*, 23 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>).

ráter dialético do processo, em que o diálogo das partes no âmbito processual, pautado pelos princípios do contraditório²⁸, da ampla defesa e da isonomia, propicia ambiente de excelência para a reconstrução da ordem jurídica²⁹.

Desse modo, a inovação procedimental instituída pela Lei nº 11.277/2006, que introduziu o art. 285-A no Código de Processo Civil Brasileiro (facultando ao juiz a possibilidade de, diante de casos idênticos em que a matéria controvertida for unicamente de direito, reproduzir a sentença anteriormente prolatada), é eivada de inconstitucionalidade e representa verdadeiro retrocesso na visão constitucional do processo, construído através de um procedimento em contraditório em que se permita a equânime e igualitária participação das partes na formação do provimento final, sendo certo que a almejada celeridade e a efetividade na prestação jurisdicional devem ser atacadas com investimento estatal na melhoria das repartições judiciárias, na contratação e na qualificação dos agentes judiciários, aliadas à necessária modernização e reformulação dos meios de controle interno e externo da função jurisdicional.

5. Da nova sistemática da “Improcedência Liminar do Pedido” prevista no art. 307 do PLS 166/2010 (NCPC)

O PLS 166/2010, chamado de “Novo Código de Processo Civil”, disciplina, em seu art. 307, a nova sistemática da “Improcedência liminar do pedido”³⁰, que representa cópia modificada do regramento

²⁸ O princípio do contraditório constitui atualmente uma “garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo” e verdadeira “garantia de não surpresa” das decisões judiciais, impondo “ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso” (NUNES, 2008, p. 227-229).

²⁹ No sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC, ver DUTRA (2008); DIAS; NEPOMUCENO (2007, p. 232-233); MITIDIEIRO (2007, p. 33-39); SÁ; PIMENTA (2006, p. 137-149) e NUNES (2006, p. 171-186).

³⁰ Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

do art. 285-A do Código de Processo Civil, uma vez que autoriza a prolação de sentença de mérito antes mesmo da citação do réu.

De acordo com o disposto no art. 307 do PLS 166/2010, pode o juiz, independentemente da citação do réu, julgar liminarmente improcedente o pedido³¹ quando este: a) contrariar súmula do STF ou STJ; b) contrariar acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ proferido em julgamento de recurso repetitivo; c) contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e, ainda, d) verificada a decadência ou a prescrição.

Pontua-se, já de início, que o Projeto reservou, para o indeferimento da petição inicial, tão somente questões de ordem processual (art. 305³²), já que a hipótese de mérito constante do art. 295, IV do CPC, declaração de prescrição de decadência, foi agrupada na sistemática da rejeição liminar da demanda que, noutro norte, consolida as questões tidas como de mérito.

A nova regra de julgamento liminar de ações repetitivas condiciona o julgamento de improcedência do pedido à existência de súmula, acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos ou entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas³³. Isso elimina, de certa forma, a intrincada e confusa sistemática do art. 285-A, ao exigir do aplicador a apreensão acerca de certos termos e expressões pouco precisas como “matéria controvertida

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência, a decadência ou a prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306.

³¹ Na proposta inicial elaborada pela Comissão de Juristas, nomeada pelo Senado Federal, a técnica de julgamento agora prevista no art. 307 do PLS 166/2010 era denominada de “Da rejeição liminar da demanda”, expressão que evidenciava manifesta imprecisão terminológica, já que utilizava o termo “demanda” e não “pedido”. Essa atecnia foi sanada após aprovação do texto pelo Senado Federal.

³² Art. 305. A petição inicial será indeferida quando: I – for inepta; II – a parte for manifestamente ilegítima; III – o autor carecer de interesse processual; IV – não atendidas as prescrições dos arts. 89 e 305.

³³ Disciplinado pelos arts. 930 a 941 do PLS 166/2010.

unicamente de direito”, “sentença de total improcedência já proferida pelo mesmo juízo”, “casos idênticos”, entre outras tantas interpretações díspares a que chegaram doutrina e órgãos judiciais.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o tratamento dado pelo Projeto à sistemática da rejeição liminar do pedido foi mais adequado, já que autoriza a prolação de decisão resolutiva de mérito apenas quando o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 116)³⁴.

A nova redação tenta dimensionar um dos problemas do art. 285 A do CPC, no que tange à possibilidade de o juízo de primeiro grau se valer de entendimento próprio em contraposição ao entendimento dos Tribunais Superiores, contrariando proposta de Luiz G. Marinoni e Mitidiero quanto a adoção de um “sistema geral de precedentes vinculativos³⁵” que, para implantação, nem sequer demandaria reforma constitucional, já que

[...] é da própria previsão de tribunais com competência para dar unidade ao Direito e da necessidade de coerência como qualidade ínsita ao sistema jurídico que surge a necessidade de respeito aos precedentes. (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 116).

Ocorre que essa tendência de vinculação a julgados dos Tribunais Superiores não foi seguida à risca pelo texto do Código aprovado pelo Senado Federal, nem mesmo por aquele elaborado pela Comissão de Juristas encarregada da redação do Anteprojeto, já que os incisos I e II do art. 307 autorizam o julgamento de improcedência do pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendi-

³⁴ Sobre esse aspecto, Daniel Mitidiero já havia se manifestado quando da entrada em vigor da técnica do art. 285-A do CPC, ao sugerir que seria menos desastroso se o legislador tivesse aludido a súmulas de jurisprudência dos Tribunais Superiores no lugar de sentenças de primeiro grau, diante do extenso número de revisão a que estas estão sujeitas (MITIDIERO, 2007, p. 34).

³⁵ Acerca da discutível proposição dos precedentes como fonte do direito, fenômeno também conhecido como “*mixed jurisdictions*”, ver MANCUSO (2008); NUNES; BAHIA (2008).

mento do STF ou do STJ, mas apenas quando estes forem sumulados ou adotados em julgamentos de recursos repetitivos. Essa aventada possibilidade, pela estatística por amostragem elaborada nesse trabalho, tem sido bastante comum, já que, por diversas vezes, sentenças que aplicaram a técnica procedimental do art. 285-A do CPC, foram reformadas ou cassadas em decorrência da adoção de entendimento contrário ao fixado pelo Tribunal julgador e, principalmente, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Proferida sentença em conformidade com a sistemática do art. 307 do PLS 166/2010, o autor, que teve o pedido formulado julgado improcedente liminarmente, pode interpor recurso de apelação, momento em que o juízo prolator da decisão recorrida pode retratar-se, no prazo de 48 horas (art. 307, § 3º c/c art. 306). Mantida a sentença, proceder-se-á à citação do réu para responder ao recurso, com posterior envio dos autos ao Tribunal (art. 307, § 3º c/c art. 306, parágrafo primeiro). No caso de eventual não interposição do recurso de apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença (art. 307, § 2º).

6. Da possibilidade de sumarização procedimental sem prejuízo à cognição: do julgamento conforme o estado do processo (art. 330 do CPC)

A possibilidade de julgamento conforme o estado do processo é precedida, topograficamente, na sistemática do Código de Processo Civil vigente pelas denominadas “Providências Preliminares”, enumeradas nos artigos 323 a 328, que representam marco de encerramento da fase postulatória e preparação para a fase saneadora, aperfeiçoada com o então objeto de abordagem “julgamento conforme o estado do processo.” (THEODORO JÚNIOR, 2006b, p. 440).

Nesta fase anterior ao julgamento conforme o estado do processo, o juiz, segundo literalidade do Código de 1973 (reformado), mantendo tradição autoritária, determinará a *especificação de provas* quando da não ocorrência dos efeitos materiais da revelia (art.

324 do CPC³⁶), admitirá pedido de declaração incidental de questão prejudicial (art. 325 do CPC³⁷), concederá *o contraditório*, com a alegação em contestação das matérias elencadas como preliminares no art. 301 do CPC (art. 327 do CPC³⁸) e quando arguidos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pela parte autora (art. 326 do CPC³⁹).

Observada essa fase preparatória, as hipóteses de admissão de julgamento “antecipado” da lide estão disciplinadas no art. 330 do Código de Processo Civil. Essa figura processual, em verdade, elenca hipóteses de julgamento conforme o estado do processo ao aduzir que o provimento final será proferido sem dilação probatória quando não houver necessidade de produção de provas em audiência, ou a questão for meramente de direito, ou ainda, ocorrer o fenômeno da revelia estando presentes os seus efeitos, material e processual.

Cândido R. Dinamarco, criticando a expressão utilizada pelo CPC, adverte que as hipóteses elencadas seriam uma espécie de “julgamento conforme for adequado às circunstâncias dos autos”, obedecendo a estrutura lógica: matéria de processo (preliminares); matéria de ação (questões prévias) e matéria de mérito (questões prejudiciais e meritórias) (DINAMARCO, 2004, p. 554).

Segundo Humberto T. Júnior “com o ‘julgamento conforme o estado do processo’, o juiz encerra as ‘providências preliminares’ e realiza o completo saneamento do processo”, podendo o juiz apreciar

³⁶ Art. 324. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência.

³⁷ Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5.º).

³⁸ Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

³⁹ Art. 326. Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental.

a própria lide, caso em que “antecipadamente proferirá sentença de mérito e extinguirá o processo sem necessidade de passar pela dilação probatória.” (THEODORO JÚNIOR, 2006b, p. 445).

Necessário ponderar que o instituto em estudo não revela nenhuma espécie de providência “antecipada”, visto que, observada a sistemática do Código, aliada à concepção de Processo na atualidade, a prolação do provimento sentencial está ocorrendo no momento processual adequado.

Assim, não havendo a necessidade de produção de provas, em conclusão a que se chegaram democraticamente as partes pela análise dos pontos controvertidos fixados, ou permanecendo elas silentes, apesar de regularmente científicas, o provimento final estará sendo proferido em momento adequado, de acordo com as circunstâncias fáticas e de direito colocadas para julgamento.

Com o proferimento de decisão nos moldes do art. 330 do CPC, não há extinção do processo (instituição), nem sequer do procedimento, encerrando-se, apenas, a fase cognitiva em primeira instância, que poderá ser alargada pela via recursal⁴⁰ ou iniciada fase executiva⁴¹, no caso de não cumprimento espontâneo, visando a integral satisfação pela parte autora ou ré, se for o caso.

As hipóteses de julgamento “antecipado” da lide representam bem a necessidade de buscar-se a sumarização do procedimento e não da cognição — garantia das democracias plenárias — com a correlata preservação dos princípios constitucionais e do instituto constitucionalizado do processo, já que

[...] deve-se buscar a celeridade, a economia processual, a instrumentalidade das formas, a oralidade, a simplicidade, até o instante em que o atendimento de tais princípios não sumerize os princípios da isonomia, do contraditório e da ampla defesa. (MADEIRA, 2010, p. 460).

⁴⁰ Art. 496 e seguintes do Código de Processo Civil.

⁴¹ Arts. 461, 461-A e 475-I, todos do Código de Processo Civil.

Bom exemplo de aplicação do julgamento “antecipado” da lide, em total respeito à cognição, seria a adoção dessa sistemática em detrimento da decantada técnica prevista no art. 285-A do CPC e reproduzida, quanto a sua essência, no disposto no art. 307 do PLS 166/2010, que não guarda pertinência e compatibilidade com o atual modelo constitucional do processo.

Em casos como tais, ainda que identificadas hipóteses da denominada litigiosidade de massa repetitiva⁴², é imprescindível a adoção do mecanismo procedimental do julgamento conforme o estado do processo como forma de preservar o direito ao desenvolvimento da atividade cognitiva, adotando técnica de sumarização procedimental, já que “a estruturação de técnicas de julgamento em larga escala (massificados)” não pode “negligenciar a aplicação corrente dos direitos fundamentais dos cidadãos.” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 30).

A sumarização do procedimento, como bem sustenta Francis Vanine de Andrade Reis,

[...] é técnica legislativa que visa impressão de maior rapidez à ‘entrega da prestação jurisdicional’ sem sacrifício da atividade cognitiva, preservando todas as garantias fundamentais dos litigantes [...]. (REIS, 2009, p. 122).

Desse modo, distribuída a petição inicial, efetivada a citação e manifestando-se as partes quanto a desnecessidade de dilação probatória, por ser a matéria controvertida unicamente ou preponderantemente de direito, há de se empregar o julgamento “antecipado” da lide, de modo que a cognição não reste tão sumarizada como ocorre na hipótese do julgamento liminar de causas repetitivas (art.

⁴² Não se pode ignorar o fato de que está cada dia mais comum a proliferação dos chamados casos de massa, litígio de massa, demandas repetitivas, casos em série e demais denominações que se tem dado a esse tipo de demanda, impondo-se a criação de mecanismos que sejam capazes de solucioná-los de forma eficiente, buscando o necessário equilíbrio entre a eficiência quantitativa e a qualitativa, sob pena de se criar uma “máquina de distribuição de decisões inadequadas e injustas” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 30).

285-A do CPC e art. 317 PLS 166/2010) que, em verdade, não passa de uma situação provocativa e de incentivo à litigiosidade, merecedora, pois, de supressão do ordenamento procedimental brasileiro.

Como apoio à proposta sugerida, atente-se para o fato de que não há registro, no direito comparado, da adoção de técnica análoga a “improcedência liminar do pedido”, seja na forma do art. 285-A do CPC, ou da nova sistemática do art. 307 do PLS 166/2010. Identificasse, outrossim, o uso no direito comparado de julgados sumulados e da denominada “jurisprudência dominante”⁴³, o que não serve de parâmetro para o direito brasileiro em razão da ausência de estabilização e *padronização decisória*⁴⁴, aliada à aplicação mecânica de julgados, como ocorre com o mecanismo da súmula vinculante, da repercussão geral da questão constitucional, do julgamento de recurso especial repetitivo e do julgamento liminar de causas repetitivas, que guardam maior preocupação com uma padronização superficial das decisões do que com a solução legítima e constitucional da pretensão posta em juízo.

⁴³ Na Espanha, o artigo 5.1 do Estatuto Orgânico de poder Estatal Judiciário estabelece que as decisões dos tribunais constitucionais são vinculativas para os seus tribunais inferiores, ao determinar que “a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e é obrigatória para todos os juízes e tribunais, que devem interpretar e aplicar leis e normas administrativas de acordo com os precedentes e princípios constitucionais, de acordo com a interpretação deles decorrentes das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional”. Na Alemanha, do mesmo modo, há clara previsão de que as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* ou BVerfGG) são obrigatórias para todas as instituições constitucionais federais, nos estados e em todos os tribunais e agências. Enquanto não há nenhum dispositivo legal semelhante fortalecendo a qualidade das decisões de outros tribunais superiores recursais, na Alemanha, verifica-se que, no Supremo Tribunal Federal (*BGH-Bundesgerichtshof*) e no Tribunal Administrativo Federal (*Verwaltungsgericht*), há uma grande uniformidade prática devido à admissibilidade do recurso de apelação e revisão. Já a França não possui uma doutrina formal acerca do *stare decisis*, porém, assim como os já citados países e seus tribunais, há forte tendência dos tribunais franceses em seguir os precedentes, principalmente dos tribunais superiores (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 27).

⁴⁴ Esse método seria uma solução para o dimensionamento da litigiosidade de massa, gerando um equilíbrio questionável entre a “economia processual” e a “eficiência quantitativa”, já que a formação de julgados, ditos precedentes, é estabelecida sem a devida análise e o debate necessário, de forma destemida e, até certo ponto, até mesmo irresponsável, visto que não se forma um único entendimento a respeito de uma questão (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 33).

O Estado, responsável pelo “apaziguamento dos conflitos sociais”, deve sim buscar meios para que a função jurisdicional seja prestada de forma ágil e célere, sem retirar do jurisdicionado, no entanto, a garantia do devido processo, instituindo uma verdadeira sumarização da cognição, ao invés de lançar mão de técnicas de sumarização do procedimento, até então admitidas, sem a supressão do direito-garantia ao processo, legitimador de todas as decisões em um Estado Democrático de Direito e garantidor de estruturas processuais normativas amplas e legítimas.

7. Padronização decisória e anarquia interpretativa: necessidade de uma teoria consistente dos julgados adequada ao modelo constitucional de Processo

Como é sabido, os sistemas jurídicos de *civil law* e *common law* possuem origens completamente diferentes, o que levou à formação de tradições jurídicas também muito distintas, com a suscitação, inclusive, de vários dogmas acerca dos aludidos sistemas, muitos deles já sem sentido no direito processual contemporâneo (MARI-
NONI, 2010, p. 23-24).

Nesse sentido, apesar de o Brasil ter tradição jurídica de *civil law*, tem se tornado cada vez mais comum a presença de certos institutos típicos e oriundos do sistema de *common law*, como a adoção da súmula vinculante, da valorização das decisões dos Tribunais Superiores, tendente a construção de uma técnica de padronização decisória, fazendo coro ao que muitos chamam de “mixagem” (MANCUSO, 2008) entre os sistemas.

A ideia de *padronização decisória* (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 41), como técnica tendente a atribuir efeito vinculativo a decisões de Tribunais Superiores em detrimento de decisões de órgãos judiciais inferiores, é bem representada no sistema processual vigente pela técnica de julgamento de ações repetitivas prevista no art. 285-A, sistemática reforçada, notadamente com o estímulo da adoção de decisões paradigmas, pelo art. 307 do PLS 166/2010.

Conforme já esclarecido, na sistemática prevista no vigente art. 285-A do CPC, o juízo de 1º grau, após estabelecer entendimento acerca de dada matéria “unicamente de direito” e identificar “casos idênticos”, está autorizado a reproduzir a decisão antes proferida em novos casos, dotando-a de efeito vinculativo para os “casos idênticos” que forem distribuídos ao mesmo juízo. Seria a formação de “decisão vinculativa do próprio juízo”.

No entanto, essa técnica foi alterada pela redação do art. 307 do PLS 166/2010, com a extensão do padrão de decisão. Se antes era vinculado à figura solitária do julgador de primeiro grau, agora, seguindo tendência atual, é fulcrado em entendimentos fixados em súmulas ou acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Primariamente, uma advertência deve ser feita. Não há aqui espaço para grande reflexão acerca de institutos advindos e utilizados, aprioristicamente, em sistemas de direito distintos. Não se pretende, do mesmo modo, defender o uso de técnicas advindas do *common law* no Brasil ou do sucesso de tais técnicas nos países de origem, até porque, há que se pensar na realidade social e cultural do país a que esse sistema se aplica. Almeja-se, apenas e tão somente, lançar um convite à reflexão acerca da proposta de utilização açodada e indiscriminada de denominados *precedentes*⁴⁵ de Tribunais Su-

⁴⁵ Tradução livre dos graduandos da UFMG e membros do grupo de pesquisa “Processualismo Constitucional Democrático e Circulação dos Modelos de *Civil Law* e *Common Law*” — sob a coordenação do Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes — André Domingues de Magalhães, Danilo Carvalho, Mariana Lanza, Matatias Parente, Rainer Jerônimo Roweder e Rayssa Thainá Moreira Dolabella: “Primeiramente, uma questão terminológica deve ser resolvida. Quando podemos falar em um precedente? No relatório belga, Maurice Adams argumenta que o termo *precedential force* é usado, na maior parte das vezes, como um tipo de frase ‘coringa’, abrangendo — em sua opinião — duas noções conceitualmente distintas, ou seja, decisões judiciais como ‘precedentes *per se*’ por um lado, e o que ele se propõe chamar a ‘força gravitacional’ das decisões do tribunal de outro lado. Embora eu concorde com Adams que há um grande abismo entre *Common Law* e *Civil Law* quando o assunto são os precedentes, prefiro utilizar o termo ‘precedente’ para cobrir ambas as situações, principalmente porque a noção do precedente é universalmente aceita, enquanto ‘força gravitacional’ lembra mais uma das leis da física de Newton. Muitas vezes, a distinção é feita entre precedente vinculante e persuasivo, ou como a variante do *Civil Law* é descrita, a ‘variante leve’. Um relator faz a distinção entre o aspecto político e sociológico (em que um precedente é vinculativo) e o aspecto normativo (em que é apenas um precedente persuasivo). Uma outra questão terminológica engloba diversos aspectos dos precedentes. Em seu

periores como parâmetro ou paradigma para julgamento e decisão de novos e outros casos tidos como idênticos.

Essa tendência, ao que tudo parece, não pode ser negada, já que é cada vez mais recorrente a utilização de julgados de Tribunais Superiores, por alguns chamados de “precedentes”, como parâmetro decisório para órgãos inferiores e, inclusive, para os próprios Tribunais Superiores. Essa técnica de julgamento tem sido a origem ou tem influenciado a formação de uma verdadeira *anarquia interpretativa*⁴⁶ dentro dos próprios órgãos jurisdicionais brasileiros, sem o devido e necessário debate prévio. E é essa ausência de discussão acerca do entendimento estabelecido que tem feito com que instâncias inferiores e juízes singulares profiram decisões contrárias ao posicionamento estabelecido, evidenciando, a título de proposta, a necessidade de criação de uma “teoria consistente dos precedentes

relatório polonês, Malgorzata Krol faz a distinção entre precedentes formais e informais (ou fatuais do ponto de vista institucional) e precedentes constitutivos e reguladores, a partir do ponto de vista autônomo. Outra distinção é entre o precedente vertical — indicando que existe uma hierarquia entre os tribunais — e os tribunais em horizontal, em que os tribunais do mesmo nível influenciam um nos outros”. No original: “First, a terminological question must be settled. When may we speak of precedent? In the Belgian report, Maurice Adams argues that the term *precedential force* is mostly used as a kind of catch-all phrase covering two – in his opinion – conceptually separate notions, i.e. court decisions as ‘precedents as such’ on the one hand, and what he proposes to call the ‘gravitational force’ of court decisions on the other. Although I agree with Adams that there is a wide gulf between common law and civil law where precedents are concerned, I prefer to use the term ‘precedent’ to cover both situations, chiefly because the notion of precedent is so universally accepted, whereas ‘gravitational force’ reminds one more of Newton’s laws of physics. Often, the distinction is then made between binding and persuasive precedent, or as the civil law variant is described, the ‘light variant’. One reporter distinguishes between the sociological and political aspect (where a precedent is binding) and the normative aspect (where a precedent is only persuasive). A further terminological question concerns the various aspects of precedents. In her Polish report, Malgorzata Krol distinguishes between formal and informal (or factual) precedents (from the institutional point of view), and constitutive and regulative precedents, from the substantive point of view. Another distinction is between vertical precedent – denoting that there exists a hierarchy between courts – and horizontal courts, where courts of the same level influence one another”. (HONDIUS, 2007).

⁴⁶ Em face da pressuposição brasileira de que os ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso, permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes. (BAHIA; NUNES, 2010).

ou julgados”, capaz de garantir maior eficiência quantitativa e qualitativa das decisões judiciais em um paradigma de Estado Democrático de Direito.

Segundo Alexandre Bahia, é inegável, na atual realidade do direito processual contemporâneo, a necessidade de criação de “uma dogmática adequada para a litigiosidade repetitiva que não se preocupe somente com o direito dos cidadãos como meros dados numéricos” (BAHIA; NUNES, 2010), mas que seja capaz de garantir a elaboração de uma dogmática que respeite a segurança, a previsibilidade e a igualdade das decisões (MARINONI, 2010, p. 64).

Desse modo, há de se prezar o respeito ao modelo constitucional de processo⁴⁷, de modo que toda e qualquer técnica de julgamento a ser criada e aplicada no sistema processual brasileiro não almeje apenas a celeridade e a eficiência da jurisdição, mas garanta que a construção da decisão final tenha como substrato um procedimento consentâneo com o padrão constitucional e principiológico erigido com a Constituição da República de 1988.

8. Considerações conclusivas: nossa proposta

Há muito, a atividade jurisdicional vem sendo criticada diante da não resposta à necessidade premente de solucionar os conflitos de interesse surgidos na sociedade de maneira eficiente e legítima.

Em uma tentativa de reação, têm-se visto, já há mais de uma década, várias ondas reformistas introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, acelerando a entrega da denominada prestação jurisdicional através das técnicas de sumarização da cognição e do procedimento, com a prevalência do discurso do juiz em detrimento das partes.

A cognição em um Estado Democrático de Direito, vista como uma atividade, técnica, método ou operação lógica do juiz e das partes para a valoração dos argumentos e provas que culminarão com a prolação do provimento, consiste em uma tarefa de esclarecimento

⁴⁷ Acerca do tema, ver (DIAS, 2010).

por meio do discurso de todos os sujeitos do processo (juiz e partes), de modo que o provimento seja objeto de construção participada, em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação das decisões e do direito a advogado.

Desse modo, em um paradigma de direito democrático, parece-nos impossível, senão eivado de inconstitucionalidade, qualquer tentativa de sumarização da cognição que produza a concentração desta atividade cognitiva apenas na figura do julgador, conforme proposto pela técnica de julgamento estabelecida pelo art. 285-A do atual Código de Processo Civil, copiada com significativas alterações para a norma do art. 307 do PLS 166/2010, denominado “Novo Código de Processo Civil”, que se encontra em trâmite no Congresso Nacional.

Ademais, além das dificuldades já identificadas de interpretação adequada perante o atual modelo constitucional de processo, a sistemática procedimental em análise, apesar de atender a uma decantada e defendida ideia de padronização decisória que serviria de estanque para o problema da anarquia interpretativa, revela preocupação do legislador apenas com o direito dos cidadãos em uma perspectiva numérica e quantitativa, passando ao largo de qualquer preocupação com a qualidade e a legitimidade das decisões proferidas.

Assim, feitas essas considerações e firmes no norte de impossibilidade de sumarização da cognição e concentração desta atividade cognitiva apenas na figura do decisor, além das dificuldades de interpretação da técnica implantada à luz do atual modelo constitucional de processo e, considerada, ainda, a manifesta inconstitucionalidade e ineficiência prática da sistemática do art. 285-A do CPC, propõe-se a supressão do art. 307 do PLS 166/2010 em trâmite no Congresso Nacional.

Como alternativa, aconselha-se a adoção da técnica procedimental do julgamento “antecipado” da lide, prevista no art. 341 do PLS 166/2010 (art. 330 do CPC), em total respeito à cognição, que permite a valoração e a valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos. Também se salienta a própria coerência sistêmica do Projeto

de Código que estabelece em seus arts. 9º e 10 a vedação de decisões de ofício, sem conceder às partes oportunidade de influir na formação da decisão, apesar da inconstitucional exceção inserida no texto após aprovação do projeto do Senado Federal⁴⁸.

9. Referências

ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei nº 11.277/2006). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, v. 141, p. 116-127, nov. 2006.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o *civil law* e o *common law* e os problemas na utilização do “marco zero interpretativo”. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Org.). *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. In: _____. _____. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

⁴⁸ Art. 9º Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

_____. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: _____. _____. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

_____. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Instituições de Direito Processual*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.

DUTRA, Elder Gomes. *Da resolução liminar de mérito face às garantias processuais constitucionais*. 2008. 81 f. Monografia (Especialização em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Betim, 2008.

DUTRA, Elder Gomes; NOGUEIRA, Nilza Aparecida Ramos. A participação e o policentrismo na construção das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito: uma análise da obra Processo Jurisdicional Democrático. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 7, p. 33-58, jan./dez. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. t. 1.

HONDIUS, Ewoud. Precedent and the Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, Amsterdam, v. 11.3, Dec. 2007. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.

_____. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & Cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Igualdade e isonomia processual. In: THEODORO JUNIOR, 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.

MANCUSO, Rodolfo. *O precedente como fonte de Direito*. Porto Alegre: TRF 4ª Região, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIEIRO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. Comentários acerca da súmula impositiva de recursos (Lei nº 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei nº 11.277/2006). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 137, 2006.

_____. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 184, p. 109-140, jun. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho; VIEIRA, José Ribas. *Política do judiciário no direito comparado*. In: CONGRESSO CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: entre o direito e a política, 3., 2010, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2010.

_____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 24, n. 26, p. 79-98, jan./jun. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Roberto Álvaro de. *Do formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, v. 1, ano 1, p. 30-35, set./out, 1999.

REIS, Francis Vanine de Andrade. Técnicas diferenciadas de sumarização da cognição exauriente: procedimento monitorio, providências preliminares e julgamento “antecipado”. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de Tutela: processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito*. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 133, ano 31, p. 137-149, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). Urgências de tutelas: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 21, p. 145-162, 2008.

_____. *Urgências de tutela: processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito*. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 181, p. 59-89, mar. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006b. V. 1.

_____. *As novas reformas do código de processo civil: leis nºs 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 177, nov. 2009.

_____. Breves considerações da politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 189, nov. 2010.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Artigo recebido em: 01/05/2012.

Artigo aprovado em: 05/10/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130019

**DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL
E A POSSIBILIDADE DE CUMULAR A REPARAÇÃO
NATURAL COM A INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA**

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
ccrodrigues@mpmg.mp.br

A palavra responsabilidade tem sua origem etimológica no verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do Direito Romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, tendo, portanto, a idéia e concepção de responder por algo.

A responsabilidade pode adquirir um significado sociológico, no qual ganha aspecto de realidade social. Quem vive em sociedade e pratica uma ação ou uma omissão que resulta em prejuízo, deve suportar a consequência desse comportamento por imposição legal. A finalidade concreta dessa responsabilidade genérica é punir e fazer com que o causador repare o dano, bem como evitar que novos danos venham a ocorrer.

No campo jurídico, a responsabilidade civil consiste na obrigação do autor de um ato ilícito em reparar (indenizar) pecuniariamente um dano causado à vítima. Assim, um dos efeitos da responsabilidade civil é justamente o ressarcimento do dano sofrido, pois “aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo”.

Em se tratando do meio ambiente, direito difuso, de natureza indisponível, consagra-se a responsabilização objetiva, fundada no dever

de ressarcir independentemente de ser aferida a concorrência culposa do agente. Dessa forma, é suficiente a existência da ação lesiva, do dano e do nexa com a fonte poluidora ou degradadora, para atribuição do dever de reparação.

A responsabilidade civil se destaca como o instituto jurídico mais importante na defesa e na reparação do meio ambiente, já que obriga aquele que alterou as propriedades da biota, prejudicando a saúde ou as condições de vida da população, a restaurar o que foi degradado ou também a indenizar com uma quantia compensatória os que foram prejudicados pela degradação.

A responsabilidade civil ambiental foi inicialmente regulada no direito pátrio pela Lei Federal nº 6.453, de 17 de outubro de 1977, em seu artigo 4º, que trata da responsabilidade civil por danos nucleares, *in verbis*:

Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear [...] (BRASIL, 1977).

Todavia, com o advento da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, mais especificamente no art. 14, § 1º, é que a responsabilidade objetiva foi ampla e definitivamente adotada. A referida legislação atribuiu ao poluidor e ao predador a responsabilidade de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros por sua atividade nociva, independentemente de culpa. Vejamos:

Art. 14 [...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL, 1981).

Por conseguinte, a Constituição da República de 1988 também abrigou no seu artigo 225, § 3º, a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. Ao tratar da matéria, a Carta Magna dá enfoque à tríplice responsabilidade (civil, administrativa e penal) pelo dano ambiental, *verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988).

Logo, a legislação ambiental brasileira é enfática ao disciplinar que cabe ao degradador/poluidor a obrigação de restaurar e/ou indenizar os prejuízos ambientais a que der causa. Afinal, não pode o degradador receber o bônus pela exploração de recursos naturais e deixar o ônus de repará-lo à sociedade. Deve ser determinada uma indenização que indique ao degradador que sua conduta não lhe rende bons resultados, isto é, uma séria advertência para que o fato não volte a ocorrer.

Álvaro Luiz Valery Mirra, magistrado em São Paulo, leciona que o princípio da reparação integral “deve conduzir o meio ambiente e a sociedade a uma situação na medida do possível equivalente à de que seriam beneficiários se o dano não tivesse sido causado.” (MIRRA, 2004, fl. 314).

A propósito da interpretação do tema no âmbito dos nossos tribunais, firmou-se na jurisprudência o seguinte entendimento:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEGRADAÇÃO DE ÁREA AMBIENTAL. NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. 1. O sistema normativo-ambiental instituído no País, a partir da Lei n. 6.938/81, refle-

te o princípio da responsabilidade objetiva integral pelo dano ecológico, especificamente: 'a) irrelevância da intenção danosa (basta um simples prejuízo); b) irrelevância da mensuração do subjetivismo (o importante é que, no nexo de causalidade, além tenha participado, e, tendo participado, de alguma sorte, deve ser apanhado nas tramas da responsabilidade objetiva; c) inversão do ônus da prova; d) irrelevância da licitude da atividade; e) atenuação do relevo do nexo causal - basta que potencialmente a atividade do agente possa acarretar prejuízo ecológico para que se inverta imediatamente o ônus da prova, para que imediatamente se produza a presunção da responsabilidade, reservando, portanto, para o eventual acionado o ônus de procurar excluir sua imputação' (Sérgio Ferraz, citado por José Afonso da Silva). 2. 'Não libera o responsável nem mesmo a prova de que a atividade foi licenciada de acordo com o respectivo processo legal, já que as autorizações e licenças são outorgadas com a inerente ressalva de direitos de terceiros; nem que exerce a atividade poluidora dentro dos padrões fixados, pois isso não exonera o agente de verificar, por si mesmo, se sua atividade é ou não prejudicial, está ou não causando o dano' (José Afonso da Silva). 3. Dos autos de infração, verifica-se conduta da ré de exploração de atividade mineral em áreas protegidas em desacordo com a licença ambiental. 4. Comprovado o dano e o nexo de causalidade, cumpre à ré o dever de reparar. 5. Negado provimento à apelação. (BRASIL, 2010).

Uma vez constatado o dano ambiental, há o dever de repará-lo, sem se questionar eventual culpa. Ainda que a atividade seja lícita, ocorrendo o dano ambiental, ele deve ser integralmente reparado, para que se assegure a proteção efetiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrada pela Constituição Federal. Tal reparação, que deve levar ao retorno do equilíbrio ecológico violado, é composta de dois elementos: a reparação *in natura* do estado anterior do bem ambiental afetado e a reparação pecuniária, ou seja, a restituição em dinheiro.

A reparação *in natura* é a forma adequada, visto que o dano ao meio ambiente exige que as medidas adotadas para sua compensação visem precipuamente à reconstituição do meio degradado.

Entretanto, quando for impossível a reparação natural e integral do dano ao meio ambiente – pois na maioria das vezes não é factível restabelecer o *status quo ante* e determinar exatamente o quanto de fauna e flora foi afetado pela intervenção danosa, seja por desconhecimento do próprio estado inicial do meio ambiente degradado, seja pela própria impossibilidade técnica, porque o dano ambiental, conforme cediço, pode ser, e comumente é, indelével – recairá sobre o degradador a condenação a uma compensação ambiental, mediante indenização pecuniária.

Essa é a orientação da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), que estabelece em seu artigo 4º, inciso VII, *ipsis litteris*:

VII – A Política Nacional do Meio Ambiente visará à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. (BRASIL, 1981).

Urge destacar que o dinheiro da indenização será revertido ao Fundo de Reparação aos Interesses Difusos Lesados, com fincas no artigo 13 da Lei nº 7.347/85, sendo seus recursos destinados à reconstrução de bens afetados.

Mister se faz a responsabilização pelo dano ambiental, não só para que haja reparação do dano causado, como também para coibir a ação desordenada do homem, pois, uma vez causado o dano, difícil será sua reparação.

A legislação pertinente é inequívoca ao determinar a possibilidade de cumular a reparação natural com a indenização pecuniária, pois mesmo que haja a restauração do meio ambiente degradado, este jamais será recomposto exatamente ao estado de hígidez anterior.

Destarte, a lesão ao meio ambiente gera para o causador do dano não só a obrigação de repará-lo, mediante condutas positivas ou negativas que levam à reconstrução do *status quo ante*, mas também a de indenizar a coletividade, a título de danos morais coletivos, pelo período de tempo em que ela permanecer desprovida de determinado recurso ambiental.

Ainda que haja, em longo prazo, de maneira natural, a recomposição da área, não se pode ignorar o período em que ela ficou desfigurada, privando a coletividade das benesses dali advindas.

Acerca do tema, recorreremos ao escólio de José Rubens Morato Leite:

[...] a natureza, ao ter suas composições física e biológica modificadas por agressões que ela não consegue tolerar, não pode jamais ser verdadeiramente restabelecida, do ponto de vista ecológico. [...] Assim, a reparação ao meio ambiente, mesmo na forma de recuperação, recomposição e substituição do bem ambiental lesado, é um sucedâneo, dada a extrema dificuldade na restituição do bem lesado, isto é, equipara-se a um meio de compensar o prejuízo. (LEITE, 2003. p. 209-210).

A parcela do dano que é irreparável mediante obrigações de índole cominatória deverá ser ressarcida em virtude do caráter de direito fundamental da pessoa humana atribuído pelo artigo 225, *caput*, da Constituição da República, e em razão do princípio da responsabilidade integral por danos ambientais.

Em se tratando de degradação ambiental, essa parcela irreparável, impossível de ser recomposta em sua integralidade, insuscetível de retorno ao *status quo ante* e privada da justa fruição pela sociedade, deverá ser quantificada e, conforme entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, poderá ser cumulada com as obrigações de fazer e não fazer voltadas à recomposição *in natura* do bem lesado.

Essa orientação constou do Informativo de Jurisprudência nº 450:

Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Reflorestamento. O mecanismo processual da ACP é adequado para que se pleiteiem, cumulativamente, a reparação pecuniária do dano causado e o cumprimento de obrigação de fazer tendente à recuperação da área atingida pelo desmatamento. (BRASIL, 2010).

Neste ponto, destaca-se que, ao se interpretar o art. 3º da Lei nº 7.347/85, a conjunção “ou” deve ser considerada com o sentido de adição, e não disjuntivo.

Seguindo esta linha de intelecção, extrai-se excerto do voto do eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Elias Camilo, na Apelação Cível nº 1.0702.09.616272-3/001, julgada em 04/07/2013 e publicada em 15/07/2013, *verbis*:

Desta forma, de uma análise conjunta das normas transcritas, registra-se que, sendo a matéria relativa à proteção do meio ambiente de garantia constitucional, restando, destarte, estabelecido na Carta Magna, quanto a esta, normas de atuação obrigatórias tanto da Administração Pública como dos cidadãos, independentemente das infrações penais e administrativas aplicáveis à espécie, respondem também seus infratores pela reparação dos danos ambientais por eles efetivamente causados, razão pela qual não há que se falar em inadmissibilidade da cumulação dos pedidos de indenização pecuniária com obrigação de fazer (ou não fazer), em especial considerando-se que, naqueles casos em que não for possível a reparação do dano ambiental verificado, somente restará viável a imposição de indenização pelo dano, e, consequentemente, a toda a coletividade. (MINAS GERAIS, 2013).

Neste trilhar, a imposição de pagar quantia em dinheiro, juntamente com o encargo de recuperar a área, assume verdadeiro caráter intimidativo, pois não é razoável que a violação do patrimônio ambiental se aperfeiçoe sem nenhuma justificativa e não seja fixada a contraprestação econômica devida. Prioriza-se a reparação do dano ambiental *in natura* em relação à indenização, todavia não se exclui a simultaneidade das medidas.

A cumulação de condenação em obrigação de fazer/não fazer com indenização pecuniária na ação civil pública ambiental é acolhida em nossos tribunais pátrios, conforme se depreende dos julgados abaixo transcritos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO MEIO AMBIENTE - DESMATAMENTO - AUSÊNCIA DA AUTORIZAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 14, § 1º DA LEI 10.561/91 - ILÍCITO - REGENERAÇÃO DA ÁREA - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - ARTIGO 14, § 1º DA LEI 6.938/81 - COIBIÇÃO DA PRÁTICA DE NOVOS CRIMES - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL - OBJETIVO DA LEI DE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Comprovado o desmatamento de área de preservação sem a autorização do Órgão Ambiental competente, impõe-se, além do dever de regeneração da área, a imposição de indenização pecuniária para coibir a prática do ilícito e minorar o prejuízo ao ecossistema. Possível a cumulação do pedido de indenização e de obrigação de fazer e não fazer, pois o intuito do Legislador é a proteção do meio ambiente, o que seria inviabilizado caso houvesse a interpretação literal do artigo 3º da Lei da Ação Civil pública, notadamente porque inexistente proibição na legislação ordinária (MINAS GERAIS, 2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. CUMULAÇÕES DE PEDIDOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E DE PAGAR. POSSIBILIDADE. É possível a cumulação de pedidos consistentes em indenização e obrigação de não fazer, em sede de ação civil pública, diante da ocorrência de dano ambiental, a fim de efetivar os preceitos protetivos do meio ambiente e também a finalidade da Ação Civil Pública. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. **APELO PROVIDO.** (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM . DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO *IN DUBIO PRO NATURA* DA NORMA AMBIENTAL. (BRASIL, 2013).

Portanto, em conformidade com o conjunto de normas ambientais, especialmente aquelas dimanadas da Constituição da República de 1988, e seguindo orientação jurisprudencial dominante, é perfeitamente cabível a cumulação de obrigações de fazer/não fazer com indenização, pois o intuito do legislador é a proteção do meio ambiente e, além disso, a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a

área lesionada não exclua o dever de indenizar. Essa condenação é ampla e constitui uma forma de compensar os prejuízos que não puderam ser diretamente reparados e de reparar os danos causados à coletividade durante o tempo em que ficou privado daquele recurso ambiental, bem como uma forma de evitar que o fato danoso venha a se repetir.

Referências

ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria Geral das Obrigações*. 8. ed. São Paulo: RT, 2000.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.198.727-MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 14 de agosto de 2012. *DJe*, 9 maio 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1198727&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.181.820-MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 7 de outubro de 2010. *DJe*, 20 out. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1181820&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 2002.34.00.033143-9/DF, Quinta Turma, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, Brasília, DF, 16 de junho de 2010. *DJF*, 6 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos//ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>>. Acesso em: 4 set. 2013.

CAPELLI, Silvia; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Direito Ambiental*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das normas ambientais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0702.09.616272-3/001, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Elias Camilo, Belo Horizonte, 4 de julho de 2013. *DJe*, 15 jul. 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?j-sessionid=90C3A858582E3EE393C2B2C754926196.juri_no-de1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.09.616272=3-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar>. Acesso em: 4 set. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0400.06.022252-0/001, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Afrânio Vilela, Belo Horizonte, 31 de março de 2009. *DJe*, 15 abr. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0400.06.022252-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 4 set. 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental sistematizado*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70013081021, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Jaime Piterman, Porto Alegre, 7 de junho de 2006. *DJe*, 12 jul. 2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 4 set. 2013.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade de civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130020

4

Direito Coletivo

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO COLETIVO

ARTIGO

ANÁLISE DO COMPORTAMENTO DA COISA JULGADA DIANTE DA TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E TRANSINDIVIDUAIS

THE *RES JUDICATA* BEHAVIOR IN THE PRESENCE OF THE PROTECTION OF INDIVIDUAL AND COLLECTIVE INTERESTS

DANIEL GUIMARÃES GONÇALVES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
guimagon@yahoo.com.br

RESUMO: Não obstante o caráter autoexplicativo conferido ao título da obra, nesta, analisa-se o tema proposto abordando-se, sobretudo, as similitudes e discrepâncias que recaem sobre o arquétipo da coisa julgada, quando considerada em suas dimensões individual e coletiva. Para tanto, inaugura-se a dissertação buscando um conceito que traga de forma sucinta a essência do fenômeno em comento, independentemente das espécies de tutelas por ele imunizadas. Ao contínuo, ventilam-se as principais características da imutabilidade nas ações de cunho eminentemente particular, para, ao final, após uma célere explanação sobre os aspectos gerais que envolvem os litígios transindividuais, abordar-se a coisa julgada sob esse prisma, com ênfase nas feições que a distinguem de sua congênere privada.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela individual; tutela coletiva; coisa julgada.

ABSTRACT: Despite the self explanatory title of this work, the proposed subject is analyzed considering the similarities and discrepan-

cies associated to the archetype of the *res judicata*, while considered in its individual and collective dimensions. For that, the work starts searching for a concept that could describe, in a very synthetic way, the core of the subject being studied, regardless the species of protection immunized by it. Afterwards, the main features of immutability in the eminently particular actions are exposed. At the end, after a swift explanation about the general aspects involving disputes transindividuais, the *res judicata* is approached following this line, with emphasis on features that differs it from their private congeners.

KEY WORDS: Individual protection; collective protection; *res judicata*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de coisa julgada. 2.1. Limites objetivos. 2.2. Limites subjetivos. 2.3. Modo de produção da coisa julgada. 3. Breve conceito de ações e direitos coletivos *lato sensu*. 4. Coisa julgada em ações coletivas. 5. Análise do comportamento da coisa julgada em relação a cada um dos interesses tutelados pela ação coletiva. 5.1. Interesse difuso. 5.2. Interesse coletivo *stricto sensu*. 5.3. Interesse individual homogêneo. 6. Reflexos da ação coletiva na tutela dos interesses individuais decorrentes de um mesmo fato. 6.1. Ação coletiva julgada improcedente. 6.2. Ação coletiva julgada procedente. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Há muito se discute nos meios acadêmicos a necessidade de se regulamentar a criação de instrumentos que busquem a proteção dos denominados direitos ou interesses transindividuais ou coletivos *lato sensu*. Em consequência desse anseio, a contar de um passado recente, vem brotando na seara legislativa nacional uma série de normas que buscam justamente atender a tal demanda.

Todavia, hodiernamente, em tempos de acentuada globalização, tal debate se encontra revigorado. Isso porque é justamente nesse momento, em que a massificação social é fato notório, que os interesses transindividuais adquirem especial relevância.

Nesse passo, a comunidade jurídica vem tratando com afinco a necessidade de se criar um diploma instrumental que normatize de forma clara e específica o processo coletivo no ordenamento jurídico pátrio. Isso ocorre, sobretudo, quando se levam em conta as incertezas que envolvem o tema, que se encontra regulamentado de forma esparsa e fragmentada em um verdadeiro labirinto legislativo, o que, por dificultar a formação de um consenso entre os estudiosos que se propõem a tal desiderato, cria ao mesmo tempo obstáculos à efetiva tutela dos interesses coletivos no caso concreto.

Ao redigir a exposição de motivos do anteprojeto que cria o Código Brasileiro de Processos Coletivos, do qual se notabiliza também como uma das autoras, Ada Pellegrini Grinover, de forma providencial, preleciona:

A Lei n. 7.347/85 – a denominada lei da ação civil pública – acaba de completar 20 anos. Há muito com o que se regozijar, mas também resta muito a fazer. Não há dúvidas de que a lei revolucionou o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de civil law e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de um processo individualista para um processo social. Muitos são seus méritos, ampliados e coordenados pelo sucessivo Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Mas antes mesmo da entrada em vigor do CDC, e depois de sua promulgação, diversas leis regularam a ação civil pública, em dispositivos esparsos e às vezes colidentes. Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. (GRINOVER, 2007).

Noutro norte, Gregório Assagra de Almeida adverte:

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Anteprojeto USP), atualmente em discussão no Ministério da Jus-

tiça, reproduz, com algumas alterações, o que está previsto na orientação do Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. É muito elogiável a iniciativa dos juristas que têm se dedicado a essa proposta de codificação, com especial destaque para o trabalho desempenhado pela professora Ada Pellegrini Grinover. Entretanto, entendemos que a proposta apresentada contém problemas estruturais e pontuais e precisa ser aperfeiçoada. No caso da execução coletiva, o tratamento conferido pelo mencionado Anteprojeto é muito tímido e insuficiente para libertar o direito processual coletivo, na sua condição de um novo ramo do direito processual, das amarras liberais individualistas do CPC. (ALMEIDA, 2008, p. 3).

Impulsionado pelos recentes debates sobre o tema, o presente estudo busca imiscuir-se em um dos aspectos mais espinhosos e controvertidos dentro da sistemática ora proposta, qual seja, o estudo dos efeitos da sentença e da coisa julgada, analisados sob o prisma do processo coletivo e suas peculiaridades¹.

Pelo exposto, aborda-se o tema no escopo de contribuir, mesmo que de maneira assaz periférica, para as elucidações acerca de aludido imbróglio e, ao mesmo tempo, somar forças aos anseios legiferantes para a unificação dos dispositivos legais aplicáveis em um único *có-dex* instrumental transindividual. Tudo isso, por óbvio, dentro das limitações inerentes à realidade da espécie do trabalho ora desenvolvido.

Em apertada síntese, eis o que propomos.

2. Conceito de coisa julgada nas ações individuais

Ao pensarmos em um adjetivo que auxilie na conceituação do instituto em voga, seremos invariavelmente remetidos à noção de imutabilidade. Sem dúvida, esta é a primeira ideia que nos vem à mente

¹ “O tema da coisa julgada diante das ações coletivas é um dos mais complexos e polêmicos de todo o exame da ‘tutela coletiva’. O exame da matéria agrava-se ainda mais em função da atuação displicente do Poder Executivo (chancelada hoje em legislação aprovada pelo Congresso Nacional) na regência legal da questão, buscando a todo custo minimizar os incômodos e prejuízos que possam ser-lhe causados pela procedência de ações coletivas.” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 744).

quando nos confrontamos com o tema da coisa julgada. Todavia, sabe-se que referido fenômeno processual envolve especificidades que em muito superam a simples concepção de imutabilidade das decisões judiciais, tendo se mostrado, na verdade, terreno fértil donde brotam inúmeras controvérsias.

A priori, insta elucidarmos que ao contrário do que prescreve a clássica doutrina sobre o assunto, dividindo a *res judicata* em formal e material, verteremos nosso foco tão somente sobre essa segunda espécie. Explica-se.

A chamada coisa julgada formal se trata, na verdade, de uma espécie de preclusão, ou seja, um fenômeno endoprocessual. Destarte, tem como característica o fato de impedir a rediscussão do *decisum* unicamente dentro da relação processual em que foi proferido, visto que este não desafia mais nenhum tipo de recurso.

Com propriedade, leciona o Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

A coisa julgada formal é uma qualidade da sentença que não é mais impugnável, uma vez que todos os recursos que contra ela poderiam ser interpostos já estão preclusos. Ela é a impossibilidade de rediscutir a sentença, que advém da preclusão dos recursos. Nesse sentido, não deixa de ser uma espécie de preclusão, denominada preclusão máxima, por inviabilizar qualquer possibilidade de, naquele mesmo processo, ser proferida outra decisão. A coisa julgada formal nada mais é, portanto, que a preclusão que torna imutável a sentença, como ato jurídico processual. (GONÇALVES, 2005, p. 246).

O rótulo de formal deve-se ao fato de sua incidência jamais atingir o mérito da demanda posta em juízo, característica essa presente apenas na coisa julgada material. Logo, pelos motivos acima delineados, a incidência exclusiva da coisa julgada formal, em regra, jamais impedirá que o conflito de interesses seja novamente apreciado na esfera judicial, bastando, para tanto, a propositura de uma nova ação.

Gize-se, no entanto, que o viés formal da coisa julgada constitui-se

pressuposto básico para incidência de sua face material. Desta feita, uma sentença, mesmo que de mérito, somente torna-se imutável exteriormente após a preclusão da prerrogativa recursal conferida às partes, que resulta na imutabilidade interna. Entretanto, em se tratando de sentença meramente terminativa, via de regra, apenas incidirá sobre ela a coisa julgada formal, haja vista a não aplicação da tutela jurisdicional sobre o conflito, contrariamente ao que ocorre nas decisões definitivas, nas quais, como visto, incidem ambas as variações do fenômeno.

Outro não é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, se não vejamos:

A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 475).

Não se ignora aqui a existência de corrente doutrinária moderna que escuda a tese de que, em certas ocasiões, mesmo as sentenças terminativas podem ser alvejadas pela coisa julgada material, porém tal debate, embora instigante, margeia os contornos do presente estudo.

Nesse diapasão, deduz-se que a denominada coisa julgada formal não possui, na verdade, as características de uma autêntica coisa julgada, uma vez que jamais extrapola os limites do processo em que se exarou a decisão imunizada, não impedindo, conforme acentuado, que outra demanda seja proposta versando sobre o mesmo tema.

O mesmo não ocorre com a coisa julgada material, que, ao incidir sobre as denominadas sentenças definitivas, de cognição exauriente (em que o julgador, após percorrida a fase instrutória, efetivamente realiza o juízo de concreção, fazendo com que o ordenamento recaia sobre realidade fática), torna imutável o teor declaratório de seu dispositivo, dentro e fora dos autos.

Portanto, doravante, ao mencionarmos o termo coisa julgada, estaremos nos referindo à coisa julgada material, por guardar esta maior pertinência com o objeto do presente estudo.

Em termos genéricos, ao buscarmos a natureza jurídica da coisa julgada, de pronto instala-se a primeira divergência entre os doutrinadores que enfrentam a questão. Porém, em que pese a existência de opiniões balizadas que trilham caminhos destoantes, vem se firmando como majoritária a concepção doutrinária capitaneada pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman, que traz a concepção de coisa julgada não como um efeito da sentença, mas como uma qualidade inerente a alguns desses efeitos, tornando-os indiscutíveis, imutáveis, tanto na relação processual em que se encontram inseridos quanto no meio externo, observados determinados limites, que serão objeto de análise futura.

Outro aspecto interessante diz respeito à finalidade do trânsito em julgado, ou seja, quais são as razões que levam à adoção do instituto, que com certeza figura entre as regras processuais existentes em praticamente todas as legislações modernamente conhecidas.

Com base em tal conclusão, parece-nos razoável dizer que houve, por parte do legislador, a opção em privilegiar a estabilidade das relações jurídicas em detrimento de uma eterna busca pela certeza quanto à justiça das decisões emanadas dos órgãos jurisdicionais. Melhor elucidando, ao invés de se permitir uma constante revisão sobre o conteúdo das decisões proferidas, visando extirpar eventuais injustiças nelas incrustadas, preferiu-se conferir ao julgado certa estabilidade, vedando-se, após o decurso do prazo estipulado em lei, a possibilidade de se rediscutir seu conteúdo.

Por certo, não se chega ao absurdo de afirmar que a segurança proporcionada por sobredita estabilidade estaria a suplantar totalmente a busca pela verdade; em razão disso, muito se ouve falar modernamente em relativização da coisa julgada. Pondera-se, entretanto, que, embora inicialmente se busque um salutar equilíbrio entre certeza e estabilidade, em certo momento, há que se pôr um fim ao litígio, ao menos na esfera judicial, sendo esta a ocasião em que se abdicará da faculdade de rediscutir a decisão, tornado-a assim intangível.

Com vistas a elucidar tal assertiva, vale transcrever lição do já citado processualista Luiz Guilherme Marinoni:

É notório que o legislador, ao conceber o sistema jurisdicional, pode inclinar-se para a certeza jurídica ou para a estabilidade. Pode privilegiar a certeza, buscando incessantemente descobrir como as coisas aconteceram, autorizando sempre e a qualquer tempo a revisão da decisão prolatada, e fazendo infinita a solução da controvérsia. Ou pode fazer prevalecer a estabilidade, colocando, em determinado momento, um fim à prestação jurisdicional, e estabelecendo que a resposta dada nessa ocasião representa a vontade do estado relativamente ao conflito posto à sua solução. É comum observar que o processo penal tende para a primeira opção, enquanto o processo civil dirige-se, com maior freqüência, para a segunda. Nenhuma das alternativas porém, é adotada de forma radical por qualquer desses sistemas, sempre se buscando o equilíbrio ideal entre elas. (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 635).

Eis então a finalidade do fenômeno da coisa julgada: proporcionar às partes litigantes uma maior segurança jurídica, baseada na estabilidade da tutela substitutiva aplicada pelo estado juiz.

Superado tal propósito, passemos a um ponto crucial ao desenvolvimento do tema enfrentado, qual seja, traçarmos a abrangência da coisa julgada, delimitando suas fronteiras. Firmes nesse objetivo, de antemão impõe-se o seguinte questionamento: quando haverá ofensa à coisa julgada?

Sabe-se que a coisa julgada verifica-se no exato momento em que houve o trânsito em julgado da decisão proferida, que por sua vez ocorre após o decurso do prazo legalmente previsto para que se possa impugná-la por meio do recurso cabível. Todavia, quando se deseja perquirir o alcance do instituto em comento, deve-se ter em mente não o momento de sua verificação, mas sim em quais hipóteses haverá o afrontamento à sua essência.

Volvendo a linhas pregressas, restou outrora atermado que a coisa julgada incide especificamente sobre o conteúdo declaratório pre-

sente no dispositivo da decisão de mérito em cognição exauriente. Entende-se por declaratória a parte do dispositivo em que o juiz diz (declara) o direito no caso concreto, pondo um fim ao litígio, tanto nas sentenças de mesmo nome, ou seja, declaratórias, quanto nas constitutivas ou condenatórias.

Nesse diapasão, observa-se que a coisa julgada mostra-se necessária justamente na hipótese de eventual decisão vir a contestar aquele dispositivo que se tornou inalterável, ou seja, o instituto da coisa julgada se torna útil na medida em que veda a simples propositura de demanda que tenha as mesmas características de outra devidamente tutelada pelo Judiciário. No entanto, esse tirocínio nos remete novamente à indagação anteriormente posta, que pode ser assim reformulada: deve-se perguntar que tipo de nova ação tem o condão de afrontar a autoridade da coisa julgada. Eis aí a necessidade de traçar seus limites.

O próprio Código de Processo Civil elucidava a contento sobredita indagação, quando em seu artigo 301, §§ 1º, 2º e 3º, afirma, mesmo que em tom diverso, que basta para que se contrarie o fenômeno em estudo a repetição de uma ação idêntica à outra anteriormente julgada por sentença, da qual não mais caiba recurso. Este mesmo dispositivo remarca que ações idênticas são aquelas que possuem os mesmos elementos, sendo eles partes, causa de pedir e pedido.

Logo, ajuizada ação que traz em seu bojo os mesmos elementos constitutivos de outra ação que já se encontra finda, ou seja, ações idênticas, configurada estará a agressão ao trânsito em julgado da decisão nela exarada.

Dáí se conclui que os elementos da ação são os responsáveis por estabelecer o alcance da coisa julgada, já que a partir da análise de sua repetição é que saberemos se uma lide está ou não afrontando outra a ela idêntica, já transitada em julgado.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Antunes Varela, J. Miguel Bezerra Sampaio e Nora, que pontificam que “é através desta tríplice identidade – de sujeitos, do pedido e da causa de pedir

– que se define a extensão do caso julgado”. A imutabilidade, portanto, que protege a parte dispositiva da sentença (art. 469 do CPC, a *contrario sensu*) não é capaz de escudar a declaração ali constante contra qualquer espécie de declaração contrastante. Novas decisões, contrárias à declaração presente na sentença, somente serão proibidas se, e somente se, refletirem litígio envolvendo as mesmas partes diante da mesma causa de pedir. (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 639).

Ante o exposto, podemos estabelecer duas espécies de limites à coisa julgada, os limites subjetivos e os limites objetivos.

2.1. Limites objetivos

Os limites objetivos ou materiais são os responsáveis por determinar quais, entre os assuntos ou temas já decididos, incorporarão as vestes da imutabilidade, não podendo, conseqüentemente, ser objeto de questionamento futuro por parte daqueles que sobre eles exerceram o contraditório (limites subjetivos).

Remetendo-nos aos elementos da ação, emergem como responsáveis pelo cerco material à abrangência da coisa julgada tanto a causa de pedir quanto o pedido, ambos com suas respectivas subdivisões. São os chamados elementos objetivos.

Desta feita, afora o viés subjetivo, ora tido como pressuposto, o ajuizamento de uma nova ação estaria a afrontar uma decisão passada em julgado se, e somente se, esta demanda subsequente trazer em seu âmago os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos (causa de pedir) da lide anterior, com vista a alcançar idêntico provimento jurisdicional, que ao seu tempo deve recair sobre bem da vida que haja figurado como objeto mediato da ação original (pedido). Vislumbrados tais requisitos, essa nova ação deve ser extinta sem análise de seu mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC.

Repetidos os elementos objetivos da ação, causa de pedir e pedido, contrariada está a coisa julgada. Isto, vale insistir, se tivermos como certa a identidade subjetiva das ações confrontadas.

Nesse sentido é o entendimento do ilustre Ernane Fidélis do Santos, que com o tradicional acerto leciona:

Conciliando, pois os entendimentos doutrinários, resta-nos concluir que a lide encontra seus limites objetivos no pedido e na causa de pedir, dela excluídos os pressupostos processuais e as condições da ação. A referência à lide parcial e lide integral serve, antes, para explicar que a diversidade de fundamentos de uma causa para outra não faz as lides se identificarem. (SANTOS, 2002, p. 549).

Ainda nesse tema, imperioso tecermos alguns comentários sobre o dispositivo da sentença nas restrições objetivas impostas à coisa julgada.

É cediço que a autoridade da coisa julgada incide apenas sobre o elemento conclusivo da decisão, entretanto, isso não significa que a parte dispositiva da sentença seja mais um requisito, somado à causa de pedir e ao pedido, responsável por delimitar o conteúdo da coisa julgada.

Conforme impõe o princípio da correlação ou da congruência, o juiz, ao decidir a causa, deve fazê-lo em estrita consonância com o pedido do autor. Por óbvio, em assim procedendo, o dispositivo, que é a parte da sentença em que o juiz realmente decide as questões que as partes lhe submetem, é limitado pelo pedido, abordando somente os requerimentos ali enumerados. Se pedido da ação e dispositivo da sentença abordam as mesmas questões, têm eles, deduz-se, o mesmo conteúdo, logo, autorizada está a conclusão de que ambos implicam uma mesma limitação material à coisa julgada.

Observada a lição acima exarada, donde se extrai que é no dispositivo da sentença que são resolvidas as questões postas em juízo, o próprio CPC autoriza, em seu art. 468, a limitação da coisa julgada tão somente a este aspecto da decisão ao afirmar que: “[...] A sentença, que julgar total ou parcialmente lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Com base nessa conclusão, parte da doutrina entende que a causa de pedir não corporifica um limite objetivo à coisa julgada, já que

essa última teria sua incidência limitada pelas questões postas (pedido) e decididas (dispositivo) em juízo, *data venia*, salvo entendimento diverso. Embora configurem tão somente o alicerce que leva a dada conclusão, não sendo diretamente agraciados pela imutabilidade, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir) tornam-se fator indispensável na delimitação da autonomia da parte imunizada, ou seja, é um dos elementos que dizem até que ponto deve ser respeitado o que foi decidido.

Todas as questões referentes ao mérito se acobertam também pela coisa julgada, mas ficam resguardadas na limitação da lide, ou seja, do pedido específico, devidamente fundamentado. Pedido de despejo por falta de pagamento e o juiz julga procedente o pedido. A lide se circunscreveu ao pedido de despejo. A falta de pagamento é questão decidida, acoberta-se pela coisa julgada, mas respeita os limites da lide, de tal forma que, em outro processo (cobrança dos mesmos aluguéis, por exemplo), pode voltar a ser discutida e ter até solução contrária ao primeiro processo. O réu poderá ser condenado no despejo e, no pedido de cobrança, sair vitorioso. Pode haver até contradição lógica de fundamentos, mas um provimento jurisdicional não exclui o outro, não havendo, portanto, ofensa à coisa julgada. (SANTOS, 2002, p. 550).

2.2. Limites subjetivos

Se por um lado causa de pedir e pedido são os elementos da ação responsáveis por ditar os contornos objetivos da coisa julgada, cabe às partes delimitar subjetivamente o alcance dessa imutabilidade. Assim, identificados os litigantes que efetivamente participaram da demanda, com observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, estabelecidos estão os limites subjetivos da coisa julgada.

Em síntese, a coisa julgada nas ações individuais é, em regra, *inter partes*, ou seja, vincula apenas as partes do processo, justamente por serem estas o elemento responsável pela identidade subjetiva entre duas ações. Porém, mesmo nas demandas individuais, pode a coisa julgada, em situações excepcionais, ser *ultra partes* (além das partes), tornando o decidido intangível também para terceiros alheios ao processo, conforme preceitua o art. 472 do Digesto Instrumental Civil.

No campo subjetivo, tem-se por correta a afirmação de que os efeitos da decisão judicial, objeto sobre o qual recai a autoridade da coisa julgada, podem, em determinadas ocasiões, galgar degraus que não serão alcançados por esta, pois extrapolam os limites subjetivos a ela impostos, ou seja, as partes da ação original.

Partindo de tal premissa, insta estabelecermos uma distinção entre a extensão dos efeitos da sentença e a abrangência da coisa julgada propriamente dita. Embora, como dito alhures, a imutabilidade seja, não um efeito, mas uma qualidade atribuída a alguns dos efeitos inerentes à decisão passada em julgado, não é sempre que este atributo se vinculará a tais efeitos.

Com razão, há casos em que os efeitos decorrentes da sentença exarada atingem terceiros que não são partes na demanda posta em juízo, tendo estes que se submeterem ao que fora judicialmente determinado. Entretanto, em regra, a autoridade da coisa julgada só é oposta contra quem participou do processo, ou seja, as partes, não se estendendo aos indivíduos alheios à relação processual, mesmo que atingidos por seus reflexos, facultando-lhes, assim, a iniciativa de rediscutir os temas anteriormente decididos, já que, com relação a eles, não há que se falar em imutabilidade.

Sobre a questão, vale colacionar o exemplo trazido por Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso:

Se um devedor solidário é acionado pelo credor e, após condenado, paga em juízo a dívida, adquire direito regressivo proporcional com relação aos demais devedores solidários excluídos pelo credor da ação. Entretanto, no novo processo sujeitar-se-á ele a todas as alegações dos demais co-devedores, como, por exemplo, a prescrição, não sendo atingidos pela imutabilidade do efeito material da condenação aqueles devedores que não foram parte no feito originário. (BARROSO, 2003, p. 191).

Logo, deduz-se que os limites impostos à coisa julgada não se aplicam aos efeitos da sentença definitiva, que podem alçar voos mais longínquos, para além das partes do processo, abarcando pessoas

que, embora se submetam ao que restou decidido, não estão impossibilitadas de contestar tais decisões novamente por via judicial.

Em apertada síntese, conclui-se que a coisa julgada torna imutável o dispositivo da sentença, nos limites estabelecidos pelos elementos da ação.

2.3. Modo de produção da coisa julgada

Entende-se por modo de produção a análise das circunstâncias que possibilitam que a coisa julgada efetivamente se materialize ante o caso concreto. Melhor dizendo, momentos há em que a sistemática processual impõe ao fenômeno da coisa julgada condições adicionais para que esta se verifique.

Assim, há casos em que, dependendo do interesse a ser tutelado, devem-se analisar também, a fim de se verificar a ocorrência ou não da coisa julgada, quesitos como o resultado da demanda ou mesmo a completude instrutória do feito. Situações existem em que, mesmo ante a prolação de uma sentença definitiva, seus efeitos não se eternizarão, permitindo-se a rediscussão judicial de um tema que já fora analisado inclusive em seu mérito. É o caso da coisa julgada *secundum eventum litis e secundum eventum probationis*, que serão estudadas mais adiante.

Nas ações individuais, ao contrário do que veremos ao analisarmos o processo coletivo, a existência da coisa julgada em decisões definitivas mostra-se imune à interferência dos fatores supracitados, permanecendo incólume independentemente do interesse a ser tutelado, desconsiderando também elementos como o resultado da lide ou a escassez de elementos probatórios angariados durante a instrução do processo.

Vale aqui transcrever excerto de artigo sobre o tema escrito por Freddie Didier Júnior, que de forma providencial acentua:

A regra comum se extrai das duas regras-mãe de nosso sistema: os artigos 468 e 472 do Código de Processo Civil Brasileiro. Nenhum senão, nenhuma ressalva foi feita pelo legislador bra-

sileiro, que considera o seguinte: vencido o procedimento em contraditório, necessariamente se terá ensejado ao magistrado a possibilidade de um exame completo da causa, permitindo, assim, que sobre o seu pronunciamento de mérito incidam as qualidades da autoridade e da imutabilidade. Sentença fundada em falta de prova faz, também, coisa julgada, pois, por este sistema, sendo a prova do fato constitutivo ônus do autor, 'actore non probante, réus absolvitur'. (DIDIER JÚNIOR, 2002, p. 6).

Assim, a coisa julgada nas ações individuais recebe a denominação de *pro et contra*, ou seja, seus atributos atingem a decisão sendo ela favorável (procedente) ou não (improcedente) aos anseios do autor, tornando-se irrelevante o tipo de interesse protegido, ou a instrução do processo.

3. Breve conceito de ações e direitos coletivos *lato sensu*

Pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, observa-se que, para a proteção jurisdicional dos direitos coletivos, são admissíveis todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado. Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. Com efeito, cabe ação de conhecimento, como todos os tipos de provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental), ação de execução em todas as suas espécies, ação cautelar e respectivas medidas pertinentes. (ALMEIDA, 2003, p. 578).

Ao contrário das ações individuais, nas quais, em regra, o indivíduo vai a juízo em nome próprio defender seus interesses particulares, prevalecendo assim a chamada legitimidade ordinária, nas ações coletivas, tutelam-se na verdade os nominados direitos ou interesses coletivos ou transindividuais, isto é, que transcendem ao indivíduo particularmente considerado, abrangendo toda uma gama de interessados, tutelados coletivamente por um ente munido de legitimidade extraordinária². Como exemplo podemos citar o Ministério

² Embora se tenha ciência sobre as divergências doutrinárias existentes acerca da espécie

Público, que, neste caso em específico, por ser um substituto processual, não litiga em nome próprio, mas sim, na defesa de uma multiplicidade de lesados.

Verifica-se, por tais diretrizes que no plano do legislador, o bem jurídico perceptível de tais características, acaba resultando ser outro bem jurídico, diferente de cada um dos bens jurídicos individuais, ainda que estes ‘componham’ o bem coletivo, mas em cuja composição inserem-se componentes valorativos, que são elementos inexistentes nos bens individuais. Pode ser apontado, em consequência, como a principal implicação no plano normativo, o sentido ‘de ordem pública e de interesse social’ (art. 1º) que se empresta ao interesse difuso e coletivo, inexistente em situações de interesse e direito individual. (ALVIM et al, 1995, p. 366).

Os interesses genuinamente transindividuais se dividem em difusos e coletivos *stricto sensu*, todavia, também serão aqui tratados os denominados individuais homogêneos, que, embora se limitem à esfera subjetiva do interessado, são equiparados àqueles por razões que serão oportunamente esposadas.

Tais direitos são identificados com base em três requisitos; são eles os sujeitos que os titularizam, o tipo de vínculo que une esses titulares, o que, aliás, motiva sua defesa conjunta, e, por fim, a divisibilidade ou não do interesse objeto da tutela legal.

Os interesses difusos, nos moldes do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Diploma Consumerista, são aqueles indivisíveis de titulares indeterminados, ligados uns aos outros por uma circunstância de fato.

Melhor elucidando, imaginemos uma publicidade claramente ofensiva veiculada em *outdoor* presente em uma movimentada rua de uma grande cidade. Certamente, um incontável número de pessoas teve acesso a seu conteúdo, vindo a sentirem-se ultrajadas pelo cartaz. To-

de legitimidade presente nas ações coletivas, como é o caso da legitimação autônoma defendida por Nelson Nery e Kazuo Watanabe, tal discussão foge aos contornos traçados para o presente estudo, optando-se assim por fazer menção tão somente à posição escudada pela corrente dominante.

dos esses indivíduos encontram-se ligados por uma mesma situação fática, qual seja, foram expostos à referida propaganda. Todavia, o interesse tutelado via ação coletiva, qual seja, a moral pública lesionada, é indivisível, pois igual para todos, não se podendo mensurar a indignação de cada cidadão diante do reclame. Dessa forma, o reconhecimento do direito beneficiará a todos indistintamente, não podendo eventual condenação ser revertida a nenhum titular determinado, uma vez que se tutela a lesão em âmbito social.

Entretentes, sobredita assertiva não impede que um particular ajuíze ação individual visando provar uma lesão particularmente sofrida em razão do mesmo fato, conforme se demonstrará mais à frente.

A expressão “direitos coletivos” serve tanto para se denominarem os direitos transindividuais em geral, conforme explicado no parágrafo inaugural deste tópico, como também para designar alguns interesses mais restritos, pertencentes exclusivamente a um grupo, classe ou categoria de pessoas. Para tanto, utiliza-se a expressão “coletivos *lato sensu*”, ou simplesmente “coletivos”, quando nos referimos à acepção mais abrangente do termo, e “coletivos *stricto sensu*” quando estivermos tratando de seu viés mais específico, sendo, na verdade, aquele gênero do qual este é uma das espécies.

Passemos então ao estudo dos interesses coletivos em sentido estrito, cuja previsão legal extrai-se do art. 81, parágrafo único, II, do CDC. Estes se caracterizam por possuírem titulares determináveis, sendo eles, conforme mencionado, um grupo, classe ou categoria de pessoas, cujo vínculo decorre não de uma circunstância fática coincidente, mas sim de uma relação jurídica que os ligue, uns aos outros, ou estes com a parte contrária. Nessa modalidade de direito coletivo *lato sensu*, a exemplo dos difusos, o interesse tutelado se mostra indivisível, pois pertencente ao grupo como um todo, transcendendo ao indivíduo, sendo certo que eventual condenação beneficiará a todos indistintamente.

Recorrendo novamente aos exemplos, suponhamos um grupo de consórcio ao qual aderiu um determinado número de pessoas. Por óbvio os consorciados são ligados com a parte contrária e mesmo

entre si por uma relação jurídica base, qual seja, o contrato que os vincula ao grupo administrador e aos demais consorciados. Caso seja constatada em referido instrumento obrigacional a presença de uma cláusula abusiva, que coloque esse grupo de consumidores em exagerada desvantagem, pode um dos legitimados à propositura da ação coletiva ajuizá-la buscando a declaração de nulidade desta cláusula. Nota-se que houve uma tutela em âmbito coletivo e que a procedência da ação interposta resultará em um benefício para todos os consorciados, extirpando do contrato a cláusula danosa.

A exemplo dos direitos difusos, o consorciado que comprovar algum dano particularmente sofrido em razão da abusividade combatida poderá pleitear seu ressarcimento por meio de uma ação individual, obedidas algumas peculiaridades que serão posteriormente esclarecidas.

Por derradeiro, tratemos dos direitos individuais homogêneos. Conforme o art. 81, III, do CDC, individuais homogêneos são direitos divisíveis, de titulares determináveis, cujo elo entre si consubstancia-se na origem comum do prejuízo ou da lesão por eles suportados.

Importante para a compreensão da espécie de interesse em voga buscarmos inicialmente o significado de sua própria denominação. Nesse intuito, diz-se individual, pois o dano observado se limita à esfera pessoal do indivíduo, por óbvio, não há aqui a tutela de um interesse transcendente, pertencente a toda a coletividade, buscando-se sim, ao contrário, a reparação a um dano sofrido por indivíduos isoladamente considerados, mesmo que defendidos em conjunto. Justamente por isso, os direitos individuais homogêneos são divisíveis, pois pode se mensurar o dano e proporcionar a consequente reparação que cada interessado merece, ou seja, fraciona-se o prejuízo suportado por cada um dos lesados. Não se protege a sociedade ou um grupo, protegem-se pessoas.

Lado outro, a expressão “homogêneo” nos revela o elo existente entre todos os lesionados, que se encontra no fato ou ato gerador do dano suportado. Portanto a origem dos prejuízos sofridos é comum para todos, é homogênea, o que possibilita sua defesa em conjunto. Gize-se que origem comum não significa igualdade de prejuízos, e

sim do fato que os ocasionou, lembrando que o interesse é divisível, ou seja, cada titular sofreu um dano específico, que não será necessariamente igual ao de outro. Segue um exemplo.

Um mesmo fato, a princípio gerador de danos coletivos *lato sensu*, como uma publicidade enganosa ostensivamente veiculada, em que se oferece um produto de baixa qualidade como se fosse seu similar autêntico, a preços tentadores, pode também ocasionar danos individuais a consumidores específicos que, atraídos pelo reclame trapaceiro, foram ao estabelecimento e adquiriram os produtos propagandeados. Ora, torna-se simples vislumbrar as características do direito estudado no exemplo trazido. Veja.

A priori, são facilmente determináveis os indivíduos lesionados, ou seja, aquelas pessoas que adquiriram o produto em questão. Na sequência, também se mostram divisíveis os interesses contrariados, pois cada consumidor terá que comprovar seu dano em específico, que pode ou não diferir dos demais. Assim, um consumidor que adquiriu dezenas de exemplares do produto, supõe-se, tem um prejuízo mais acentuado que outro comprador de uma única peça. Encerrando o raciocínio, o elo que une os interessados, isto é, a origem comum dos danos experimentados, é o fato de terem sido todos submetidos ao mesmo engodo publicitário.

Insta ressaltarmos que os interesses individuais homogêneos não são, tecnicamente falando, transindividuais, todavia foram a estes equiparados pelo legislador, por algumas razões que passamos a expor.

A proteção coletiva conferida ao interesse em estudo tem como pressuposto a sua homogeneidade, ou seja, o fato de tais interesses possuírem uma origem comum, o que possibilita sua defesa em conjunto, já que os argumentos lançados em defesa de um servem a todos. Dito isto, os principais motivos para aludida equiparação possuem caráter eminentemente processual, sendo um consequência do outro. São eles: facilitar o acesso à jurisdição por parte dos lesados, evitando que cada qual tenha que propor sua ação individual; coibir a proliferação de várias demandas idênticas, em atenção aos hodiernamente indispensáveis princípios da celeridade e da

economia processual; acautelar a jurisdição contra a possibilidade de julgamentos conflitantes.

Por vezes, de um mesmo fato exsurge lesão às três espécies de interesses tutelados.

Imagine-se uma conceituada rede de ensino, que por problemas financeiros passe a utilizar-se de métodos acadêmicos e materiais didáticos totalmente ultrapassados, em nítido prejuízo à formação de seu corpo discente. Tal ato estaria claramente afetando os interesses coletivos em todas as suas variantes.

A lesão aos interesses difusos estaria configurada, entre outros motivos, pelo interesse social existente na boa formação estudantil de nossos jovens. Já o interesse coletivo *stricto sensu* mostrar-se-ia presente pela lesão ao grupo de pais e alunos considerados em conjunto, pelos prejuízos decorrentes da má qualidade de ensino e pela quebra da legítima expectativa de terem uma contraprestação à altura do prometido. Por fim, chega-se aos individuais homogêneos, pelos prejuízos financeiros que cada pai ou aluno terá para reparar a carência em sua formação, como custos de transferência para outras escolas, restituição de valores pagos, etc.

4. Coisa julgada em ações coletivas

De antemão, ratifica-se aqui lição outrora enunciada, donde se colhe que somente a denominada coisa julgada material interessa ao presente estudo, uma vez que apenas a esta se aplicam as variantes trazidas pelo art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, já que a dita coisa julgada formal em nada se distingue nas duas espécies de tutela.

Em que pese toda a celeuma existente acerca do tema da coisa julgada na tutela coletiva, nota-se que o fenômeno, em sua essência, em nada difere com relação a sua incidência nas ações comuns. Embora aparentemente contraditória, sobredita assertiva mostra-se compreensível na medida em que nos remetemos à essência do instituto, já devidamente explanada.

De fato, o conceito de coisa julgada, enquanto qualidade que torna imutável as declarações presentes no dispositivo da sentença, visando conferir estabilidade e segurança ao provimento jurisdicional do estado, permanece inalterado quando analisado à luz das demandas transindividuais. Entrementes, não obstante as similitudes ora apontadas, ao abordarmos alguns aspectos específicos, como os relativos aos limites e aos modos de produção da coisa julgada, emergem as principais diferenças entre ambas as feições do instituto.

Nessa trilha, a simples variação no leque de direitos transindividuais que se visa escudar implica alterações tanto na forma de produção da *res judicata* quanto nos limites subjetivos de sua abrangência. Em outras palavras, veremos que, conforme o interesse que se encontra sob a égide normativa, quais sejam, difusos, coletivos ou individuais homogêneos, diversas serão as formas de manifestação da coisa julgada quanto a esses dois requisitos, que são justamente o marco divisor na manifestação da imutabilidade entre ações individuais e coletivas.

4.1. Limites objetivos e subjetivos

No que concerne aos limites da coisa julgada, notam-se divergências apenas quanto aos contornos subjetivos desse parâmetro. Os limites objetivos da imutabilidade permanecem estabelecidos pela causa de pedir e pelo pedido da ação principal, que se vinculam ao dispositivo da decisão imunizada.

Já os limites subjetivos, como dito outrora, alternam-se no bailar dessa tríade de interesses abrigados pelo ordenamento, e, ao contrário das ações individuais, que em regra limitam-se às partes do processo (*inter partes*), aqueles extrapolam as margens subjetivas da própria relação processual.

Ora, o processo coletivo visa tutelar direitos ou interesses que suplantam a esfera meramente individual, como no caso dos difusos e coletivos, bem como aqueles que, embora se refiram a sujeitos individualizados, são, pelos motivos dantes mencionados, protegidos em conjunto. Tal constatação, invariavelmente, resulta na multiplicidade de sujeitos envolvidos no litígio, isto é, inúmeros são os

titulares desses direitos que foram lesados por dada conduta, sejam eles determinados ou não, servindo o processo coletivo como forma de socorrê-los conjuntamente, buscando uma reparação geral ou caso a caso.

Nessa esteira de argumentos, eventual sentença a ser prolatada nessa espécie de ação produzirá efeitos sobre todos aqueles que titularizam o direito judicialmente debatido, nos moldes preceituados pelo art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, por serem mais amplos os efeitos da sentença no processo coletivo, atingindo um maior número de pessoas, também o serão os limites subjetivos da coisa julgada que sobre eles recairá.

Novamente buscamos na doutrina do mestre Marinoni o arrimo necessário à plena compreensão das ideias esposadas.

Novamente, a mesma objeção pode ser oposta: não é, na verdade, a coisa julgada que se estende para além das partes do processo. Na verdade, é o efeito direto da sentença que opera em relação aos titulares do direito de maneira imutável, pela singela circunstância de que eles não detêm legitimidade ad causam para discuti-la. (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 747).

Compreendidas as modificações quanto aos limites subjetivos, passemos a perquirir o segundo aspecto destoante.

4.2. Modos de produção

Conforme explanado alhures, modos de produção, como se depreende da própria nomenclatura empregada, é o estudo dos requisitos necessários para que a coisa julgada se efetive e se produza. Vimos que nas ações individuais a imutabilidade da decisão definitiva ocorre independentemente de qualquer conjuntura, sendo ela *pro et contra*. Contudo, nas ações coletivas o tema se mostra mais complexo, envolvendo algumas nuances que merecem ser devidamente esmiuçadas.

De fato, nas demandas transindividuais, muitas das vezes estão em jogo interesses da mais alta relevância cuja tutela, não raro, envol-

ve toda a sociedade, tanto na esfera municipal quanto estadual e federal. Justamente por isso, dispensou o legislador um tratamento diferenciado à tutela de tais direitos e, visando resguardá-los ao máximo, em certos momentos deu preferência à efetividade em sua proteção, deixando em segundo plano a estabilidade proporcionada por uma possível imutabilidade conferida à decisão de mérito.

As demandas coletivas (versam sobre direitos coletivos *lato sensu*), de que são exemplos a ação popular e as que versam sobre direitos difusos, sempre envolvem altíssimo interesse público, com a disputa de, por vezes, vultosas quantias monetárias – já seria o bastante para ensejar uma busca mais sequiosa da verdade, esgotando-se todas as possibilidades probatórias. A par disso, a possibilidade de conluio entre autor (cidadão ou ente legitimado) e réu da demanda sempre existe, e a propositura intencional de uma ação mal formulada, com o objetivo de pô-la, mediante a rejeição o pedido, a salvo de futuros ataques, há de ser combatida. (DIDIER JÚNIOR, 2002, p. 10).

Nesse passo, dois são os fatores que têm o condão de influenciar na produção da coisa julgada nas ações coletivas; são eles o resultado da demanda e os motivos que levaram a tal desfecho.

Surgem então as denominadas coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*. Quanto à primeira, desnecessárias maiores elucubrações, visto que o próprio nome desvela sua essência, acenando que somente haverá imutabilidade da decisão caso o resultado desejado seja alcançado. Já a segunda modalidade, nas palavras de Fredie Didier, pode ser conceituada como aquela que condiciona a imutabilidade da decisão à “profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente dos autos (e permitida para o procedimento), efetivar”, ou, numa visão mais simples, e nem por isso incorreta, aquela que se baseia em uma completez instrutória.

A partir do acima exposto, poder-se-ia afirmar estarmos diante de uma espécie atípica de relativização da coisa julgada, ocorrida em razão da lei (*ope legis*). De fato, o próprio ordenamento traz deter-

minados casos em que eventual decisão, enquadrando-se nos requisitos pré-fixados, não se tornará imutável, havendo ou não análise do mérito. Não se trata de um enfraquecimento da autoridade inerente ao instituto, como ocorre nos casos de relativização já conhecidos, em que a coisa julgada, depois de verificada no caso concreto, é claramente desconsiderada. Nessa espécie de relativização, se é que podemos assim chamá-la, o que ocorre é uma diminuição das hipóteses legais tradicionalmente abarcadas pelo fenômeno, que passa a ter sua própria existência relativizada.

Pois bem, como visto, tanto os modos de produção da coisa julgada como seus limites subjetivos distinguem-se não só quando se afrontam ações individuais e coletivas, mas também nestas últimas, ao levarmos em conta as espécies de interesse mencionados no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que cada qual se manifesta, com relação aos requisitos mencionados, com suas peculiaridades. Exatamente por essa razão, estudaremos esses dois aspectos da coisa julgada perante esse plexo de direitos.

5. Análise do comportamento da coisa julgada em relação a cada um dos interesses tutelados pela ação coletiva

5.1. Interesse difuso

Recordando, o interesse ou direito difuso é o mais abrangente dos tutelados pelo processo coletivo, já que titularizado por pessoas indeterminadas ou indetermináveis, muitas vezes envolvendo toda a sociedade, como uma publicidade veiculada nacionalmente através dos meios de comunicação em massa, ou mesmo um dano ambiental de grandes proporções. Em virtude disso, os efeitos da sentença em ações que versam sobre esse tipo de direito e consequentemente a coisa julgada que sobre eles recai são também os mais completivos.

Nessa trilha, quanto aos limites subjetivos da coisa julgada analisada sob a ótica dos interesses difusos, dizemos que a sentença produz a chamada coisa julgada *erga omnes*, isto é, contra todos, muito além das partes do processo, pois é justamente este o alcance conferido aos efeitos da sentença que serão submetidos a sua autoridade.

Insta lembrarmos, conforme lição já proferida, que, nas ações transindividuais, não é sempre que a coisa julgada material irá recair sobre os efeitos da sentença. Estes serão sempre *erga omnes*, contudo, nem sempre mostrar-se-ão imunizados por aquela. Exatamente por isso, não se deve deixar de lado a análise do modo de produção da coisa julgada no interesse difuso. É o que segue.

A fim de cumprir tal missão, devemos, inicialmente, analisar o resultado da lide, ou seja, se esta foi julgada procedente ou improcedente. Caso se obtenha êxito no certame, a coisa julgada incidirá normalmente sobre os efeitos da sentença e, assim como eles, vinculará a todos. Entretanto, em não se logrando êxito na pretensão posta em juízo, a possível imutabilidade da sentença dependerá da análise de outro requisito, qual seja, se o deslinde indesejado se deu ou não por insuficiência de provas. Em caso negativo, a coisa julgada mostrar-se-á presente assim como no caso de procedência, ou seja, *erga omnes*. Todavia, se confirmada tal hipótese, simplesmente não haverá coisa julgada, podendo a ação coletiva ser reproposta por qualquer um dos legitimados, desde que se valha de novas provas.

Todo o exposto encontra-se em plena consonância com o estatuído no inciso I do art. 103 do CDC.

Embora pareça estarmos diante de uma coisa julgada *secundum eventum litis*, já que a procedência ou não da ação exerce influência sobre a imunização do *decisum* proferido, observa-se que o quesito “resultado da demanda” deve ser analisado em conjunto com outro fator, qual seja, a verificação do teor instrutório da lide. Nesse passo, a bem da verdade, constata-se que o fator “provas” é na realidade o determinante na verificação ou não da coisa julgada, pois, em havendo cognição plena ou exauriente, isto é, estribada em teor probatório suficiente, haverá imunização da sentença mesmo que a ação seja julgada improcedente, ou seja, independentemente do resultado observado.

Dito isto, consoante os ensinamentos de Fredie Didier Júnior, afirma-se, sem nenhum equívoco, que, desconsiderando-se os elementos probatórios, a coisa julgada nas ações que tutelam interesses di-

fusos é na verdade *pro et contra*, pois sua existência independe do tipo do desfecho dado ao processo, desde que analisado o mérito da questão. O mesmo não ocorre se o fator probatório for considerado, já que, sendo a lide julgada improcedente ante a insuficiência das provas a embasar a pretensão autoral, não há que se falar em imutabilidade desta decisão.

Assim, em que pese a influência do resultado da demanda para existência da coisa julgada, esta, nas ações que escudam direitos difusos é na verdade *secundum eventum probationis*, já que a prova é o fator determinante para que a decisão se torne indiscutível.

Adotou o legislador, nos dispositivos retromencionados, solução interessante: condicionou a formação da coisa julgada ao esgotamento das instâncias probatórias: a coisa julgada somente surge, a favor ou contra, se houver suficiência de prova. Nas demandas transindividuais (em que se inclui a ação popular), é correto afirmar, portanto, que pode haver sentença de improcedência de cognição não exauriente, ou melhor, sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, assim, a sentença de improcedência de cognição exauriente e a sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem *secundum eventum probationis*. (DIER JÚNIOR, 2002, p. 11).

Finda esta análise e dando continuidade à nossa digressão, passemos agora ao exame do comportamento da coisa julgada vista sob o prisma dos interesses coletivos *stricto sensu*.

5.2. Interesse coletivo *stricto sensu*

O interesse coletivo *stricto sensu* envolve dimensões inferiores às observadas no difuso, já que titularizado por indivíduos determinados ou ao menos determináveis, ou ainda, como diz a lei, por um grupo, classe ou categoria de pessoas. São exemplos comuns de titulares desses direitos os alunos de uma instituição de ensino, clientes de uma operadora de telefonia, membros de um grupo de consórcio

e assim por diante. Justamente por isso, os efeitos da sentença em um processo judicial que visa tutelar tais direitos restringem-se às partes envolvidas na relação jurídica base, o mesmo ocorrendo com a coisa julgada que recai sobre esses efeitos, que recebe a denominação de *ultra partes*. Essa expressão significa que os limites subjetivos da imutabilidade vão além das partes litigantes, que no caso seriam tanto o órgão legitimado para propor a ação quanto o responsável por causar o dano, sem, contudo, abarcar toda a sociedade, ou seja, restringe-se a grupo, classe ou categoria de lesados.

Já quanto ao modo de produção da coisa julgada, remetemos o leitor à análise feita quando do estudo dos interesses difusos, pois ambas se mostram idênticas, devendo-se ter apenas a cautela de substituir a expressão *erga omnes* por *ultra partes*, em razão da distinção entre os limites subjetivos de ambas.

Arruda Alvim elucidá:

Apesar dos princípios serem os mesmos, todavia, este inciso II difere do I, no sentido de que, no inciso II, diz-se que a eficácia é *ultra partes*, transcendendo à parte atuante (que pode ser qualquer um dos legitimados do art. 82), e alcançando o grupo, a classe ou categoria – todos e cada um dos membros enquanto tais, mas não toda a coletividade, como se dá na coisa julgada ‘*erga omnes*’, por serem mais restritas as entidades referidas no art. 81, parágrafo único, inciso II. Diz-se, então que a coisa julgada se limitará ao grupo, à categoria ou à classe. Para que isto seja adequadamente compreendido, há que se aceitar, de um lado, que podem ser autores os legitimados do art. 82; de outro, que a eficácia do decidido alcança o grupo, classe ou categoria e seus membros nessa qualidade; e, ainda por fim, que a esse grupo, classe ou categoria se restringe. (ALVIM et al, 1995, p. 465).

Tal remissão é feita inclusive na legislação aplicável; basta ver o art. 103 do CDC, quando afirma em seu inciso II que, em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu*, a sentença proferida nas ações coletivas fará coisa julgada *ultra partes*, “nos termos do inciso anterior”, referindo-se ao dispositivo que trata da coisa julgada no interesse difuso.

5.3. Interesse individual homogêneo

Encerrando essa análise pormenorizada, temos os interesses individuais homogêneos. Estes, embora se refiram a pessoas individualmente consideradas, portanto determinadas ou determináveis, fazem coisa julgada *erga omnes*, com vistas a beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Por certo tal assertiva não se mostra contraditória, pois o sentido do termo “contra todos” expresso no inciso III do artigo pertinente revela que qualquer sujeito eventualmente prejudicado em seu âmbito individual pela conduta contestada por meio da ação coletiva será beneficiado pelos efeitos da sentença.

Desta forma, os limites subjetivos da coisa julgada são alargados a fim de que a proteção conferida aos atingidos pela conduta lesiva sirva a multiplicidade de indivíduos que possam provar a ocorrência de um dano em sua esfera pessoal, decorrente de ato ou fato combatido, sem a necessidade de ingressar com uma demanda própria. Observe-se que, mesmo produzindo efeitos *erga omnes*, não são todos os membros da sociedade que titularizam esse direito, mas tão somente aqueles efetivamente atingidos em sua individualidade pelo ato ou pelo fato combatido.

Mas é na análise dos modos de produção da coisa julgada que os direitos individuais homogêneos revelam sua particularidade. Somente nas ações que tutelam essa espécie de interesse é que efetivamente verificamos, na correta acepção da palavra, a existência da chamada coisa julgada *secundum eventum litis*. Conforme se dessume do dispositivo legal em apreço, somente ocorrerá a coisa julgada *erga omnes* se o pedido for julgado procedente. A decisão que rejeita o pedido do autor, julgando-o improcedente, jamais produzirá coisa julgada *erga omnes*, independentemente de ter havido ou não uma satisfatória instrução do processo. Portanto, é o resultado da demanda que determina o alcance da imunização conferida pelo trânsito em julgado.

Tal fato mostra-se bastante compreensível. Lembre-se que aqui não se está a tutelar, como nos exemplos anteriores, direitos transindividuais; ao contrário, nessa espécie de litígio, estão em jogo interesses particulares, claramente mensuráveis para cada um de seus

titulares. Logo não seria justo que uma ação coletiva, proposta por um substituto processual, que nem sequer necessita da autorização de todos os lesados para tanto, viesse a causar prejuízos à esfera patrimonial e pessoal de alguém, tolhendo-lhe a possibilidade de recorrer pessoalmente ao estado-juiz buscando ele mesmo provar os danos sofridos, conquistando, por consequência, a reparação que entende devida.

Todavia, a decisão de improcedência não se mostra livre da autoridade do trânsito em julgado. A sentença que renega a pretensão do autor produz coisa julgada *inter partes*, atingindo tanto os entes legitimados, que não mais poderão pleitear esta proteção em juízo, quanto os titulares dos direitos pretensamente lesados que vierem a se habilitar na ação em comento, uma vez que estes, ao ingressarem no processo, participarão efetivamente da lide, podendo inclusive auxiliar a instrução do processo, exercendo o seu contraditório.

Frise-se, os direitos individuais homogêneos são os únicos que mesclam modo de produção com limites subjetivos da coisa julgada. Afinal, ao contrário do que possa parecer, a existência do trânsito em julgado não depende do resultado da lide, ou seja, tal fenômeno se verificará independente do desfecho da ação. O que realmente ocorre, ante a variação no deslinde observado, é a alternância na extensão subjetiva do instituto, podendo este ser *erga omnes* em caso de procedência e *inter partes* quando a pretensão for improcedente.

6. Reflexos da ação coletiva na tutela dos interesses individuais decorrentes de um mesmo fato

Ao fim, cientes de que os efeitos da sentença e sua consequente imutabilidade muitas vezes extrapolam a seara do interesse social, antes de concluirmos nosso estudo, mostra-se indispensável uma rápida análise dos reflexos da coisa julgada em decisão proferida na tutela coletiva, em face dos interesses individuais.

6.1. Ação coletiva julgada improcedente

Conforme dito outrora, o julgamento das ações coletivas, quando improcedentes, em regra, não atinge os interesses individuais de-

correntes do mesmo fato lesivo, ou seja, em que pese a frustração do anseio no âmbito social, pode o particular perfeitamente propor sua ação individual, servindo-se do judiciário na busca por seus direitos, sem nenhuma influência processual advinda da ação anterior. Afinal, nessa hipótese, não pode o indivíduo sofrer prejuízos em sua esfera pessoal decorrentes do resultado da tutela transindividual. Tais ensinamentos são facilmente extraídos dos parágrafos 1º e 2º do art. 103 do CDC:

De outra parte, há de se ter absolutamente presente, no que diz respeito ao consumidor e os que a ele sejam equiparados, a regra cardeal de que as ações coletivas beneficiam, mas nunca prejudicam. É que as ações coletivas, tais como reguladas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em hipótese alguma, definem negativamente a respeito do que esteja na esfera jurídica individual dos consumidores (não se obsta o agir individual), tendo, vítimas ou sucessores, estejam estes na categoria que estiverem (art. 81, parágrafo único, inciso I/II c/c art. 103, §§ 1º e 2º). Em realidade, o sistema do Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabeleceu um meio de proteção a mais e não um sistema substitutivo do processo comum. (ALVIM et al, 1995, p. 355).

Peguemos como exemplo os interesses difusos e coletivos. Sabemos que uma ação julgada improcedente sem que o motivo seja ausência de provas pode gerar, respectivamente, coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*, atingindo tanto os entes legitimados quanto os titulares do direito lesado, que podem ser a sociedade ou um grupo, classe ou categoria de pessoas, a depender do interesse guarnecido. Dito isto, nenhum desses pode rediscutir as determinações contidas no dispositivo da decisão. Todavia, é óbvio que sobredito *decisum* se refere a tutela coletiva, socialmente considerada, não abordando eventuais danos individualmente sofridos por uma pessoa em particular e, portanto, não tendo o condão de inibir sua iniciativa de recorrer, em nome próprio, ao estado juiz.

Vamos a um rápido exemplo:

Uma empresa é demandada via Ação Civil Pública proposta por algum de seus legitimados, que busca sua condenação por danos mo-

rais coletivos além da reparação dos prejuízos causados ao meio ambiente em razão de sua atividade poluidora. Sendo a ação coletiva julgada improcedente, independentemente do motivo avocado, pode um particular que tenha sofrido um dano individualizado em razão dessa atividade, por exemplo, um pecuarista que tenha perdido algumas de suas reses que vieram a ingerir água contaminada pelos dejetos da empresa, propor nova ação, desta vez buscando a tutela de seu interesse privado; assim pode ser novamente discutida toda a matéria de mérito, mesmo que na ação coletiva tenha-se provado que a contaminação das águas não se deu por ação da empresa, uma vez que os efeitos da coisa julgada nestas ações não atingem os interesses particulares.

Todavia, com relação aos interesses individuais homogêneos, nota-se uma sutil distinção. Como se observa do § 3º do art. 103, a sucumbência na ação coletiva que tutela essa espécie de direito atingirá aqueles particulares que tenham efetivamente ingressado no processo, tornando-se assim litisconsortes do ente legitimado, não podendo estes, após o deslinde da questão, pleitear em ação própria o ressarcimento pelos danos sofridos, já que são partes no processo, suportando diretamente a sucumbência verificada.

Confrontando-se o parágrafo primeiro com o parágrafo segundo, ambos deste art. 103, verifica-se que nas hipóteses dos incisos I e II, não se verifica um litígio em que o próprio interessado tivesse comparecido ao processo. Já no caso do parágrafo segundo, do art. 103 (correspondente ao inciso III, do parágrafo único do art. 81 c/c os arts. 91 a 100), é possível que o próprio interessado, em face do disposto no art. 94, haja comparecido ao processo da ação coletiva. Se isto tiver acontecido, ainda que a coisa julgada da ação coletiva seja disciplinada pelo art. 103, inciso III, no que diz respeito aos consumidores (vítimas ou sucessores) que hajam ‘pessoalmente’ litigado, o efeito da improcedência da ação coletiva, os atinge mais profundamente. É por isto que, justamente os que já litigaram pessoalmente, não poderão voltar a fazê-lo. E isto assim se passa porque resultam bloqueados por causa da coisa julgada ‘inter partes’, dado que litigaram diretamente com o fornecedor, ainda que no bojo de ação coletiva. (ALVIM et al, 1995, p. 483).

6.2. Ação coletiva julgada procedente

Já em caso de êxito no pleito coletivo, a decisão proferida, por ser benéfica, não será mais passível de discussão nem sequer na seara individual, ou seja, o trânsito em julgado irá transpor a esfera coletiva, vindo a incidir sobre interesses particulares do indivíduo, que, ao propor sua ação, terá os fatos decididos como pressuposto incontroverso, ou, conforme a melhor técnica processual, não necessitará propor ação autônoma; poderá, ao invés, habilitar-se na ação coletiva, bastando para tanto que comprove sua condição de lesado, visto que a ocorrência do dano já se encontra pacificada.

Voltando ao exemplo do pecuarista, bastaria a ele, ao ingressar na ação coletiva, comprovar o liame causal entre a morte de seu rebanho e a água poluída, uma vez que esse último fato (contaminação) já transitou em julgado.

Não é outra a dicção do § 3º do art. 103 da Lei nº 8.078/90, que traz em seu conteúdo a afirmação de que os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas:

[...] não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99. (BRASIL, 1990).

Todavia, caso o indivíduo já tenha ajuizado uma ação individual, com base nos mesmos fatos discutidos na ação coletiva, alguns meandros devem ser observados. Em tais casos deve o interessado socorrer-se do artigo 104 desta mesma lei, que, interpretado em concomitância com o § 3º do artigo anterior, impõe a necessidade de suspensão da demanda individual para que o titular do direito específico possa beneficiar-se dos resultados da ação coletiva.

Caso isso ocorra, a procedência da tutela coletiva atingirá também a ação individual, ocorrendo o que a doutrina convencionou chamar de transporte *in utilibus* da coisa julgada, isto é, haverá uma amplia-

ção, *ope legis*, do objeto do processo na demanda transindividual, que então passará a abarcar todos aqueles interesses particulares até então vindicados via ação comum. Em não se verificando a suspensão, a lide individual correrá em paralelo, não sofrendo interferências da tutela coletiva.

É o que diz a melhor doutrina:

Se não houver, todavia, diante da pendência da ação coletiva, suspensão da ação individual, nos termos deste artigo 104, os efeitos eventualmente benéficos daquela não aproveitarão ao autor ou autores de ações individuais. Mas, se suspensa a ação individual, para o fim de ocorrer o possível benefício dos efeitos da ação coletiva, subsiste a litispendência da ação individual, enquanto suspensa, sem interferência da litispendência a ação coletiva, solução que seria inviável pelo sistema do Código de Processo Civil. Se a lei se utiliza da expressão 'suspensão', se julgada improcedente a ação coletiva e, pois, desse julgamento não resultando benefício, a ação individual pode prosseguir, desejando-o o seu autor. (ALVIM et al, 1995, p. 488).

Não obstante a divergência doutrinária a respeito da adequada exegese do art. 104 do CDC, parece-nos claro que uma interpretação literal do dispositivo em tela contradiz a *mens legis* que balizou o legislador durante todo o tratamento conferido à matéria. Assim, estribado no posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, tem-se que as disposições trazidas no artigo mencionado aplicam-se a toda plêiade de interesses transindividuais.

Sobredito processualista, ao interpretar o art. 104, declara:

Há, evidentemente, na redação do dispositivo, nítido equívoco nas remissões feitas aos incisos do parágrafo único do art. 81 e aos incisos do art. 103. Não obstante grande parcela da doutrina entenda que a remissão correta estaria contemplando apenas os incisos II e III do parágrafo único do art. 81 (e, por consequência, os incisos II e III do art. 103), parece ser mais adequado compreender que a remissão abrange os três incisos do art. 103, valendo, portanto, os efeitos ali descritos, para todas as espécies de ações coletivas. (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 749).

Nesse diapasão, quanto à primeira parte do dispositivo, esta apenas complementa o que já fora tratado no § 3º do artigo anterior, dizendo que não haverá litispendência entre ações individuais e coletivas que tratam do mesmo fato. Nesse rastro, em sua parte final, aludido verbete pontifica, como já acentuado, a necessidade de suspensão da ação individual no prazo de 30 dias, a contar da ciência nos autos da ação individual do ajuizamento da demanda coletiva, para que possa haver a transposição dos efeitos da ação coletiva para a ação individual, que conseqüentemente se tornaram imutáveis também nesse processo.

Em derradeiro, salienta-se apenas que, no caso de ser a demanda coletiva julgada improcedente, a ação individual dantes suspensa retornará ao seu curso normal, não sendo prejudicada pelo fracasso da pretensão na esfera transindividual.

7. Conclusão

Ao término do estudo, brotam algumas conclusões.

Após considerações da coisa julgada em suas acepções individuais e coletivas, nota-se, a princípio e em contradição com a ideia inicialmente carregada, que na verdade as semelhanças superam as diferenças. Como já acentuado, em sua essência, o instituto mostra-se idêntico em ambos os tipos de processo, sendo certo que os conceitos e finalidades atribuídas ao fenômeno em seu viés individual aplicam-se perfeitamente à sua faceta coletiva.

Já no que diz respeito às distinções, estas operam-se, sobretudo, em dois aspectos.

Inicialmente nota-se uma nítida diferença na amplitude do instituto, que tem alargados seus limites subjetivos, acompanhando a maior abrangência inerente aos efeitos da sentença no processo coletivo. Por óbvio, tal fato mostra-se plenamente compreensível, na medida em que se tem em mente que a tutela coletiva pressupõe a defesa de um número significativamente maior de interessados.

Também não se pode olvidar dos diferentes modos de produção da coisa julgada, que, conquanto nas ações individuais mostre-se imune à influência de fatores externos, nas lides coletivas é influenciada, a depender do interesse tutelado, tanto pelo resultado auferido na sentença quanto pela percepção de que eventual insucesso se deu ou não por falta de prova. Tais aspectos refletem o receio do legislador ao regulamentar a matéria, pois, via de regra, ações coletivas envolvem interesses de suma relevância, sem mencionar o caráter altamente didático de seus temas, que por vezes ecoam nacionalmente.

Apesar de árdua, a tarefa de desvendar os mistérios inerentes ao estudo comparativo da coisa julgada nas diferentes espécies de tutela mostrou-se intensamente prazerosa. Embora sejam poucos os doutrinadores que tratem do tema de forma abrangente, conforme se constata na parca referência bibliográfica juntada ao trabalho, aqueles que se habilitam o fazem com peculiar maestria.

Por derradeiro, este autor espera proporcionar aos que porventura venham a ter contato com o texto uma visão um pouco mais didática da matéria, sem, contudo, subestimar as intrincadas trilhas a serem percorridas na busca de uma compreensão satisfatória de um tema tão complexo.

Para tanto, buscou-se, na confecção do trabalho, a utilização de uma abordagem muitas vezes contida, focando-se apenas nos aspectos mais pertinentes ao tema da coisa julgada; não foram analisados assuntos e polêmicas de menor relevância ao propósito inicialmente delineado.

8. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do direito processual coletivo brasileiro. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1956, 8 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11951>>. Acesso em: 2 ago. 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2003.

ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1995.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda et al. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 1 out. 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 23 dez. 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo, jan. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

Artigo recebido em: 16/08/2011.

Artigo aprovado em: 27/04/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130021

**O SISTEMA MUNICIPAL DE DEFESA DO
CONSUMIDOR EM PARANAÍBA (MS):
PODER DE POLÍCIA E TUTELA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR**

CARLOS AUGUSTO DE OLIVEIRA DINIZ

Professor
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Brasil
carlosaugustodiniz@hotmail.com

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO

Professora
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Brasil
estefanialino@msn.com

1. Introdução

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a função social do poder de polícia e a importância de tutelar os direitos fundamentais do consumidor. O método utilizado foi o dedutivo.

O consumidor merece destaque na estrutura do capitalismo. É a figura principal desse sistema de produção, com papel mais relevante que o do próprio investidor. Este último, porém, não concorda com tal fato, ou pelo menos não o manifesta, pois, se o consumidor se der conta de sua importância, terá evidentemente um maior poder de exigir, o qual lhe é negado.

Poder negado, em primeiro lugar, porque o sistema capitalista não dá liberdade ao consumidor. Ao contrário, o consumidor está preso a uma estrutura que consiste, não em escolher se ele quer consumir, mas em qual produto comprar.

Neste sentido, quando o consumidor perceber tal situação e tomar consciência de que é o mercado que precisa dele, terá início o enfraquecimento do capitalismo, o qual, em vez de ditar as regras, cumprirá as ordens emanadas daqueles que querem consumir.

Interessante é que às vezes a sociedade se põe numa condição de impotência para resistir à força do capitalismo, sem se dar conta de que a estrutura em que ele está fundado é tão frágil quanto “as pétalas de uma orquídea”. Para comprová-lo, basta conhecer quais são as características do capitalismo.

2. Consumidor: “A menina dos olhos” do capitalista

Uma das características consiste em que a produção é destinada ao mercado (ARRUDA; PILETTI, 1996). Sem consumo não há lucro – a relação é simples e de fácil compreensão. Daí a necessidade de ser conhecido e conquistado o consumidor, figura fundamental para a produção ou para a prestação de serviço. Não adianta oferta se não há consumo, nem aumento de produção se não há demanda.

Ora, o capitalista sabe da importância do consumidor para a vitalidade do sistema. Quem não conhece seu papel fundamental é o próprio consumidor. De fato, todo ser humano assume a condição de consumidor em algum momento da vida (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2008).

Além disso, o texto constitucional é um exemplo concreto da importância do papel do consumidor. Segundo o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

O tema volta a ser tratado na Constituição no capítulo dedicado à ordem econômica e financeira, onde se expressa no artigo 170, inciso V, que um dos princípios norteadores da atividade econômica é a defesa do consumidor. Logo, não há como separar a ordem econômica constitucional da defesa do consumidor: esta é parte indispensável daquela.

Os próprios operadores do direito que têm refletido sobre o tema chegam a essa mesma conclusão quanto ao poder do consumidor (GRINOVER et al, 2007, p. 68).

Conforme afirma Adam Smith, em seu trabalho que estabeleceu os princípios da economia de mercado competitivo:

O consumo é o único fim e propósito de toda a produção; e o interesse do produtor deve ser atendido até o ponto, apenas, em que seja necessário para promover o do consumidor. A máxima é tão perfeitamente evidente por si mesma, que seria absurdo tentar prová-la [...]. No sistema mercantilista, o interesse do consumidor é quase que constantemente sacrificado pelo do produtor; e ele parece considerar a produção, e não o consumo, como o fim último e objeto de toda indústria e comércio. (SMITH, 1983, p. 126).

O capitalista e o legislador brasileiro sabem da importância do consumidor para a saúde do sistema. É preciso, pois, organizar e difundir tal entendimento para que o consumidor tenha essa concepção e, conseqüentemente, passe a ditar ordens em lugar de recebê-las do sistema capitalista.

3. O Sistema Municipal de Defesa do Consumidor de Paranaíba (MS)

O município de Paranaíba está situado na região nordeste do estado de Mato Grosso do Sul e possui uma população de 40.192 habitantes (BRASIL, 2013a).

Nos primórdios do século XVIII, a região onde se localiza o município de Paranaíba era habitada pelos índios caiapós e passou a ser devassada pelos bandeirantes paulistas. Entre 1739 e 1755, permaneceu sob a liderança de Antônio Pires de Campos, o célebre 'Pai Pira' como era conhecido pelos gentios, e somente a partir de 1830, começou a ser povoada por várias famílias oriundas de Minas Gerais, lideradas por José Garcia Leal, que estabelecidas a três léguas da cidade de Paranaíba, entregaram-se a culturas de subsistência. A abertura da estrada pioneira do Piquiri, partindo de Cuiabá se bifurcava, na região, em direção a Uberaba, MG

e Araraquara, SP, e o devassamento de grande parte do sertão sulino, contaram com a participação dos Irmãos Garcia. Razão pela qual deu-se a localidade o nome de 'Sertão dos Garcia', logo desenvolvida em virtude de constituir passagem obrigatória de rebanho de bovinos. Em 1836, conjugando os esforços dos Garcias e do Padre Francisco Sales de Souza Fleury, pároco da Freguesia, erigiu-se no povoado, a primeira igreja em louvor a Nossa Senhora de Sant' Ana, padroeira da Cidade. Os reflexos da fase cruenta porque passou o município de Paranaíba de 1900 a 1923 diluíram-se com o decorrer do tempo, permitindo que o mesmo se apresente, hoje, como um dos mais favoráveis ao processo do Estado. O topônimo do município originou-se do rio Paranaíba, que banha grande extensão de seu território. [...] Em divisão territorial datada de 1995, o município aparece constituído de 7 distritos: Paranaíba, Árvore Grande, Cachoeira, Nova Jales, São João do Aporé, Tamandaré e Velhacaria. Não figurando o distrito de Indaiá Grande. (BRASIL, 2013b).

São mais de 153 anos de emancipação política, a contar do dia 4 de julho de 1857. No entanto, seu desenvolvimento humano e estrutural não foi significativo. Apenas em 2009 foi aprovada a Lei nº 1.544, de 16 de setembro de 2009, que traçou os parâmetros de funcionamento do então criado Sistema Municipal de Defesa do Consumidor – SIMCON. Esta lei foi o início de uma sistematização que garantiu força à defesa do consumidor paranaibense.

O referido diploma legal foi criado com respaldo na Constituição Federal, mais especificamente no art. 5º, XXXII, e no art. 170, V. O SIMCON é formado por três órgãos: a Coordenadoria para Orientação e Defesa do Consumidor – PROCON; o Conselho Municipal de Defesa do Consumidor – CONDECON; e o Fundo Municipal de Direitos Difusos – FMDD.

Portanto, o sucesso da atuação do SIMCON depende de um funcionamento harmônico, coordenado, desses três órgãos. De acordo com o artigo 4º da mencionada lei:

São funções do PROCON:

I – educação para o consumo;

- II – recebimento e processamento de reclamações administrativas, individuais e coletivas, contra fornecedores de bens ou serviços;
- III – orientação aos consumidores e fornecedores acerca de seus direitos e obrigações nas relações de consumo;
- IV – fiscalização do mercado consumidor para fazer cumprir as determinações da legislação de defesa do consumidor;
- V - acompanhamento e propositura de ações judiciais coletivas; bem como a propositura de ações de execução das multas que aplicar;
- VI – estudos e acompanhamento de legislação nacional e internacional, bem como de decisões judiciais referentes aos direitos do consumidor;
- VII – pesquisas qualitativas e quantitativas na área de defesa do consumidor;
- VIII – intercâmbio técnico com entidades oficiais, organizações privadas, e outros órgãos envolvidos com a defesa do consumidor, inclusive internacionais;
- IX – disponibilização de uma ouvidoria para o recebimento, encaminhamento de críticas, sugestões ou elogios feitos pelo cidadão quanto aos serviços prestados pelo Procon, com o objetivo de melhoria contínua desses serviços;
- X – atendimento a consumidores de outras localidades onde não exista PROCON instituído;
- XI – encaminhar a Justiça Comum da Comarca de Paranaíba-MS as reclamações que não forem resolvidas administrativamente, podendo inclusive reduzir a termo a inicial, mediante pedido expresso do consumidor, e enviar ao Juizado Especial;
- XII – emissão de certidão Negativa Municipal de Violação aos Direitos do Consumidor (CNVDC);
- XIII – a apuração da infração e a aplicação de multa ao fornecedor que descumprir as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor;
- XIV – oferecer estágio aos estudantes universitários que tiverem interesse. (PARANAÍBA, 2009).

Como se pode perceber, essa gama de funções do PROCON lhe possibilita uma atuação eficaz e constante em diversos assuntos re-

ferentes às relações de consumo. No entanto, nem sempre as condições estruturais e administrativas permitem que a atuação de tão importante órgão seja adequada.

De fato, são poucos os gestores públicos que têm dado atenção à defesa do consumidor. A título de ilustração, veja-se o exemplo de Mato Grosso do Sul, que possui 78 municípios (BRASIL, 2013a), dos quais apenas 23% (BRASIL, 2010) contam com PROCON, ficando parcialmente prejudicada a defesa do consumidor nos outros municípios.

É importante citar os dezoito municípios que possuem PROCON em Mato Grosso do Sul (BRASIL, 2010): Anastácio, Aquidauna, Bela Vista, Campo Grande, Cassilândia, Chapadão do Sul, Corumbá, Costa Rica, Coxim, Dourados, Maracajú, Naviraí, Nova Andradina, Paranaíba, Ponta Porã, Santa Rita do Pardo, São Gabriel do Oeste e Três Lagoas.

Quanto à afirmação de que nos municípios onde não há PROCON a defesa do consumidor fica parcialmente prejudicada, e não totalmente, justifica-se pelo fato de que, em tais lugares, a reconhecida atuação do Ministério Público na defesa do consumidor não permite que ele fique totalmente desamparado.

Com relação ao Conselho Municipal de Defesa do Consumidor – CONDECON, suas funções são as seguintes:

- I – editar resoluções normativas que digam respeito ao § 1º do artigo 55 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor);
- II – editar resoluções normativas que expressem o entendimento que será seguido pelo PROCON na resolução das demandas;
- III - editar resoluções normativas com a interpretação de legislação consumerista nacional ou internacional;
- IV – atuar na estratégia e no controle da política municipal de defesa do consumidor;
- V – estabelecer diretrizes a serem observadas na elaboração dos projetos e planos de defesa do consumidor;
- VI – Gerir o Fundo Municipal de Direitos Difusos – FMDD;

VII – prestar conta sobre a gestão dos recursos do FMDD a Contabilidade Geral do Município e a Câmara Municipal de Paranaíba-MS;

VIII – julgar em grau de recurso as decisões do PROCON.

O CONDECON é um conselho formado com vários seguimentos da sociedade, todos eles ligados ou interessados na defesa do consumidor de Paranaíba (MS). Sua composição é a seguinte: o Coordenador do PROCON; um professor do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso de Paranaíba; um professor do curso de Direito das Faculdades Integradas de Paranaíba; dois representantes da OAB de Paranaíba; um membro da Secretaria de Saúde de Paranaíba; um membro da diretoria da Associação Comercial de Paranaíba; um consumidor escolhido pela Câmara de Vereadores, e o Promotor de Justiça do Consumidor da Comarca.

O Fundo Municipal de Direitos Difusos – FMDD tem duas funções básicas:

Art. 21:

I – criar condições financeiras para que o Sistema Municipal de Defesa do Consumidor (SIMCON) desenvolva suas ações;

II – garantir o investimento de seus recursos excedentes, mediante repasse ao Poder Executivo Municipal, em saúde, educação, cultura e esporte no Município de Paranaíba-MS. (PARANAÍBA, 2009).

Percebe-se que, inicialmente, o SIMCON irá valer-se dos recursos do FMDD para efetivar uma “certa independência” financeira em relação ao executivo municipal. Esse dispositivo é fundamental em municípios como o de Paranaíba, que passa por dificuldades econômicas, assim como grande parte dos municípios do interior do Brasil.

Portanto, de certa forma, os recursos do FMDD constituem uma espécie de reserva, que, embora não evite totalmente a falta de recursos, ao menos a ameniza. E não resta dúvida de que muitas políticas de atuação na defesa do consumidor se tornam às vezes impraticáveis por conta dessa carência de recursos. Em última análise,

quem sofre é a população, já que em algum momento da vida todos somos consumidores (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2008).

Neste ponto, importa saber de onde advêm os recursos do FMDD. Mas antes seja dito que o FMDD é uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 10.956.925/0001-64, com conta corrente no Banco do Brasil (agência: 0484-7; conta corrente: 23.397-8). As receitas do FMDD estão arroladas assim:

Art. 23. Constituem receitas do FMDD:

- I – os valores auferidos com as multas que o PROCON aplicar;
- II – o produto de convênios firmados com órgãos e entidades de direito público;
- III – os repasses orçamentários provenientes de outras entidades públicas;
- IV – os rendimentos oriundos de aplicações financeiras que forem feitas;
- V – doações de pessoas físicas ou jurídicas;
- VI – 100% do valor arrecadado com a emissão de certidão Negativa Municipal de Violação aos Direitos do Consumidor (CNVDC);
- VII – os valores das inscrições de cursos e palestras que o PROCON ministrar;
- VIII – as destinações oriundas de condenações judiciais;
- IX – outras receitas que vierem a ser destinadas a este fundo. (PARANAÍBA, 2009).

Assim, é importante abordar dois aspectos do funcionamento do SIMCON. No ano de 2009 iniciou-se uma atuação mais enérgica do PROCON, resultando numa sensível melhoria da política de defesa do consumidor no município de Paranaíba. Dentre as ações empreendidas, destaca-se a aplicação de multa à empresa TIM, no valor de 75 mil reais, e ao Banco BMG, no valor de 30 mil reais (CHAVES, 2010); esta última até já foi depositada na conta do FMDD:

Após a constatação de um golpe em um idoso, o Procon (Coordenadoria para Orientação e Defesa do Consumidor) de Paranaíba

ba aplicou uma multa de R\$ 30 mil no banco BMG, que oferece crédito consignado para aposentados e pensionistas do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social). Essa quantia foi depositada pelo banco na conta do Fundo Municipal de Defesa dos Direitos Difusos de Paranaíba, no último dia 26. Conforme Carlos Augusto de Oliveira Diniz, coordenador do Procon em Paranaíba, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos foi criado durante a gestão atual. 'Para a gente é um sonho ver esse sistema ser criado na gestão do prefeito José Garcia de Freitas (Zé Braquiara), colocado em prática e estar funcionando. Dentro de 153 anos de Paranaíba é a primeira vez que temos um sistema de defesa do consumidor funcionando bem', destacou. (CHAVES, 2010).

Entretanto, a multa aplicada à empresa de telefonia TIM se encontra em demanda judicial, pois a empresa ingressou em juízo com uma ação anulatória (autos: 018.09.101667-0), a fim de invalidar o ato administrativo que culminou com sua aplicação. O processo já teve julgamento em 1º grau:

Autos 018.09.101667-0

Ação: Anulatória

Requerente: Tim Celular S/A

Requerido: Município de Paranaíba-MS

[...] Trata-se de ação anulatória de ato administrativo com pedido de tutela antecipada ajuizada pela TIM Celular S/A em face do Município de Paranaíba, onde a autora pugna pela anulação do devido ato, ressaltando que o valor da multa de R\$ 75.000,00 reais deve ser declarado nulo, em face da violação do contraditório e da desproporcionalidade de tal valor. [...] Gize-se que o art. 57, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor deixa claro que a pena de multa deverá se pautar à condição econômica do fornecedor. Neste sentido, ficou demonstrado no bojo destes autos que a empresa TIM Celular S/A detém uma situação financeira satisfatória a comportar o valor de multa incidido a ela. Não bastasse, registro que, de acordo com as informações disponíveis no site do Procon do Estado de São Paulo (http://www.procon.sp.gov.br/pdf/acs_release_ranking_e_graficos_cadastro_2009.pdf), a autora foi a quinta empresa com o maior

número de reclamações de consumidores pela má qualidade dos serviços prestados, de um universo de mais de duas mil empresas reclamadas, ostentando o total de 1.112 reclamações fundamentadas no ano. Neste diapasão, não é coerente a alegação de que houve uma violação ao princípio da proporcionalidade, mais especificadamente, da *proporcionalidade no sentido estrito*, que podem ser demonstradas mediante provas consubstanciadas nos autos (em fls. 167), onde o valor da multa de R\$ 75.000,00 reais corresponde apenas a 0,33% do lucro líquido da TIM celulares S/A no terceiro trimestre de 2008, sendo, portanto, irrisório o valor em face da sua possibilidade patrimonial. Mais ainda, sendo a empresa TIM Celular S/A uma multinacional, para quem as mais de mil reclamações junto ao Procon-SP no ano passado nenhuma influência exerceu para a melhoria dos serviços prestados, resta evidente que a imposição de multas de valores ínfimos não surtiria qualquer efeito sobre seus administradores. Diante desse fato, o valor da penalidade imposta à empresa TIM Celular S/A no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) não viola a razoabilidade, na medida em que o prejuízo sofrido por parte empresa não será por demais elevado, em nada ameaçando sua existência, tendo em vista a sua vultosa capacidade financeira, já comprovada nestes autos, levando em consideração a sua condição econômica. [...] Por todo o exposto, concluo que não houve qualquer ilegalidade no procedimento que culminou com a aplicação da multa administrativa questionada neste processo. Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, hei por bem JULGAR IMPROCEDENTE o pedido de declaração de nulidade de ato administrativo formulado pela autora, mantendo inalterada a decisão proferida nos Processos Administrativos n. 5070209/5160309/5160308. (MATO GROSSO DO SUL, 2010).

É importante dizer que o valor da referida multa se encontra depositado em juízo por causa do despacho proferido pelo magistrado. Agora se aguarda o trânsito em julgado para que o valor da multa seja destinado ao FMDD.

Cabe aqui destacar que não basta o SIMCON atuar e mover sua engrenagem, se seus atos não encontrarem ressonância fora da esfera administrativa. A decisão acima mencionada merece festejo porque nela se percebe que o Executivo Municipal e o Poder Judiciário, juntos, estão executando o comando constitucional.

4. Função social do poder de polícia do PROCON

Primeiramente, cumpre conceituar a expressão “poder de polícia”. Segundo Marçal Justen Filho (2006, p. 393), poder de polícia é a “competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”.

Continua o citado autor afirmando que a efetividade dos direitos fundamentais – na presente pesquisa, de terceira dimensão – depende da atitude da autonomia privada. Assim, o poder de polícia compreende não apenas a repressão às práticas lesivas, mas também as “imposições orientadas a promover ativamente condutas reputadas como desejáveis” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 393).

Neste sentido, João B. de Almeida esclarece acerca da atuação do órgão de proteção de defesa do consumidor:

No âmbito estadual, da mesma forma, existem os órgãos específicos de defesa do consumidor, os chamados Procons, ao lado de outros órgãos que, atuando em áreas afins, como saúde e agricultura, prestam grande auxílio e executam a proteção do consumidor. Os Procons estão sediados nas Capitais dos Estados e têm por missão orientar, proteger e defender os direitos e interesses dos consumidores, bem como estimular a criação de órgãos municipais de defesa do consumidor, no respectivo território. As atribuições dos órgãos estaduais, do Distrito Federal e municipais específicos de defesa do consumidor, no âmbito de sua jurisdição e competência, foram definidas pelo Decreto federal n. 2.181/97. Além das atividades contidas nos incisos II a XII do Art. 3º do citado decreto, incumbem-lhes, ainda: I – planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor; II – dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas; III – fiscalizar as relações de consumo; IV – funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei n. 8.078, de 1990, pela legislação complementar e por esse decreto. (ALMEIDA, 2008, p. 178).

Além disso, o secretário de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, Hédio Silva Jr., e a Diretora Executiva da Fundação Procon-SP, Eunice Aparecida de Jesus Prudente, esclarecem:

No caso da Lei de Defesa do Consumidor, interessante notar a função sócio-educativa das sanções que nela se concentra, já que esse conjunto de normas consumeristas também visa buscar equilíbrio e harmonia no caso de conflitos e transgressões. Está explícito no artigo. 4º, inc. III, entretanto a proteção à saúde e segurança de todos os cidadãos se coloca acima de qualquer interesse. Tais sanções administrativas são abrangentes e variam desde a aplicação de multa até a inutilização, apreensão do produto, suspensão do fornecimento ou atividade (produtos ou serviços), revogação ou cassação de registros, licenças e alvarás de funcionamento, interdição parcial ou total de estabelecimento, obra ou atividade, intervenção administrativa e até imposição de contrapropaganda. Conforme o artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, todas essas sanções podem ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar. (SILVA JUNIOR; PRUDENTE, 2011).

O poder de polícia do PROCON desempenha importante papel no respeito às políticas de proteção do consumidor. A implantação de multas e a efetiva aplicação delas servem de parâmetro para toda a sociedade: para os consumidores, como certeza de respeito aos seus direitos; para os fornecedores – mesmo àqueles que não sofreram a sanção – como caráter educativo, pois, não havendo o devido respeito às normas, fatalmente serão responsabilizados.

E foi este poder de polícia que permitiu que o PROCON atuasse as empresas que não estavam cumprindo os ditames legais. Mas essa atuação deve ter uma forma de evitar que a prática abusiva se repita, ou seja, que a empresa deixe de praticar os ilícitos.

Sendo assim, a função social do poder de polícia está na destinação dada aos recursos auferidos com a multa e, nesta direção, são os recursos depositados no Fundo Municipal de Defesa dos Direitos Difusos de Paranaíba (MS), de modo que com eles foi financiada parte de dois livros, a saber: *“Pesquisa em Educação Escolar: Indis-*

sociabilidade entre ensino e extensão” e “Temas Atuais em Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar”. Esse é um exemplo concreto da função social do dano moral.

5. Considerações finais

Com a presente pesquisa, buscou-se demonstrar o funcionamento do Sistema Municipal de Defesa do Consumidor de Paranaíba (MS). Analisaram-se os aspectos considerados fundamentais, no que diz respeito a consumidor e relação de consumo.

Esses aspectos referem-se ao capitalismo, sistema de produção que engloba o consumidor e cuja produção é toda destinada para atingir o gosto e a satisfação do consumidor, o qual, em última análise, é o responsável pelo adequado funcionamento das engrenagens capitalistas.

Ainda foi posta a questão do SIMCON de Paranaíba, pontos fundamentais como a sua criação e funcionamento, passando pela atuação de seus três órgãos. Quanto a isso, vislumbra-se certo êxito, tendo-se em conta o valor de trinta mil reais depositados na conta corrente do Fundo Municipal de Defesa dos Direitos Difusos, que foram utilizados para a produção de conhecimento: ou seja, um valor oriundo de prática ilícita – da qual decorreu uma sanção ao agente – retorna à população em forma de saúde, educação, esporte e cultura.

A partir destas considerações, pode-se concluir que, pelo poder de polícia de que dispõe o PROCON, sua função consiste não apenas em garantir a proteção do direito dos consumidores, mas também a efetividade dos direitos fundamentais mencionados, desempenhando importante papel social e educativo.

6. Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARRUDA, José Jobson; PILETTI, Nelson. *Toda a História*. 5. ed. São Paulo: Ática, 1996.

BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2013.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Infográficos Cidades: Paranaíba-MS. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/painel/painel.php?codmun=500630>> Acesso em: 2 maio 2013. [2013a]

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Biblioteca. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/mato-grossodosul/paranaiba.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2013. [2013b]

BRASIL. Portal do Consumidor. Disponível em: <www.portaldodoconsumidor.gov.br>. Acesso em: 14 out. 2010. [2010]

CHAVES, Luana. BMG deposita R\$ 30 mil de multa aplicada pelo Procon de Paranaíba. *Jornal Tribuna Livre On Line*, Paranaíba, 13 ago. 2010. Disponível em: <www.jornaltribunalivre.com>. Acesso em: 16 out. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Tipos de atividade administrativa: limitação da autonomia privada (poder de polícia administrativa). In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 393-455.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Processo n. 018.09.101667-0, 2ª Vara Cível de Paranaíba, Juiz Plácido de Souza Neto, Paranaíba, 27 de setembro de 2010. *DJ*, 30 set. 2010 Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cpopg5/show.do?processo.codigo=0I000176W0000&processo.foro=18>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

PARANAÍBA. Lei n. 1.544, de 16 de junho de 2009. *Jornal Tribuna Livre de Paranaíba*, 18 jun. 2009.

SILVA JUNIOR, Hédio Paulo; PRUDENTE, Eunice Aparecida. *A Função Social das multas por infração às normas de Defesa do Consumidor*. Governo do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=520>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 2.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130022

5

Direito
Constitucional

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO CONSTITUCIONAL

ARTIGO

O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO: A TENSÃO ENTRE A ATUAÇÃO PREVENTIVA E A AUTONOMIA INSTITUCIONAL

RESOLUTIVE PUBLIC MINISTRY: THE TENSION BETWEEN PREVENTIVE ACTION AND INSTITUTIONAL AUTONOMY

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

felipefaria@mpmg.mp.br

RESUMO: O Ministério Público, após o advento da Constituição da República de 1988, conseguiu emancipar-se do Poder Executivo, alcançando a independência imprescindível para a concretização de suas tarefas constitucionais. Posteriormente, o amadurecimento institucional, bem como a vocação para efetivação dos direitos fundamentais fez com que o Ministério Público percebesse que sua atuação não se poderia resumir em feitos jurisdicionais. Concluiu-se, então, que promotores e procuradores de Justiça e da República devem, com igual dedicação, tentar solucionar os problemas encontrados em sua vida funcional pelo viés resolutivo. Entretanto, deve-se ter cautela para que a atuação resolutiva e preventiva do *Parquet* não desnature a identidade institucional que a Constituição da República garantiu ao Ministério Público, em especial, ao ocorrer sua atuação resolutiva junto ao Poder Executivo, a quem o Ministério Público outrora se encontrava subordinado.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público resolutivo; autonomia institucional; independência constitucional.

ABSTRACT: The Public Prosecution Service, after the incoming of the 1988 Constitution, was able to emancipate from the Executive achieving the necessarily independency to fulfill it's constitutional

tasks. Therefore, the institutional maturing, along with the vocation to make effective the fundamental rights made possible that the Public Prosecution Service can't resume in judicial actions. Prosecutors must, with the same dedication, resolve the problems through a resolute solution. Although, it is important to notice that the preventive and resolute way can not disfigure the institutional identity that the Constitution gave to the Public Prosecution Service, especially when is present the Executive Power, to whom the Prosecutors were subordinated until recently.

KEY WORDS: Resolute Public Prosecution; institutional autonomy; constitutional independence.

SUMÁRIO: 1. Ministério Público: dos prolegômenos à instituição autônoma, revisitada e transformada pelo Estado Democrático de Direito. 2. A autonomia do Ministério Público como elemento imprescindível à sua atuação funcional. 3. O desenvolvimento e a importância da atuação resolutiva. 4. A tensão entre a atuação resolutiva e o papel institucional-constitucional do Ministério Público. 5. Referências.

1. Ministério Público: dos prolegômenos à instituição autônoma, revisitada e transformada pelo Estado Democrático de Direito

Ao se perquirir as origens históricas do Ministério Público, observa-se que a doutrina não encontra um denominador comum. Há quem aponte, no Antigo Egito, os *magiai* – procuradores do rei – como parte do embrião daquilo que, mais tarde, seria a instituição ministerial¹. Não obstante, também há indicativos de que os *thesmotetis*, na Grécia Antiga, ou ainda, os *saions* germânicos, *bailios* e *senescais*, voltados à defesa dos senhores feudais, na Idade Média, sejam também precursores do Ministério Público².

¹ Sobre o tema, leciona Marcelo Pedrosa Goulart que este grupo egípcio “compunha um corpo de funcionários, com atribuições na esfera da repressão penal, para castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, formalizar acusações e participar das instruções probatórias na busca da verdade, bem como na esfera civil, para defender determinadas pessoas, como órfãos e viúvas”. (GOULART, 1998, p. 70).

² Conferir Machado (2000, p. 137 *et seq.*).

Em que pesem essas incertezas, os autores se mostram mais consistentes e confiantes na tarefa de apontar as origens do órgão ministerial quando analisam as diversas instituições ao longo da evolução histórica, em especial, a experiência francesa.

Segundo esta trilha, Felipe IV, rei da França, editou a Ordenança, de 25 de março de 1302, primeira norma legal que tratou, de forma clara, sobre os procuradores do rei, origem daquilo que, mais tarde, seriam os membros do Ministério Público. Nessa primeira feição, os procuradores do rei defendiam unicamente os interesses da Coroa, sendo certo que o próprio texto legal vedava os referidos profissionais de patrocinar interesses outros que não os reais³. Mesmo após a Revolução Francesa, em 1789, com a qual se deu significativa reforma política, manteve-se a vinculação do Ministério Público ao Poder Executivo, ficando encarregado da fiscalização das leis e julgados e, apesar de breve intermitência, de realizar a acusação criminal⁴.

Do mesmo modo, Portugal seguiu caminho similar ao apresentado na França. Em 1289, constituiu-se o cargo de procurador da Coroa, o que seria visto como o início da formação do Ministério Público lusitano. Posteriormente, já em 1603, as Ordenações Filipinas reservaram títulos próprios aos “procuradores dos feitos da Coroa”, “procuradores dos feitos da Fazenda”, “promotores da justiça da Casa da Suplicação” e aos “promotores da justiça da Casa do Porto”. Desta feita, mantendo a concepção francesa – a par de outras secundárias obrigações –, a estes servidores públicos cabia, de forma sintética, defender os interesses do Executivo e patrocinar o *jus puniendi* em nome do Estado⁵.

³ Conferir Mazzili (1996, p. 38-39).

⁴ “A legislação que deu forma às inovações institucionais também regulou o Ministério Público, definindo-o como agente do Poder Executivo perante os tribunais na fiscalização das leis e dos julgados, garantindo-lhe a independência em relação ao Parlamento e ao Judiciário. A acusação criminal, entendida como emanção da soberania popular, foi desvinculada da atuação do Ministério Público e destinada a um agente eleito pelo povo. Posteriormente, o Ministério Público voltou a reunir as funções que tradicionalmente lhe couberam, inclusive de acusador público.” (GOULART, 1998, p. 74).

⁵ Mazzili, ao analisar os promotores de justiça da Casa da Suplicação, bem como o promotor de justiça da Casa do Porto, leciona: “cabia-lhe formar libelos contra os seguros e presos que deveriam ser acusados na Casa da Suplicação, bem como ver

O que se pretende destacar, desde já, com esta breve menção – mais exemplificativa do que elucidativa – é o nítido caráter de vinculação ao Poder Executivo que o Ministério Público transparecia em sua origem. A Instituição surgiu com o claro propósito de, em conjunto com a promoção da justiça criminal – tarefa também estatal –, realizar as atividades consultivas e litigiosas ligadas aos interesses do Estado. No tocante a este aspecto, cumpre observar que até mesmo as nomenclaturas dos cargos ocupados pelos membros do Ministério Público, nos termos sobreditos, tornam fácil a identificação de sua relação íntima com os interesses executivos. Expõe, de forma resumida, Mazzili:

A origem do Ministério Público confunde-se com o momento em que, findando a Idade Média, com o nascimento e a crescente complexidade do Estado, os soberanos começaram a instituir tribunais regulares para distribuir a Justiça em nome deles, soberanos. Para contrabalançar a progressiva autonomia que os tribunais acabaram chamando para si próprios, em virtude da qual muitas vezes contrariavam os interesses da Coroa, os reis instituíram procuradores deles próprios, para promover a defesa de seus interesses, podendo, inclusive, recorrer. (MAZZILLI, 1996, p. 42).

Bebendo em fontes francesas e, especialmente, lusitanas, o Ministério Público brasileiro não poderia ter surgido com perfil diverso. Em 1609, criou-se a “Relação da Bahia”, em que o procurador da Coroa e da Fazenda – portanto, ligado aos interesses do Executivo – detinha as funções de promotor de Justiça, lógica que permaneceu sob a égide da Constituição de 1824, uma vez que “no império, pois, o promotor de justiça foi tratado como mera *longa manus* do Executivo”. (GOULART, 1998, p. 77).

Muito embora reconhecido como instituição em leis infraconstitucionais, a Constituição da República de 1891 manteve-se silente

todas as inquirições e devassas que os escrivães deveriam remeter-lhe em oito dias, sob pena de perda do ofício; deveria mostrar ao Corregedor-Geral o rol das pessoas que achasse culpadas, requerendo que os mandasse prender e proceder contra elas [...] já ao promotor de justiça da Casa do Porto cabia officiar junto a esta última, bem como formar libelos contra os seguros ou presos que haviam de ser acusados na Relação do Porto.” (MAZZILI, 1996, p. 41).

quanto ao Ministério Público. De outro lado, o Texto de 1934 representou significativo avanço no que tange ao reconhecimento do órgão ministerial dentro da estrutura política brasileira, no que foi seguido pela Constituição de 1946.

Por razões óbvias, ligadas ao caráter autoritário que as marcava, as Cartas de 1937 e de 1967 tinham em seu bojo significativo retrocesso institucional quanto à autonomia do Ministério Público. Estes textos constitucionais apresentaram especial enfoque na subordinação do órgão ministerial às vontades executivas, aproximando-o ainda mais de sua origem histórica.

De todo modo, mesmo durante a vigência das constituições democráticas, o Ministério Público permaneceu vinculado à defesa dos interesses do Estado, ao mesmo tempo em que lhe era permitido tutelar determinados direitos da sociedade. Tinha-se, portanto, uma estranha instituição bicéfala que cuidava dos interesses da população, mas que também representava judicialmente a União – *vide* art. 126 da Constituição de 1946, por exemplo –, deixando no limbo as situações em que haveria uma contraposição entre estas duas esferas.

Ao longo do período de evolução constitucional e de depuração democrática que o Brasil vivenciou no século XX, o Ministério Público foi, lentamente, sofrendo algumas sutis transformações em suas atribuições, que se foram dilatando para além da representação do Estado e da realização da persecução criminal.

Em um primeiro momento, por meio de normas infraconstitucionais, percebeu-se a necessidade de o Ministério Público dar voz e proteção a direitos tão importantes que não poderiam ser disponibilizados por seus titulares, ou ainda, cuja titularidade se difundia entre todos os cidadãos, tornando impossível sua individualização. Em razão destas inovações legislativas, o órgão ministerial foi, paulatinamente, firmando-se como protagonista na tutela dos interesses indisponíveis da sociedade, tentando, assim, delinear seu afastamento da administração pública.

Nesse ponto, entende-se ser de importância ímpar a Lei nº 6.938/81, que cuida da política nacional do meio ambiente, e vem conferir ao

órgão ministerial a legitimidade para propor ações civis públicas de cunho ambiental, bem como a Lei nº 7.347/85, que previu a possibilidade de instauração do inquérito civil e promoção de ações judiciais visando à proteção de interesses difusos e coletivos, dentre os quais se destacam as searas ambiental, consumerista, e histórico-cultural. E, ainda a título exemplificativo, é possível lembrar, já em um momento pós-88, a Lei nº 7.853/89 – relativa às pessoas portadoras de necessidades especiais; a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; e a Lei nº 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa.

Esses diplomas legais, que colocaram o Ministério Público no papel de defensor de interesses pertencentes não ao Estado, mas sim à sociedade de forma ampla, difusa e irrestrita, permitiram a instauração de um canal de comunicação e de uma aproximação até então nunca vistos entre o *Parquet* e a comunidade.

Este é detalhe que merece especial atenção. Afinal, somente a partir da identificação, pela própria sociedade, de que o Ministério Público é uma instituição a postos para atender seus anseios – ainda que contrários à própria administração pública –, é que se pode compreender e sustentar a atual feição ministerial, qual seja, de agente de transformação da realidade social e de defesa dos interesses difusos e coletivos, sem prejuízo das atribuições penais que continuam a acompanhá-lo.

Em que pesem essas inovações normativas, é com o advento da Constituição da República de 1988 que se consolida de forma clara este novo Ministério Público, em especial no que concerne à sua situação político-estrutural. Determinando a completa autonomia – ou quase completa, uma vez que há quem critique a forma de nomeação do Procurador-Geral de Justiça – da instituição ministerial aos interesses do Poder Executivo, o legislador constituinte transferiu a defesa dos interesses do Poder público a órgão específico, qual seja, à Advocacia-Geral da União.

Ainda nesse contexto, são levadas a quilate constitucional aquelas atribuições já direcionadas ao *Parquet* em âmbito infraconstitucio-

nal, além de serem dilatados os instrumentos para a consecução das novas finalidades ministeriais, dentre as quais, a defesa dos interesses difusos e coletivos, proteção do patrimônio público e efetivação dos direitos fundamentais indisponíveis.

Nessa nova ordem constitucional que prima pela construção de uma democracia genuína em seu aspecto inclusivo e participativo, o Ministério Público se torna um amplificador, uma caixa de ressonância dos anseios sociais. Para tanto, aproxima-se ainda mais da comunidade a fim de ouvir seus apelos e atuar/transformar a realidade local ou regional caso não estejam sendo efetivados os direitos constitucionais e legais garantidos aos cidadãos em suas esferas individual, social e difusa.

[...] o Ministério Público desempenhou o papel de defensor dos interesses da Coroa e da Administração e, paulatinamente, ao acompanhar o desenvolvimento do processo social de aberturas de espaços democráticos de participação, foi ganhando autonomia, para, afinal, cumprir exclusivamente o papel de defensor do povo. (GOULART, 1998, p. 95).

Pode-se concluir, sem receios, que o Ministério Público passa a inserir-se de forma determinante na sociedade civil, a qual, mais organizada, parte para um diálogo cada vez mais ativo, inclusive cobrando, de forma devida, uma atuação efetiva do órgão ministerial. Neste ponto, cumpre anotar que não se pode ter uma visão messiânica da atuação do *Parquet*, acreditando ser ele o único agente autorizado ou capacitado à efetivação dos direitos fundamentais. Também a sociedade civil, neste paradigma democrático, coloca-se irresignada, consciente e ativa na luta pelos seus próprios interesses.

Por isso, fomentar o envolvimento das comunidades na vida pública e na persecução de seus direitos individuais, sociais e difusos – o que perpassa por efetivar os direitos fundamentais mais basilares – é uma das tarefas – senão “a” tarefa – de maior relevo dentre as novas atribuições ministeriais⁶.

⁶ É importante destacar que, muito embora haja realmente uma prevalência de um

Afinal, faz-se absolutamente necessário que sejam dadas condições reais para que os cidadãos possam se manifestar de forma efetivamente livre, e que seus discursos e vontades declaradas – e que não se resumem ao momento de votação eleitoral, mas sim na exposição de ideias ao longo de todo o tempo – sejam livres de toda e qualquer forma de colonização, seja ela política, econômica, ou de outra natureza. Para tanto, vale destacar a atuação do Ministério Público na efetivação do direito à educação, à saúde, à defesa do patrimônio histórico cultural, na garantia do desenvolvimento educacional e pessoal das crianças e adolescentes, dentre outras searas, a fim de que todos os cidadãos tenham condições de atuar de forma concreta na construção do debate amplo e discursivo.

2. A autonomia do Ministério Público como elemento imprescindível à sua atuação funcional

Ultrapassada a breve – porém necessária – incursão histórica, fica claro ao leitor como a atual posição constitucional do Ministério Público é essencial para que ele possa exercer, com a eficiência que lhe é pedida, as funções extrapenais conferidas.

Em inúmeras searas em que o Ministério Público passou a atuar, seu diálogo com o Poder Executivo deixou de ter o caráter de subserviência de outrora e partiu para o campo de simetria de posições. Assim, o órgão ministerial, como fiscal da lei e tutor dos direitos fundamentais, viu-se na condição de questionar e cobrar condutas por parte dos administradores públicos.

Nessa trilha, podem-se citar as ações visando a compelir o Estado a administrar medicamentos obrigatórios; a cumprir com o fornecimen-

entendimento doutrinário favorável a esta nova feição ministerial, deve-se ressaltar que nem todos os autores compartilham essa visão. Nesta trilha, é interessante realizar a leitura da obra de José Francisco Sauwen Filho (1999), na qual o autor aborda, de forma minuciosa, todo o histórico do Ministério Público pátrio, passando, inclusive, pelos debates que precederam a Constituição da República de 1988. O autor vai além, ao destacar que, entre os Ministérios Públicos existentes em todo o mundo, nenhum deles tem em sua esfera de atuação a defesa de tantos interesses, os quais são responsabilidade da própria comunidade ou mesmo de outras instituições. Por fim, conclui o autor contrariamente à amplificação excessiva da atuação do *Parquet* no cenário jurídico brasileiro, considerando os perfis apresentados em outros países como mais adequados à Instituição.

to de transporte escolar de forma a concretizar o direito fundamental à educação; a criar infraestrutura necessária ao acolhimento de crianças, adolescentes e idosos, entre várias outras. Com efeito, há várias searas em que o *Parquet* oficia visando à exigência de condutas positivas ou inibição de práticas nocivas por parte dos gestores públicos. Entretanto, neste tópico, enfatizando a interação potencialmente tensionada entre Poder Executivo e Ministério Público, pode ser dado especial destaque à curadoria do Patrimônio Público, campo de atuação em que se vela pela proteção dos princípios constitucionais e observância das normas legais a fim de evitar enriquecimentos indevidos ou favorecimentos pessoais destoantes da impessoalidade e do interesse público que devem marcar a administração da máquina estatal.

Essa atividade de controle dos atos do poder público abriu um grande e importante campo de atuação institucional, na esteira de conferir mecanismos hábeis para que a Instituição possa promover os valores sociais constitucionais. Este controle atinente aos três Poderes, sobretudo ao Poder Executivo (Administração Pública), objetiva, em síntese, remediar lacunas e omissões, bem como assegurar que estes respeitem as regras postas e não se imiscuem nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos. (JATAHY, 2010, p. 9).

Para tanto, o órgão ministerial deve-se colocar na condição de agente discursivo junto ao Chefe do Executivo, com possibilidade de dialogar, arrazoar, ouvir e argumentar perante o administrador público em uma atuação dialógica livre de pressões ou colonização dos interesses debatidos. Segundo a linha habermasiana, pode-se dizer que são necessárias, então, as “condições ideais de fala”:

O discurso pressupõe uma ‘situação ideal de fala’ que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a idéia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática [...]]; ilimitação de

tempo para se obter o acordo; e a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso. (CRUZ, 2006, p. 88).

Dentro desse espectro, destaca-se, neste momento, a simetria de posições, o que significa que ambos os agentes discursivos – Ministério Público e Poder Executivo – têm a igual possibilidade de expor suas razões de maneira livre, sem qualquer sobreposição desarrazoada, o que implicaria viciar todo o produto dessa interação de viés fiscalizador por parte do Ministério Público.

Tendo isso em conta, torna-se claro que, para exercer de maneira devida suas atribuições funcionais, é imprescindível a desvinculação do *Parquet* a outros órgãos ou instituições que possam vir a ter posicionamentos ou a lhe constranger mediante pressões contrárias à persecução da efetivação dos direitos e obrigações constitucionais e legais. Deve o Ministério Público se reconhecer e ser reconhecido como um ator de igual importância junto aos poderes estatais, sob pena de não conseguir levar a cabo as situações em que haja resistência na observância dos interesses tutelados pelo *Parquet*.

Sendo o Ministério Público um órgão do Estado, cujos princípios e funções refletem o sistema político do qual é expressão e sendo, também, indutor dos valores maiores do ordenamento, é evidente que a instituição se encontra em uma *posição de equilíbrio dentro do referido sistema político*, nem estritamente dependente dos poderes do Estado nem desligado deles. [...]

Essa é, pois, a característica do novo Ministério Público como órgão essencial do Estado Democrático de Direito: relaciona-se e interage com os demais poderes, mas possui independência em relação a esses para exercer com altivez sua vocação constitucional de agente de transformação social. O pleno exercício dessas funções, que pressupõem uma relação de lateralidade e até de enfrentamento com os poderes formais do Estado leva à concepção de uma Instituição que possa ser a cadeia de comunicação entre os poderes, promovendo e possibilitando o funcionamento harmônico do Estado Democrático de Direito como um todo. (JATAHY, 2010, p. 10-11, grifo do autor).

Constatou-se, porém, que essa imprescindível desvinculação somente ocorreu, de forma clara e determinante após a Constituição da República de 1988. Até então, ainda que se possa afirmar que o ente ministerial fora agraciado com atribuições ligadas à proteção de interesses difusos e até mesmo sociais, sua atuação não se dava de forma livre, mas sim colonizada às vontades de uma entidade superior, a qual detinha efetiva hierarquia sobre o Ministério Público.

3. O desenvolvimento e a importância da atuação resolutiva

Com o incremento de novas atribuições funcionais, o papel ocupado pelo Ministério Público na nova ordem constitucional torna-se distinto de outrora. Antes, visto somente como um *custos legis* das normas legais, a Instituição passa a ocupar o papel de efetivo guardião da sociedade, bem como dos princípios e valores constitucionais. Trata-se, obviamente, de tarefa demasiado complexa e dispendiosa, a qual fez com que o perfil de atuação do *Parquet* fosse revisto sob pena de culminar no fracasso de sua missão.

O Ministério Público brasileiro, não obstante denotasse uma postura de efetivo e aguerrido combate processual às mazelas sociais que lhe eram apresentadas nos autos jurisdicionais, viu-se em risco de inocuidade de sua atuação, em especial, nos novos focos de atenção que a Constituição lhe atribuiu.

O combate repressivo, muito embora seja sobremaneira importante, não consegue, na maior parte das vezes, retornar ao *status quo ante*, logrando a mera punição do agente ou, se muito, medidas compensatórias, sem resgatar os direitos e bens jurídicos já violados. Ocorre que em determinadas searas – e aqui se destacam as áreas de patrimônio público e ambiental – a prevenção de danos aos seus princípios e bens jurídicos são ditames que regem todo o ordenamento jurídico próprio à matéria, seja pela impossibilidade fática de se recuperar um bioma degradado, seja pela dificuldade de se reaver, com a eficiência que se requer, valores indevidamente gastos às expensas dos cofres públicos.

Nessa trilha, conforme Almeida:

[...] muitos danos, especialmente os de dimensão social (aqueles que afetam o ambiente; a saúde do consumidor; a criança e o adolescente; o idoso; a saúde pública etc.), não são possíveis de reparação *in natura*. Portanto, só restaria nesses casos uma tutela repressiva do tipo compensatória ou do tipo punitiva, que é espécie de tutela jurídica apequenada, já que não responde ao direito, a uma tutela jurídica genuinamente adequada, na sua condição de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito (arts. 1º, 3º e art. 5º, XXXV, da CF/88).

[...]

Além de combater repressivamente os atos de improbidade, é razoável priorizar a atuação para evitar que ocorram atos dessa natureza, especialmente os que geram dano ao Erário *[sic]*. Muitas vezes torna-se impossível a recuperação dos ativos desviados, o que resulta em enormes prejuízos para a sociedade. A priorização da atuação preventiva pelos Promotores de Justiça, Procuradores de Justiça e Procuradores da República será um caminho legítimo e eficaz para proteger o patrimônio público. (ALMEIDA, 2010, p. 37-38).

Não é só isso, porém. Muitos dos problemas sociais hoje vivenciados, inclusive e principalmente no campo criminal, são frutos da pouca efetividade de políticas públicas que realmente possam propiciar uma transformação social do quadro de crise dos direitos fundamentais que hoje se constata. Dessa forma, percebeu-se que, em diversos casos, o Ministério Público atende de maneira mais perspicaz sua tarefa de efetivação dos direitos constitucionais e agente transformador da realidade social fomentando e cobrando a implementação de políticas públicas. Com isso, torna-se possível tratar primeiro dos fenômenos sociais, os quais são os geradores das situações ou conflitos que redundam em processos criminais ou cíveis repressivos em que a atuação ministerial apresenta condão paliativo.

Partindo dessas premissas, Goulart (1998) identifica a existência de dois modelos de Ministério Público.

De um lado, encontra-se o Ministério Público demandista, cujo papel se volta à atuação como agente processual perante o Poder Judiciário.

rio, tentando transferir para as decisões judiciais a solução das mazelas que acometem a sociedade. Atua, portanto, repressivamente.

De outro lado, está o Ministério Público resolutivo, o qual prioriza uma atuação preventiva, inibindo o surgimento dos problemas sociais que posteriormente teria que reprimir. Visa, portanto, transformar a realidade social, criando uma dinâmica de maior interação com a sociedade e, com isso, identifica e tenta solver problemas ou fomentar as soluções dos fenômenos que antecedem aos conflitos jurisdicionais. Trata-se de modelo que se amolda, com perfeição, na efetivação de direitos difusos e coletivos, cujo viés repressivo se revela pouco eficiente.

Além disso, a atuação resolutiva é capaz, ainda, de mudar as causas sociais da criminalidade, e até mesmo de fornecer mecanismos de ampliação da participação democrática do cidadão, levando a fundo a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais.

Deve ter como horizonte a solução direta das questões referentes aos interesses sociais, coletivos e difusos. Os procedimentos administrativos e inquéritos civis devem ser instrumentos aptos para tal fim. O Ministério Público deve esgotar todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (soluções negociadas), utilizando esses procedimentos com o objetivo de sacramentar acordos e ajustar condutas, sempre no sentido de afirmar os valores democráticos e realizar na prática dos direitos sociais. Para tal, deve *politicizar e desjurisdicionar* a sua atuação [...]. (GOULART, 1998, p. 121, grifo nosso).

Conforme é possível constatar, em razão da adoção desta nova postura resolutiva, inúmeros mecanismos passaram a ter previsão normativa e utilização expressiva pelos membros da Instituição. Entretanto, tais instrumentos não se resumem aos inquéritos civis, procedimentos preparatórios e outros procedimentos administrativos que o Ministério Público possa deflagrar internamente. Há também outras atividades imprescindíveis à consecução deste ousado, porém factível e importante objetivo que se coloca à frente da Instituição que pretende firmar-se como guardião da sociedade e dos

valores constitucionais. Pode-se pontuar, a título exemplificativo, a realização de audiências públicas – cujo enfoque participativo incrementa em muito o cunho democrático do direito e das soluções construídas em determinada comunidade – ou mesmo as recomendações e termos de ajustamento de conduta – que acabam por servir de balizas para a atuação do propenso ofensor do ordenamento, conformando sua conduta aos ditames legais.

Com isso, cabe também aos membros do Ministério Público repensar a forma de operar cotidianamente.

O Promotor/Procurador deve estar capacitado para intermediar conflitos, conhecendo técnicas de negociação e conciliação, visando incrementar sua atuação extrajudicial, mediante a celebração de um número maior de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) ou similares (remissões do ECA, propostas de transação penal, intervenção em TACs de outros legitimados etc.). (JATAHY, 2010, p. 11).

De todo modo, tem-se observado, de forma evidente, que a utilização desses instrumentos postos à disposição do Ministério Público tem, por várias razões, apresentado grande eficácia.

Em primeiro lugar, sabe-se que uma parcela dos particulares e administradores públicos tem interesse em cumprir de forma adequada as normas postas. Dessa forma, quando chamados à presença do Ministério Público, apresentam a vontade de alterar as condutas potencialmente nocivas aos bens jurídicos em questão e, se for o caso, de recuperar eventuais lesões já praticadas. Obviamente, essas pessoas, físicas ou jurídicas, querem evitar ainda o desgaste financeiro de um longo embate processual, além do arranhão que um processo judicial pode trazer à sua imagem perante consumidores/opinião pública quando se está a tratar de pessoas públicas ou empresas de grande porte.

Soma-se a isso a seriedade que o Ministério Público vem demonstrando em sua atuação funcional. Constatadas irregularidades, tem-se a certeza de que o *Parquet* não se furtará a seu papel e efetuará a persecução das responsabilidades cíveis ou criminais pertinentes.

Dessa forma, aquele que pratica ou está a praticar conduta que enseje responsabilizações futuras pode considerar mais interessante procurar o membro do Ministério Público de sua comarca e firmar Termos de Ajustamento de Conduta de forma a não se submeter a perseguições jurisdicionais que venham a gerar posteriores e mais gravosas consequências.

Juntamente com estas questões, deve-se considerar que, quando o *Parquet* instaura procedimento administrativo, reúne elementos de prova; chama o investigado ao diálogo; realiza recomendações; faz tentativas de firmar termo de ajustamento de conduta, ou seja, comprova e tenta solucionar a querela de forma preventiva e resolutiva; o próprio ajuizamento de ações judiciais ganha novo teor. Diante desse quadro, o Poder Judiciário ganha maior segurança no caráter não temerário da ação proposta. Esta é trazida pelo Judiciário com maiores elementos de prova e convicção tanto da situação fática quanto da não intenção de o réu cumprir suas obrigações legais.

Nesse sentido, a atuação resolutiva do Ministério Público redundando em fortalecimento também de sua atuação processual e demandista, que se torna mais seletiva e, conseqüentemente, mais contundente.

Com o advento da atuação resolutiva do Ministério Público, a praxis dos promotores e procuradores de Justiça aproximou-se ainda mais da nova feição constitucional ministerial, bem como de sua vocação social e de efetivação dos direitos e garantias constitucionais.

Além disso, o momento pré-jurisdicional permite a adoção de um viés discursivo e dialógico entre todos os envolvidos no caso concreto, tornando o direito aplicado naquela determinada situação uma construção conjunta e não verticalmente determinada tal qual uma decisão judicial.

A eliminação consensual de controvérsias contribui para o fortalecimento democrático do almejado Estado de Justiça Material, com a pacificação dos conflitos, além de prestigiar o princípio da segurança jurídica, em igual proporção. (COUTINHO, 2005, p. 18).

Neste ponto, o modelo resolutivo ganha também ao atribuir maior legitimidade às soluções encontradas para resolver impasses ou mesmo reverter danos já praticados a algum bem jurídico. Afinal, já se tem claro na atual doutrina que, em um Estado Democrático de Direito, os conteúdos jurídicos aplicados a um caso concreto são formulados a partir de um amálgama de princípios e normas positivadas (pontos de partida) com depuração de argumentos apresentados de forma ampla por todos os envolvidos, sob pena de perda da legitimidade democrática que deve revestir o Direito⁷.

4. A tensão entre a atuação resolutiva e o papel institucional-constitucional do Ministério Público

Tendo por certa a importância do modelo resolutivo do Ministério Público, cumpre partir para a verificação de determinada questão que vimos observando.

Este novo Ministério Público, próximo e acessível à sociedade, preventivo e aberto a instrumentos não jurisdicionalizados, vem paulatinamente chegando ao conhecimento da comunidade e também de membros da administração pública. A análise que se segue cingir-se-á aos últimos.

Visando a evitar os riscos de eventuais ações penais, e mesmo de ações de improbidade administrativa – que podem repercutir em suas pretensões políticas –, os gestores públicos, em especial os de Municípios de menor circunscrição, vêm procurando o Ministério Público sempre que precisam realizar algum ato que traga questionamentos acerca da legalidade e do respeito aos princípios administrativos. Assim, antes de publicar um edital de licitação ou de proceder à dispensa de licitação em determinado caso concreto, temos verificado que o Ministério Público é abordado pelo administrador público. Este, apresentando um esboço de parecer de dispensa de licitação, ou uma prévia de edital de licitação, visa a dialogar com o promotor de Justiça local a fim de elaborar documento que não atente contra as previsões normativas, ou ainda, que se adéque à interpretação que o Ministério Público apresenta perante alguma questão normativa.

⁷ Sobre o tema, conferir Habermas (2003).

O atendimento dessas demandas estaria, portanto, inserido na esfera da atuação resolutiva ministerial?

Com efeito, para se tornar uma instituição solucionadora de conflitos pré-jurisdicionais, o Ministério Público deve abrir-se ao diálogo amplo com as demais instituições constituídas, bem como à população, de forma geral. O relacionamento interinstitucional é pressuposto básico e fundamental para que se consiga alcançar o desiderato de se fazer cumprir o ordenamento legal e constitucional sem que haja uma anterior decisão judicial impositiva e, geralmente, de pouca efetividade.

Para tanto, a amplitude dialógica é fundamental, sob pena da perda da legitimidade das soluções alcançadas em razão da verticalização na construção do Direito pragmaticamente aplicado em determinada situação.

Não por outro motivo, Mazzilli elege o atendimento ao público como uma das principais funções que o promotor de Justiça deve realizar.

Entre as principais funções dos membros do Ministério Público, está o atendimento ao público: [...] são questões criminais, de família, de menores de assistência judiciária. Ora é necessário tomar uma providência administrativa, ora propor uma providência jurisdicional; não raro, quer-se apenas uma orientação. [...]

Pertencendo a uma instituição agora com vocação essencialmente democrática, os órgãos do Ministério Público brasileiro, no atendimento ao público, não só o servem como dele se servem para desempenhar suas demais funções, o que resulta no mesmo. (MAZZILLI, 2007, p. 92; 97).

Trata-se, em realidade, de efetivação da dialogicidade em prol da consolidação da democracia neste novo paradigma em que:

[...] a objetividade do Direito cede lugar à intersubjetividade, controlada pela correção que pauta-se [*sic*] agora pelo convencimento [*sic*] que os argumentos/fundamentos desenvolvidos na decisão produzem numa sociedade de intérpretes do Direito. (CRUZ, 2004, p. 146).

Levando-se em conta essas razões, estamos certos de que, indubitavelmente, deve o Ministério Público colocar-se aberto e até mesmo fomentar esse diálogo interinstitucional.

Entretanto, há situações em que as orientações demandadas pelos gestores públicos ultrapassam a esfera da atuação resolutiva do Ministério Público e resvala para verdadeira consultoria municipal.

Se por um lado é saudável elucidar quão importante se faz a observância da Lei de Licitações, não se considera possível que um membro do Ministério Público analise o esboço de um edital licitatório a fim de dar seu aval acerca do conteúdo ali presente. Assim agindo, ter-se-á verdadeira homologação, por parte do Ministério Público, de um ato que deve ser praticado no âmbito interno da Administração Pública, podendo vir a comprometer um futuro questionamento jurisdicional. Do mesmo modo, entendemos não fazer parte, e nem mesmo ser interessante aos preceitos institucionais, realizar análises prévias de parecer de dispensa ou inexigibilidade de licitação, tal qual se tem notícia em Municípios de menor circunscrição. Ora, esta não é tarefa afeta ao Ministério Público, mas sim, exclusivamente, à Procuradoria municipal, que realiza a consultoria jurídica do Município.

A confusão desses papéis e atribuições coloca em risco o delineamento constitucional que o Texto de 1988 trouxe e que demarcou esse novo paradigma para o Ministério Público.

O Ministério Público brasileiro consegue destacar-se, dentre outras razões, pela sua distinção em relação ao seu próprio passado e também pelas instituições congêneres presentes em outros países. Ou seja, a fim de cumprir sua função de garantidor dos direitos fundamentais e dos interesses da sociedade, a Constituição de 1988 desvinculou o Ministério Público do Poder Executivo, retirando-lhe, especialmente, a tarefa de representar e orientar juridicamente tal poder.

Sem preservar esta desvinculação e separação de papéis do *custos societatis* e orientação/consultoria jurídica, o Ministério Público se vê impossibilitado de cumprir com o desiderato que lhe foi confiado ao longo da sua evolução e consolidação institucional. Enfim,

não somente o patrimônio público, mas também outras searas, como o Direito Ambiental, Infância e Juventude, exigem que o *Parquet* fiscalize e demande condutas a serem praticadas pelos gestores públicos. Afinal:

Essa atividade de controle dos atos do poder público abriu um grande e importante campo de atuação institucional, na esteira de conferir mecanismos hábeis para que a Instituição possa promover os valores sociais constitucionais. Este controle, atinente aos três Poderes, sobretudo ao Poder Executivo (Administração Pública), objetiva, em síntese, remediar lacunas e omissões, bem como assegurar que estes respeitem as regras postas e não se imiscuem nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos. (JATAHY, 2010, p. 9).

Conforme leciona Almeida (2010, p. 29), a tutela preventiva é decorrência do princípio da prevenção geral, o qual se mostra presente no bojo do princípio democrático insculpido no art. 1º do Texto Constitucional. De todo modo, ainda que voltado a uma atuação preventiva, o promotor de Justiça, ao oficial em situações tais quais as mencionadas, deve ter cautela para não ultrapassar a linha que delimita o *munus* ministerial e de representação do Executivo, sob pena de perder a efetividade e a autonomia conquistadas. Mesmo porque, há instituição própria que cuida da orientação dos entes públicos, não havendo razões para que o Ministério Público adentre esta seara.

Nessa trilha, Lopes ensina:

A inexistência de vínculo funcional se afere, fundamentalmente, pela previsão de órgão especializado na representação judicial dos interesses patrimoniais das unidades federativas, federal e estaduais, na própria Carta Magna (arts. 131 e 132), cujo corolário foi o impedimento à consultoria de Estado por seus agentes, o que não é possível, sequer através da legislação ordinária (art. 129, IX). [...] O atual Ministério Público brasileiro é funcionalmente independente porque suas funções não são (nem podem vir a ser) vinculadas aos interesses estritamente estatais). (LOPES, 2000, p. 66-68).

Não por outro motivo, em países em que o Ministério Público não conseguiu descolar-se da subordinação executiva, a doutrina sequer reconhece seu papel de *custos societatis*. É como lecionam Almeida e Parise:

No Direito Comparado, diferentemente do que acontece no Brasil atualmente, a melhor doutrina não vê no Ministério Público um legítimo e seguro defensor dos interesses e direitos massificados e aponta como óbices *a falta de independência e de especialização desta Instituição e, como consequência, as ingerências políticas espúrias*. (ALMEIDA; PARISE, 2005, p. 13, grifo do autor).

Obviamente que, dentro de uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, não mais se pode afirmar a cisão cartesiana entre as esferas pública e privada, sendo certo que os interesses concernentes a estes dois campos, antes estanques, hoje andam de forma conjunta e se interpenetram⁸.

Não obstante, deve-se ter em conta quais papéis institucionais são atribuídos ao Ministério Público, bem como ao Poder Executivo. Se, por um lado cabe ao *Parquet* não se inserir em decisões meritórias pertinentes ao gestor público, sob pena de desvirtuamento do princípio da separação dos Poderes, não se pode, pelos mesmos motivos, cogitar uma intervenção ministerial tão incisiva que venha a confundir-se com a atividade de orientação jurídica do ente federativo.

5. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de

⁸ Com o reconhecimento de uma equiprimordialidade entre as esferas pública e privada, são esquecidas todas as velhas ideias antes ventiladas de submissão de um ator social (Estado e/ou indivíduo) em benefício de outro. Consequentemente, também a oposição entre Estado e sociedade sofre uma determinante desconstrução. Afinal, particular e Estado, agora de mãos dadas, detêm não apenas a mesma importância, mas também (por que não dizer?) os mesmos anseios! Afinal, a construção da vontade estatal passa pela atuação participativa dos particulares envolvidos em suas vontades, fazendo com que o diálogo entre Estado e sociedade se torne intenso. Sobre o tema, conferir Oliveira (2010).

Direito. *Revista MPMG Jurídico*: publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 13-16, set. 2005. Edição comemorativa de lançamento.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-60.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Consagra as liberdades expressas na Constituição de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cfa.org.br/download/Lei8666.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismo de formulação e aplicação, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE –, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do

Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.saude.sc.gov.br/legislacao_sus/leis/lei7853.htm>. Acesso em: 6 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/33/1990/8069.htm>>. Acesso em: 6 out. 2011.

BRASIL. 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://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1992/8429.htm>>. Acesso em: 6 out. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1993/8666.htm>>. Acesso em: 6 out. 2011.

COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. O Termo de Ajustamento de Conduta e o controle preventivo da Administração Pública democrática pelo Ministério Público. *Revista MPMG Jurídico*, publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 18-19, set. 2005. Edição comemorativa de lançamento.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOULART, Marcelo Pedrosa. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 20 Anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In: CHAVES, Cristiano et al. (Coord.) *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-16.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania: o novo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MACHADO, Antonio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. *Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 276 p.

Artigo recebido em: 20/10/2011.

Artigo aprovado em: 18/04/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130023

**LEI DE DEFESA DOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS
PÚBLICOS E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ESTUDO SOBRE AS
INCONSTITUCIONALIDADES POR OMISSÃO E O
ATIVISMO JUDICIAL DO STF NA ADO 24 MC/DF**

RAFAEL TEODORO

Assessor

Ministério Público do Estado do Pará, Brasil

rafaelteodoro@mp.pa.gov.br

1. Introdução

É muito comum pensarmos no Direito do Consumidor a partir da relação travada entre as partes contraentes no âmbito privado. Talvez pela circunstância de o cidadão buscar na iniciativa privada a satisfação de muitas necessidades cotidianas, há uma tendência natural a associar o estudo do subsistema jurídico consumerista ao fornecedor que atua no mercado na prestação de serviços privados.

Já surge aí um primeiro problema de ordem técnica. O legislador brasileiro não pretendeu restringir o conceito de fornecedor. Pelo contrário, quis ampliá-lo, de modo a abranger não apenas a pessoa privada, mas também a pública, como revela o *caput* do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC):

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

O dispositivo é muito claro ao adjetivar a pessoa do fornecedor: física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira. Até mesmo os entes desprovidos de personalidade jurídica (entes despersonalizados) são considerados fornecedores, com vistas a autorizar a incidência das normas do CDC.

Dessa maneira, nota-se a amplidão do conceito de fornecedor na legislação consumerista, que não pode ficar adstrito às pessoas (naturais ou jurídicas) prestadoras de serviços privados. Em outras palavras: as regras previstas na Lei n. 8.078/1990 aplicam-se também à prestação de serviços públicos.

2. Lei de defesa do usuário de serviços públicos e a omissão do legislador: gênese de um vácuo legislativo

No Brasil, infere-se a preocupação do ordenamento jurídico com a qualidade na prestação dos serviços públicos mediante a leitura conjugada de uma série de normas. No plano constitucional, por exemplo, o art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) impõe que o Estado promova a defesa do consumidor, senão vejamos:

Art. 5º [...]:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...] (BRASIL, 1988).

A localização do inc. XXXII no elenco de direitos fundamentais garantidos pela Constituição é propositada. Ela vai ao encontro da corrente doutrinária segundo a qual o direito do consumidor como um direito humano de terceira dimensão e os valores da fraternidade e da solidariedade entre os povos sobressaem aos demais. A nota distintiva dos direitos que compõem tal dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável (SARLET, 2007, p. 58). Com isso, acentua-se o peculiar caráter difuso do conceito de consumidor, a reclamar, *a fortiori*, atenção especial do ordenamento positivo, já que os sujeitos da relação de consumo não são identificáveis com facilidade.

Ciente disso, o legislador constituinte considerou a legislação relativa à responsabilidade por danos ao consumidor parte da competência legislativa concorrente (CF, art. 24, VIII). Assim, os Estados estão autorizados a legislar de maneira suplementar sobre a matéria, incumbindo à União o estabelecimento de normas gerais. O texto constitucional também impôs que a lei determinasse medidas capazes de esclarecer os consumidores acerca dos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços (CF, art. 150, § 5º), o que determinou o acréscimo da expressão “tributos incidentes” no inc. III do art. 6º do CDC, com a redação dada pela Lei n. 12.741/12:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, *tributos incidentes* e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...]. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Além disso, a defesa do consumidor é um dos princípios regentes da ordem econômica no Brasil, consoante o art. 170, V, da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor; [...]. (BRASIL, 1988).

Tratando especificamente da prestação de serviços públicos, a Constituição de 1988 cuidou de estabelecer um grau mínimo de normatização na matéria. A primeira observação a ser feita diz respeito às concessões e permissões, quando se nota a preocupação do constituinte com a fixação legal dos direitos dos usuários paralelamente ao dever de manutenção de um serviço adequado. Vejamos o que determina o art. 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988).

Por seu turno, o § 3º do art. 37 também merece ser sublinhado nesse contexto, uma vez que nele o constituinte ressaltou a necessidade de que a lei permita ao usuário participar da Administração Pública Direta e Indireta. Colaciono-o:

Art. 37 [...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (BRASIL, 1988).

Friso que a redação atual do § 3º do art. 37 da Constituição é produto de alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Até o advento da reforma, a redação original do parágrafo era muito pobre: “As reclamações relativas à prestação de serviços públicos serão disciplinadas em lei.” (BRASIL, 1988).

Faço propositalmente essa comparação entre as redações novel e antiga do § 3º do art. 37 da CF/1988. Meu objetivo é acentuar a intenção que moveu o Poder Constituído Reformador. Não no sentido da democratização da Administração Pública, o que está claro, mas sobretudo no intento de ressaltar que a EC 19/1998 quis intensificar a defesa do consumidor-usuário de serviços públicos, porquanto o asseguramento da sua participação na vida administrativa pressupõe três ordens de medidas: (1) o acesso aos registros e atos de governo, (2) a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função e (3) a regulamentação das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral.

Sucedede que a emenda constitucional não se limitou a alterar a redação do § 3º do art. 37 para o fim de proteção dos usuários de serviços públicos. Ela foi além e, no seu art. 27, dispôs o seguinte: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.” (BRASIL, 1998).

Apesar de o artigo da emenda ter fixado expressamente um prazo, como sói acontecer, o Congresso Nacional não o cumpriu. Dessa forma, terminou por reprisar a omissão que já ocorrera em se tratando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, caso em que a Lei n. 8.078, promulgada apenas em 11 de setembro de 1990, descumpriu flagrantemente o prazo de cento e vinte dias estipulado pelo art. 48 do ADCT.

No caso do art. 27 da EC 19, a omissão que o escarnece é igualmente reprovável. Creio inclusive que o fator topológico influenciou bastante na conduta omissiva do Parlamento, já que, situado no corpo da emenda constitucional – e não no texto propriamente dito da Constituição –, o dispositivo caiu facilmente no esquecimento. Nem a doutrina cuidou de denunciar o descumprimento desse malferido comando com a urgência e gravidade merecidas. O art. 27 da EC 19 tornou-se simplesmente um dispositivo natimorto, ignorado, obliterado.

E é assim que a lei de defesa do usuário de serviços públicos jaz, há anos, no leito do esquecimento – gênese de um autêntico vácuo

legislativo. O dispositivo está ali, perdido no meio da longa reforma administrativa. Por mais de uma década, foi esquecido e desprezado, sem que nenhuma providência legislante fosse tomada – embora o próprio Congresso Nacional tenha estipulado o entremez de 120 dias entre a data da promulgação da emenda e o tempo necessário à elaboração da lei.

3. Consequência do vácuo legislativo: a aplicação do CDC à prestação de serviços públicos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Como a lei não veio, a defesa do usuário dos serviços públicos acabou prejudicada pela falta de regulamentação. A jurisprudência então interveio, a fim de suprir esse vácuo legislativo.

Nesse sentido, consolidou-se o entendimento segundo o qual o conceito de serviço, tal qual previsto no CDC, abrange também o serviço público. Trata-se de posicionamento pacífico no Superior Tribunal de Justiça (STJ), como revela o aresto seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. OFENSA AOS ARTS. 130 E 335 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RELAÇÃO ENTRE CONCESSIONÁRIA E USUÁRIO. APLICAÇÃO DO CDC. ENTENDIMENTO PACÍFICO DESTA CORTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Da leitura atenta do acórdão combatido depreende-se que os artigos 130 e 335 do Código de Processo Civil, bem como as teses a eles vinculadas, não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. 2. No caso, se entendesse a agravante que o acórdão fora omisso em qualquer dos pontos suscitados na ocasião da apelação, deveria ter apresentado embargos de declaração para que o Tribunal a quo pudesse sanar possível omissão e, se essa persistisse, imprescindível que fosse o recurso fundamentado em violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, razão pela qual subsiste patente a ausência de prequestionamento acerca da matéria. 3. *É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os serviços públicos prestados por concessionárias, como*

no caso dos autos, são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. 4. A inversão do ônus da prova em processo, no caso de relação consumerista, é circunstância a ser verificada caso a caso, em atendimento à verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, razão pela qual seu reexame encontra o óbice na Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Na verdade, aprofundando um pouco mais o debate, poder-se-ia dizer que o STJ faz uma diferenciação entre serviços públicos próprios e impróprios. Estes são individuais e remunerados por tarifa, o que autoriza a incidência do CDC. Aqueles são gerais, devendo ser financiados por tributos. É o que se depreende a partir da leitura da ementa do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.
2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos.
3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.
4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).
6. Hipótese em que não há respaldo legal para a suspensão do serviço, pois tem por objetivo compelir o usuário a pagar multa por suposta fraude no medidor e diferença de consumo apurada unilateralmente pela Cia de Energia.
7. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2006a).

Coerente com a diferenciação conceitual operada entre serviços públicos próprios (gerais) e impróprios (individuais), o STJ tem reconhecido que nem todas as atividades prestadas pelo Estado atraem a incidência das normas do CDC. Assim, sempre que se verificar que determinado serviço público é geral, o usuário que se sentir prejudicado não poderá reivindicar proteção à luz das normas consumeristas. Tal é o caso dos serviços públicos de saúde, para a regência dos quais é inaplicável o CDC, haja vista sua remuneração decorrer das receitas tributárias. Colaciono alguns precedentes do tribunal superior, apontado para esta conclusão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CONFIGURADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Hipótese de discussão do foro competente para processar e julgar ação indenizatória proposta contra o Estado, em face de morte causada por prestação de serviços médicos em hospital público, sob a alegação de existência de relação de consumo.
2. *O conceito de 'serviço' previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada mediante remuneração (art. 3º, § 2º, do CDC).*
3. *Portanto, no caso dos autos, não se pode falar em prestação de serviço subordinada às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, pois inexistente qualquer forma de remuneração direta referente ao serviço de saúde prestado pelo hospital*

público, o qual pode ser classificado como uma atividade geral exercida pelo Estado à coletividade em cumprimento de garantia fundamental (art. 196 da CF).

4. Referido serviço, em face das próprias características, normalmente é prestado pelo Estado de maneira universal, o que impede a sua individualização, bem como a mensuração de remuneração específica, afastando a possibilidade da incidência das regras de competência contidas na legislação específica. 5. Recurso especial desprovido. (BRASIL, 2006b, grifo nosso).

PROCESSIONAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA.

1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar.

2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes.

4. Considerando que o Tribunal a quo limitou-se a indeferir a denúncia da lide com base no art. 88, do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo.

5. Recurso especial provido em parte. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

A tendência jurisprudencial, encampada pelo STJ, no sentido de utilizar o CDC para preencher o vácuo deixado pela não edição da lei de defesa dos usuários dos serviços públicos, sustenta-se em uma leitura sistêmica do próprio CDC. De fato, esse diploma apresenta vários dispositivos que conduzem à tese da sua aplicabilidade à

prestação de serviços públicos. O art. 4º, VII, por exemplo, dispõe que racionalização e melhoria dos serviços públicos são princípios integrantes da Política Nacional das Relações de Consumo. Já o art. 6º, X, estatui que a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral é direito básico do consumidor. Seguindo este raciocínio, a norma mais incisiva encontra-se no *caput* do art. 22 do códex:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. (BRASIL, 1990).

Para Luiz Antônio Rizzatto Nunes, o art. 22 "[...] é de fundamental importância para impedir que prestadores de serviços públicos pudessem construir 'teorias', para tentar dizer que não estariam submetidos às normas do CDC." (NUNES, 2007 apud TARTUCE, 2012, p. 98).

No fundo, porém, a consolidação da *ratio decidendi* no prisma sinalizado pelos precedentes supracitados é uma consequência notória do vácuo legislativo decorrente da não regulamentação dos direitos do usuário em face do prestador do serviço público.

4. Inobservância do dever constitucional de legislar: algumas premissas teóricas sobre a inconstitucionalidade por omissão

Ainda que haja jurisprudência consolidada a aplicar o CDC na relação que o usuário trava com o prestador do serviço público, é indiscutível que isso não passa de medida paliativa diante do problema que decorre da ausência de regulamentação do art. 27 da EC 19. Na realidade, ao não editar a lei de defesa do usuário de serviços públicos no prazo assinalado, o Congresso Nacional incorreu em manifesta *omissão inconstitucional*.

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de

comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1076).

A omissão do Parlamento no cumprimento do seu dever constitucional de legislar fere a Constituição, pois a carência da norma infraconstitucional impede o pleno exercício de direito previsto em norma constitucional. A inércia do legislador, por conseguinte, é fator que desencadeia uma modalidade específica de violação do texto constitucional: a inconstitucionalidade por omissão.

Não é apenas a ação do Estado que pode ofender a Constituição. Deveras, a inércia do Poder Público e o silêncio legislativo igualmente podem conduzir a uma modalidade específica de ilegalidade definida, pelo direito contemporâneo, como inconstitucionalidade por omissão. (CLÈVE, 2000, p. 51).

É impossível esconder a inconstitucionalidade da conduta omissiva do legislador, que não apenas deixou de editar a lei em comento no prazo de 120 dias, como vem ignorando-a há mais de uma década. Parece até que, com a jurisprudência firmando-se em reconhecer a existência de relação de consumo a envolver usuário e prestador de serviço público, o legislador pressupôs que tudo estaria resolvido. Mas não é bem assim. Há casos em que os tribunais afastam a incidência do CDC. Serviços públicos próprios ou gerais, por exemplo, não são regidos pelas normas da legislação consumerista, conforme precedentes do STJ. Além disso, mesmo quando o intérprete do direito socorre-se às normas do Direito do Consumidor, a fim de suprir o vácuo legislativo, deve fazê-lo subsidiariamente, porquanto a satisfação do direito fundamental do usuário não coaduna em plenitude com a invocação do máximo benefício individual possível à luz do microsistema jurídico consumerista. De acordo com Justen Filho:

Esse é o fundamento pelo qual o direito do consumidor se aplica subsidiariamente aos serviços públicos. O direito do consumidor foi concebido como instrumento de defesa daquele que se encontra subordinado ao explorador de atividades econômicas, organizadas empresarialmente para a produção e apropriação

do lucro. O serviço público é um instrumento de satisfação dos direitos fundamentais, em que as condições unilateralmente fixadas pelo Estado refletem o modo de satisfazer o maior número possível de sujeitos, com o menor custo possível.

O regime de direito público, que se traduz em competências estatais anômalas, é indispensável para assegurar a continuidade, a generalidade, a adequação do serviço público. Se cada usuário pretendesse invocar o maior benefício individual possível, por meio das regras do direito do consumidor, os efeitos maléficos recairiam sobre outros consumidores.

Em suma, o direito do consumidor não pode ser aplicado integralmente no âmbito do serviço público por uma espécie de solidariedade entre os usuários, em virtude da qual nenhum deles pode exigir vantagens especiais cuja fruição acarretaria a inviabilização de oferta do serviço público em favor de outros sujeitos. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 493).

Que fazer nessas situações? Como deve agir o usuário de serviço público prestado com qualidade deficiente, aquém do aceitável? É razoável ignorar que a prestação de serviços públicos adequados é missão fundamental do Estado na salvaguarda dos cidadãos?

Evidentemente, essas perguntas não podem ser respondidas por um Parlamento omissivo. Seria uma ingenuidade supor que pudesse sair de forma espontânea da sua omissão. Para isso, é preciso recorrer à medida judicial, pois é flagrante que a não edição da lei de defesa do usuário dos serviços públicos está a prejudicar o cidadão perante o Poder Público, dado que o CDC não pode ser aplicado indistintamente a toda e qualquer prestação de serviço público. “Ocorre, então, o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa.” (SILVA, 2007, p. 48).

5. O ativismo judicial na jurisprudência do STF: análise contextual da decisão monocrática proferida na ADO 24 MC/DF

O Conselho Federal da OAB percebeu a postura omissiva do legislador. Em boa hora, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade

por Omissão n. 24 (ADO 24), com pedido de medida cautelar, a fim de que o STF reconhecesse a omissão do Congresso em tornar efetiva norma constitucional, declarasse a mora legislativa e desse prazo ao Parlamento para votar o projeto de lei regulamentadora do art. 27 da EC 19.

O processo foi distribuído ao Relator Ministro Dias Toffoli, que, no dia 1º de julho de 2013, deferiu em parte, *ad referendum* do Plenário, a medida cautelar pleiteada na ADO 24. Pela relevância da argumentação, é conveniente citar alguns trechos dessa decisão monocrática:

Com efeito, a cláusula constitucional inscrita no art. 27 da EC nº 19, de 1998, para além de proclamar uma garantia social dos direitos dos usuários dos serviços públicos, consubstanciou verdadeira *imposição legiferante*, a qual, dirigida ao Estado legislador, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma legislação destinada: (a) a assegurar a prestação de serviços públicos de qualidade à coletividade e (b) a estabelecer mecanismos específicos de proteção e defesa dos usuários.

Ocorre que, *passados exatos 15 (quinze) anos*, ainda não foi editada a referida lei de defesa do usuário dos serviços públicos. É evidente, portanto, a existência de *alargado lapso temporal (mais de uma década)*, a caracterizar, já neste juízo sumário, a *inatividade do Estado em cumprir o inequívoco dever constitucional de legislar*, o que resulta em afronta à Constituição. [...]

Ademais, embora eu reconheça que, em muitos casos, a inércia do Poder Legislativo possa ser considerada uma *legítima decisão política de não deliberação*, entendo que, na presente hipótese, a decisão política já foi tomada pelo Constituinte Derivado, quando determinou, no art. 27 da EC nº 19/98, a elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos, inclusive com a fixação de prazo para a sua concretização (cento e vinte dias). Nesse caso, *o legislador tem o dever jurídico de legislar, por força de expresso mandamento constitucional e, no caso de inércia, configurada está a omissão inconstitucional*. [...]

Em conclusão: a omissão legislativa, no presente caso, está a inviabilizar o que a Constituição da República determina: *a edição de lei de defesa dos usuários de serviços públicos*. A não edição

da referida disciplina legal, dentro do prazo estabelecido constitucionalmente, ou mesmo dentro de um prazo razoável. [...]

Sendo assim, dada a manifesta e inequívoca omissão inconstitucional, *que já perdura mais de uma década*, é dever desta Suprema Corte determinar a imediata ação do Estado legislador para a concretização do direito constitucionalmente previsto no art. 27 da EC nº 19/98, eliminando-se, o mais rápido possível, o estado de inconstitucionalidade. [...]

Nesses termos, acolho a sugestão do autor da demanda e fixo *prazo razoável de 120 (cento e vinte) dias* para a edição da lei em questão, tendo em vista ter sido esse o prazo definido no próprio art. 27 da EC nº 19/98. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Malgrado seja uma decisão monocrática, a argumentação do Ministro parece-me irretocável. Ela assinala a possibilidade de o texto constitucional ser vulnerado pela omissão do legislador. Mas não se limita a meras exortações. Avança e prevê prazo razoável de 120 dias, a fim de que o Congresso Nacional omissivo possa desincumbir-se de sua missão institucional, que é o exercício precípua da atividade legislativa.

Analisando a argumentação exposta na ADO 24 MC/DF pela perspectiva eminentemente doutrinária, reconheço-a como mais um exemplo de decisão ativista na jurisprudência do STF. O que quero enfatizar é que, ao fixar prazo razoável para que o Congresso elabore a lei de defesa do usuário de serviços públicos, o concatenamento de ideias do Ministro relator revela uma *atitude*, consistente na

[...] deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. (BARROSO, 2012).

A bem dizer, nessa preocupação em suprir o vácuo legislativo deixado pela não regulamentação do art. 27 da referida emenda é que se pode adjetivar de ativista a decisão monocrática.

Nesse momento, é importante salientar que não é a primeira vez que o STF tende a uma postura claramente ativista frente às omissões inconstitucionais. É perceptível que a jurisprudência da Suprema Corte brasileira tem demonstrado perplexidade diante da inércia do legislador, que, ao assim proceder, obsta a eficácia de normas constitucionais. Exemplo disso é a ementa do acórdão prolatado, já em 1996, na ADI 1.458/DF:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO .

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO.

- A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo.

- O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV)-, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL.

- A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desprezeta a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

- As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF.

- A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Embora o tema das omissões inconstitucionais não seja inédito no repertório do STF, a novidade jurisprudencial fica por conta da superação do entendimento que, antes, limitava as decisões da Corte à mera ciência do legislador quanto à sua mora. Hoje, especialmente após o advento da Lei 12.063/09, que acrescentou à Lei n. 9.868/1999 a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF tem sido muito mais rigoroso no combate às omissões inconstitucionais, tal qual se nota do aresto proferido na ADI 3.682/MT:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDACÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, des-

membramento e fusão de municípios. *Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar*, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. *As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.*

3. *A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.*

4. *Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (BRASIL, 2007, grifo nosso).*

É sintomático o estabelecimento de prazo razoável para o legislador vencer o estado de inércia deliberativa. Tem-se aí um avanço gigantesco na jurisprudência constitucional do STF, em ordem a as-

segurar a supremacia da Constituição – que, como vimos, é perfeitamente passível de violação pelo silêncio legislativo –, muitas vezes submetida ao risco do livre-alvedrio de um Poder Legislativo pouco comprometido com a eficácia das normas constitucionais.

A esse respeito, leciona Zeno Veloso:

Para que não se transformasse num patético ‘catálogo de intenções’, deixando de ter aplicabilidade por causa da inércia ou da resistência do legislador e das autoridades incumbidas de editar leis ou atos reguladores de normas constitucionais que careçam destas providências, a Carta Magna tem alguns preceitos e instituiu um mecanismo de defesa com vistas a garantir a obediência a seus comandos, objetivando conferir efetividade aos seus propósitos e dar concretude a seus princípios. Se a Constituição formal ou escrita não se transformar numa Constituição viva e real, não terá passado de uma ‘folha de papel’. E não são poucos os espíritos retrógrados e passadistas que sonham com isto.

Há o risco de acastelarem-se nos órgãos deliberativos e executivos pessoas descompromissadas e até adversárias das conquistas e avanços estabelecidos pela Constituição. Somados a isso a preguiça, o atraso cultural, a falta de compromisso com os ideais democráticos, muitas normas constitucionais destituídas de eficácia automática ou imediata - e que por isso precisam de um ato complementar – não serão exequíveis. (VELOSO, 2003, p. 247).

O importante é perceber que essa tendência jurisprudencial da Suprema Corte brasileira harmoniza-se aos postulados do ativismo judicial, porquanto a atuação do Poder Judiciário expande-se cada vez mais, a valer-se da jurisdição constitucional como instrumento garantidor da satisfação de demandas sociais prementes.

É claro que os precedentes ativistas do STF não podem ser vistos como regra, e sim como exceções. Caso contrário, estaríamos vivendo sob o jugo de um *Estado de juízes*, o que é inadmissível em uma democracia como a brasileira, estruturada em torno da separação de Poderes. Por isso, creio ser correto afirmar que o ativismo judicial – e a correlata expansão do papel republicano do Poder Judiciário – deve submeter-se a

[...] limites *jurídico-constitucionais*, ou seja, limites do direito constitucional positivo. Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como ‘legisladores negativos’ (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem ‘normas’ para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático. É certo que estes limites jurídico-constitucionais não têm sido suficientes para evitar aquilo que os autores chamam de ‘ativismo judicial’ à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do direito. O desenvolvimento tem passado - sobretudo no âmbito dos tribunais constitucionais e dos tribunais ordinários com funções constitucionais – pela *descoberta* de novas funções e novas dimensões do direito. (CANOTILHO, 2011, p. 144).

As exceções ativistas afiguram-se-me plenamente justificáveis em casos nos quais a inércia do legislador esteja a impedir a concretização de direitos assegurados por normas constitucionais. Tal é o caso do art. 27 da EC 19, que, mesmo após mais de uma década, permanece ineficaz ante a não edição da lei de defesa do usuário de serviços públicos.

Nessas circunstâncias, não vejo como algo censurável, de nenhuma maneira, o ativismo judicial do STF. Pelo contrário. Creio que a jurisprudência ativista da Corte Suprema, ao fixar, por exemplo, prazo razoável para que o legislador supra sua omissão inconstitucional, legitima-se enquanto instrumento assecutorio de direitos fundamentais e, em *ultima ratio*, da própria força normativa da Constituição.

6. Conclusão

Não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal tende, de modo deveras acentuado, a consolidar uma jurisprudência de caráter notadamente ativista. Se entendermos o ativismo judicial qual uma mudança de postura, a conduzir a ampliação das missões tradicionalmente confiadas à jurisdição constitucional, observar-se-á uma ampliação no papel do Poder Judiciário enquanto instituição jurídica – na salvaguarda dos direitos fundamentais – e política – no controle de políticas públicas.

Nesse sentido, é correto afirmar que o combate às omissões inconstitucionais também integra o ideário do ativismo judicial. Afinal, é incontestável que a inércia do Poder Público também viola a Constituição, na medida em que a conduta omissa impede o exercício de direitos constitucionais, especialmente aqueles que dependem de lei regulamentadora.

Esse é o caso do usuário de serviços públicos no Brasil. Como a lei que viria a regulamentar sua defesa não foi elaborada, o entendimento pretoriano acabou por atenuar as consequências da inação legiferante. Com esse fim, consolidou-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações que envolvam consumidor-usuário diante dos prestadores de serviços públicos.

Porém, o microsistema jurídico consumerista, apesar do seu caráter garantista, não satisfaz em plenitude a proteção especial a que faz jus o usuário de serviços públicos. O fundamento é que nem todas as situações permitem a incidência do Código de Defesa do Consumidor (caso dos serviços públicos próprios gerais, por exemplo). Consequentemente, há hipóteses em que o usuário acaba por se ver desprotegido ante a *inertia deliberandi* do legislador. Ao fim e ao cabo, tem-se aí irrefutável lesão ao texto constitucional.

Por essa razão, entendo que o ativismo judicial na jurisprudência do Supremo tem-se constituído em fator importante de garantia da supremacia e eficácia das normas da Constituição de 1988. Ao adotar postura mais rigorosa no combate a omissões inconstitucionais, inclusive estabelecendo prazo razoável para o legislador sanar sua omissão, tal como fez ao julgar a ADI 3.682/MT, a Suprema Corte brasileira evidencia a importância da jurisdição constitucional para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito, que, por ser um Estado Constitucional, não pode prescindir do asseguramento da força normativa da Constituição.

É nesse sentido que entendo perfeitamente justificável a decisão tomada na ADO 24 MC/DF, que estabeleceu prazo razoável de 120 dias para que fosse elaborada a lei de defesa do usuário de serviços públicos e, por conseguinte, fosse suprida a omissão inconstitucional.

nal decorrente da falta de regulamentação do art. 27 da EC 19/1998. Trata-se de mais um precedente ativista do Supremo Tribunal Federal, perfeitamente legítimo diante do inaceitável vácuo legislativo que tem sido tão prejudicial à defesa dos direitos do usuário de serviços públicos no Brasil.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia. *Migalhas*, 5 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Depeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenue+fronteira+ou+judicializacao+ativismo>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 de nov. 2012.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 16 set. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no AREsp n. 183.812/SP, da 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 3 de novembro de 2012. *DJe*, 12 nov. 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 793.422/RS, da 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 3 de agosto de 2006. *DJ*, 17 ago. 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2012. [2006a]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 493.181/SP, da 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2005. *DJ*, 1 fev. 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2012. [2006b]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.187.456/RJ, da 1ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2005. *DJ*, 1 dez. 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 24 MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 1 de julho de 2013. *DJ*, 31 jul. 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1458/DF, do Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 23 de maio de 1996. *DJ*, 20 set. 1996. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682/MT, do Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 9 de maio de 2007. *Dje*, 6 set. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jul. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e Política: tópicos para uma Intervenção. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). *Constituição e Processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 324 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. 863 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 501 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. São Paulo: Método, 2012. 746 p.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 413 p.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130024

6

Direito
Administrativo

Artigo
Comentário à Jurisprudência

DIREITO ADMINISTRATIVO
ARTIGO

**AS APORIAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NA RECLAMAÇÃO Nº 2.138/DF
NO QUE SE REFERE AOS AGENTES POLÍTICOS
ACUSADOS DE ATOS DE IMPROBIDADE**

**APORIA OF THE DECISION OF THE SUPREME
COURT IN THE CLAIM Nº 2.138/DF
CONCERNING POLITICAL AGENTS
ACCUSED OF MISCONDUCT OF OFFICE**

NATHÁLIA MACEDO ANTUNES
Advogada
Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil
nathaliama23@hotmail.com

RICARDO FERREIRA SACCO
Professor
Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC, Brasil
ricardosacoadv@terra.com.br

RESUMO: O presente artigo vem discutir uma dificuldade de ordem racional com relação à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Reclamação nº 2.138/DF, no que se refere aos agentes políticos acusados de atos de improbidade. Tal decisão entendeu pela inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) aos agentes políticos. A referida lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, tendo em vista a necessidade de se dar a máxima efetividade

aos princípios constitucionais administrativos. A própria principio-logia republicana está ligada à responsabilização, sem comportar abertura de espaços para flexibilizações e concessão de privilégios pessoais. Ao entender pela impossibilidade de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, reservando a eles julgamentos políticos nos respectivos Poderes Legislativos, abriu-se espaço para a parcialidade existente nos julgamentos políticos, que muitas vezes visam interesses partidários, aos quais se soma uma intensa carga de corporativismo. A referida decisão do STF possui aporias que merecem atenta reflexão, visto que, dando-se tratamento privilegiado a tais agentes, com a aplicação de regime especial, estaríamos atrapalhando a evolução no combate aos atos de improbidade e talvez uma possível oportunidade de reduzir a sua prática por esses agentes.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; improbidade administrativa; agentes políticos; Reclamação n. 2.138/DF.

ABSTRACT: This article is to discuss a difficulty of a rational relation to the decision of the Supreme Court (STF) in the Reclamação n.º 2.138/DF, in the case of politicians accused of acts of misconduct. That decision held by the inapplicability of Law n.º 8.429/92 (Law of Administrative Improbity) to political agents. The Act provides for penalties applicable to public officials in cases of administrative impropriety in view the need to give maximum effectiveness to constitutional principles of government. Itself is linked to Republican principles, accountability, without entailing opening up space for flexibilities and personal privileges. By understanding the impossibility of implementing the Law of Administrative Improbity to political agents, allowing them political trials with the respective legislative, floor was opened to the partiality of political trials that often seek partisan interests which add a load of corporatism. The decision of the Supreme Court has aporia that deserve careful consideration here is that, by giving preferential treatment to these agents, with the implementation of special arrangements, we would be disturbing developments in combating acts of misconduct and perhaps a possible opportunity to reduce their practice by these agents.

KEY WORDS: Public administration; administrative impropriety; politicians; Reclamação n. 2.138/DF.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Administração Pública e a função administrativa. 2.1. Agentes públicos *versus* agentes políticos. 2.2. Os princípios que regem a Administração Pública. 2.3. Patrimônio público. 3. A Lei de Improbidade Administrativa e a Ação Civil Pública no combate aos atos que atentem contra os princípios da Administração Pública. 3.1. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). 4. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto (Reclamação nº 2.138/DF) e suas possíveis consequências. 5. Contradições da decisão do STF na Reclamação nº 2.138/DF. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A questão da responsabilização dos agentes políticos brasileiros por atos de improbidade administrativa gera muitas dúvidas e incertezas com relação aos julgamentos desses ilícitos no futuro e à legislação aplicável, ainda mais quando se considera a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Reclamação nº 2.138/DF. Nesta reclamação, decidiu-se pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, lei essa que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, objetivando dar a máxima efetividade aos princípios constitucionais administrativos.

Mas, segundo o Supremo, aos agentes políticos (entendidos como aqueles que ocupam cargos estruturais da organização política do Estado e, de acordo com parte expressiva da doutrina, englobaria os Chefes do Poder Executivo, seus auxiliares e membros do Poder Legislativo), a Lei nº 8.429/92 não seria aplicável, por entender que para eles existiria um regime especial. Haveria, portanto, um regramento de suas condutas não como atos de improbidade, mas como crimes de responsabilidade, desrespeitando-se, assim, a própria principiologia republicana, que está ligada à responsabilização daqueles que atuam em desconformidade com a lei e com os princípios, sem comportar abertura para flexibilizações.

Com a tese da impossibilidade de aplicação da LIA aos agentes políticos, que seriam julgados apenas politicamente nos respectivos

Poderes Legislativos (e não pelo Judiciário), abriu-se espaço para a parcialidade existente nesses julgamentos políticos, que muitas vezes visam interesses partidários, aos quais se soma uma intensa carga de corporativismo. A referida decisão do STF possui aporias que merecem atenta reflexão e que serão tratadas mais detalhadamente neste artigo, além de implicações morais, visto que, dando-se tratamento privilegiado a esses agentes, estaríamos atrapalhando a evolução no combate aos atos de improbidade e talvez uma possível oportunidade de reduzir a sua prática.

2. A Administração Pública e a função administrativa

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece a forma federal de Estado e proclama, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1988). Esse seria o Estado de Direito, seguidor dos princípios da democracia, que, portanto, atua de acordo com a vontade da maioria de seu povo, do qual emana o poder político, mas sempre respeitando as regras estabelecidas na Carta Constitucional, levando então ao Estado democrático de direito. Segundo o renomado constitucionalista português Jorge Miranda (2000, p. 210-211), o “Estado de Direito Democrático” ou o nosso “Estado Democrático de Direito” traduz a confluência de Estado de Direito e democracia, na qual o poder político pertence ao povo “e é exercido de acordo com a regra da maioria, mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição”, havendo constante fiscalização dos atos do poder e uma interação de dois princípios substantivos, quais sejam, “o da soberania do povo e dos direitos fundamentais e a mediatização de princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade”.

Na essência da axiologia republicana há a responsabilização daqueles que atuam em prol da *res publica*, sendo o dever de administrar com zelo a coisa pública um axioma inquestionável.

Podemos descer aos fundamentos políticos do governo para inferir tal afirmação:

O ato que institui o governo não é um contrato, mas uma lei; que os depositários do poder executivo não são os senhores do

povo, mas seus oficiais; que o povo dispõe do direito de nomeá-los e destituí-los quando lhe aprouver; que para eles não é uma questão de contratar, mas de obedecer; e que, incumbindo-se das funções que o Estado lhes impõe, outra coisa não fazem senão cumprir com seu dever de cidadãos, sem terem de maneira alguma o direito de discutir as condições. (ROUSSEAU, 2008, p. 135).

Cabe aqui tratarmos mais especificamente da função administrativa e das competências estabelecidas pela Carta Magna aos administradores públicos, que consiste no tema principal deste trabalho.

O Direito Administrativo é um ramo autônomo do Direito que estuda a Administração Pública e a função administrativa, estabelecendo regras e princípios que são voltados para a atuação do Estado no exercício dessa função, em que ele visa proteger o interesse público. São regradas as relações jurídicas estabelecidas entre os próprios órgãos e pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública direta e indireta e as relações em que se tem de um lado o Estado e do outro, a coletividade (CARVALHO FILHO, 2006).

Existe certa dificuldade em expressar o significado preciso de *administração pública*, tendo-se em vista a grande quantidade de atividades que o Estado deve desempenhar e o número de órgãos e agentes públicos que devem desempenhá-las. Para isso a doutrina divide o sentido dessa expressão em subjetivo (formal, orgânico) ou objetivo (material, funcional), analisando-o sob a ótica de quem executa as atividades que o Estado deve prestar à coletividade (pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos) e também sob a ótica da natureza da própria atividade prestada (DI PIETRO, 2004).

Analisando-se o sentido objetivo, material ou funcional, o verbo *administrar* significa cuidar, zelar, gerir e, no caso, o que é administrado é a coisa pública, é o interesse de todos. Aqui se fala em *administração pública* (grafada com as iniciais minúsculas) para mencionar a própria atividade de gestão dos interesses públicos exercida pelo Estado, com seus órgãos e agentes, exercendo tal função pública em benefício da sociedade (CARVALHO FILHO, 2010).

Pelo sentido subjetivo, temos que a expressão *Administração Pública* (escrita com letras maiúsculas) significa o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos que possuem o dever de executar as atividades administrativas, não devendo ser confundida com nenhum dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo com o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Leva-se em consideração no sentido subjetivo o sujeito da função administrativa, quem a exerce realmente (CARVALHO FILHO, 2006).

Os agentes públicos e os órgãos que exercem a função administrativa fazem parte da estrutura dos entes federativos (União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios), compondo a Administração Pública direta. Entretanto, existem também pessoas jurídicas que receberam a incumbência de algumas dessas entidades para realizar uma função específica. Tais pessoas jurídicas compõem a Administração Pública indireta e são: as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Elas exercem a função administrativa de maneira descentralizada, diferentemente dos entes que integram a Administração direta, que a exercem de modo centralizado.

A função administrativa é a função exercida pelo Estado, ou por aquele a quem ele tenha delegado determinada atividade de sua competência, para gerir os interesses coletivos, organizar-se internamente, prestar serviços à população ou mesmo interferir no campo privado ao exercer seu Poder de Polícia. Por ser o Estado uma pessoa jurídica, ele precisa de pessoas naturais para expressar sua vontade, o que é feito por meio dos agentes que pertencem a sua estrutura. Os agentes públicos são o elemento físico da Administração Pública, sem os quais esta não poderia realizar suas atividades. São todos aqueles que exercem uma função pública atuando como prepostos da pessoa jurídica (CARVALHO FILHO, 2006).

2.1. Agentes públicos *versus* agentes políticos

Conforme afirmado, o Estado, por ser pessoa jurídica, precisa de pessoas naturais que atuem representando-o, expressando sua vontade e realizando suas funções em seu nome. Para isso, torna-se necessária a presença de agentes públicos em sua estrutura, con-

siderando-se tais agentes como todos aqueles que exercem uma função pública em nome do Poder Público. São eles os integrantes dos órgãos públicos que o próprio Estado cria para a realização de determinadas funções. Assim se forma a trilogia fundamental que constitui o perfil da Administração Pública, composta pelos agentes, os órgãos e as funções exercidas (CARVALHO FILHO, 2010).

Todavia, o conceito de agentes públicos é maior e mais abrangente. Agentes públicos são aqueles que, de alguma forma, vinculam-se ao Poder Público e podem ser considerados como “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 637). Tal função pública pode ser definitiva ou transitória/ocasional, pode ser gratuita ou remunerada, sendo jurídica ou política (CARVALHO FILHO, 2010). Isso mostra que é agente público “quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*” (MELLO, 2008, p. 243, grifo nosso).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), o conceito de agentes públicos, por ser amplo e abranger uma variedade de sujeitos, pode ser dividido nas seguintes categorias: a dos servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado, que formariam, juntos, a classe dos servidores estatais; a dos particulares que atuam em colaboração com o Poder Público; e a categoria dos agentes políticos.

A primeira categoria não é formada apenas pelos servidores públicos (como esclarece Celso Antônio B. de Mello), devendo se falar em servidores estatais, pois o primeiro termo apresenta um alcance mais restrito. Mas é esta a classe mais ampla dentro do gênero dos agentes públicos e que contém a maior parte dos seus integrantes. São profissionais integrantes de carreiras, que se vinculam ao Estado, por meio de uma relação não eventual de trabalho, para a prática das mais diversas funções e sendo remunerados periodicamente pelos serviços prestados (MARTINS, 2009).

Outra categoria de agentes públicos é a dos particulares que colaboram com o Poder Público, de maneira transitória, sem perderem sua qualidade de particulares, mas para a execução de certas funções

públicas. São eles os concessionários e permissionários de serviços públicos, mesários e juntas apuradoras das eleições, jurados, os titulares de ofícios de notas e registro não oficializados e os gestores de negócios públicos (MARTINS, 2009).

Agentes políticos, portanto, são uma das espécies do gênero maior formado pelos agentes públicos. São agentes que ocupam cargos estruturais à organização política do Estado e exercem funções de direção, devendo seguir as orientações previstas no texto constitucional (MELLO, 2008), tendo-se em vista que não representam um mero vínculo funcional, uma vez que “estabelecem uma relação verdadeiramente institucional com o Estado, a partir de um regime que tem sua fonte de inspiração na própria Lei Maior.” (ANJOS NETO, 2004, p. 3).

Tais agentes exercem funções de caráter político (um *munus* público) e de modo transitório, seguindo a regra da investidura e da escolha por meio de eleições, sendo titulares de um mandato eletivo (considerando-se neste conceito também os seus auxiliares). Eles realizam funções políticas, de administração e de governo e a eles compete executar as diretrizes traçadas pelo Poder Público, estabelecendo as estratégias políticas necessárias para que o Estado possa alcançar seus fins, determinando, assim, o futuro do país (CARVALHO FILHO, 2010).

Essa categoria é representada pelos Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores Estaduais e Prefeitos, além dos vices), seus auxiliares (Ministros de Estado e Secretários) e pelos membros do Poder Legislativo (Deputados Federais, Senadores, Deputados Estaduais e Vereadores). Há ainda quem entenda, como Hely Lopes Meirelles, que membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas e representantes diplomáticos também seriam integrantes dessa classe (MARTINS, 2009).

2.2. Os princípios que regem a Administração Pública

O poder atribuído ao administrador deve ser utilizado segundo os parâmetros legais e também em consonância com os princípios constitucionais e administrativos, para que não se configure em uma

conduta abusiva, não podendo ser aceita pelo ordenamento jurídico, por ser considerada como ilegítima (CARVALHO FILHO, 2010).

Não está no escopo do presente trabalho o estudo detalhado dos princípios da administração pública, mas serão necessárias algumas considerações fundamentais. É importante lembrar que os administradores não devem agir somente com respeito aos preceitos legais, mas também com base nos princípios, e, principalmente, devem seguir os princípios traçados pela Constituição Federal, tendo em vista a natureza dos bens (públicos), interesses (públicos, coletivos) e direitos (de toda a coletividade) envolvidos, que devem e necessitam ser protegidos.

Os princípios constitucionais funcionam como alicerces, como elementos estruturantes do sistema jurídico, representando enunciados lógicos que servem de diretrizes para a aplicação das normas que constituem todo o sistema. (REALE, 2006). Tais princípios “atuam como orientadores axiológicos da ação dos intérpretes” (SANTOS, 2008, p. 243).

De acordo com o autor José dos Santos Carvalho Filho:

[...] princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 15).

Existem princípios que foram estabelecidos de maneira expressa, sendo mencionados no texto constitucional vigente. Foi dedicado um capítulo inteiramente à Administração Pública, o que não ocorreu nas Cartas anteriores. Da mesma forma, existem, também, outros princípios que são inferidos de seu texto pela doutrina administrativista, chamados de princípios *reconhecidos*. Mas, de todo modo, não podemos pensar em nenhum instituto do Direito Administrativo que não seja informado por esses princípios (CARVALHO FILHO, 2006).

São princípios administrativos *expressos*, contidos na Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 37, os seguintes: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência. Existem ainda alguns princípios que foram previstos em Constituições Estaduais, como o da razoabilidade, da finalidade, da motivação e do interesse público (DI PIETRO, 2004).

Esse rol previsto pelo Constituinte no art. 37, *caput*, revela as diretrizes fundamentais da Administração Pública direta e indireta e deve servir de baliza para a atuação dos agentes públicos, funcionando como uma espécie de manual de conduta desses agentes, o que demonstra um compromisso com os interesses e direitos da sociedade (ANJOS NETO, 2004).

O princípio que inaugura esse rol, o princípio da legalidade, “juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais” (DI PIETRO, 2004, p. 67). O princípio da legalidade representa a diretriz básica a ser seguida pelos agentes públicos.

Segundo tal preceito, o administrador público só pode fazer o que a lei lhe permite. Qualquer atividade desempenhada por ele deve ser autorizada por uma lei, pois, caso contrário, será ilícita. Enquanto para os particulares existe a autonomia da vontade, em que eles podem fazer tudo que a lei não proíba (desde que não seja caracterizada a má-fé, o prejuízo de terceiros e a violação de princípios), para a Administração Pública aplica-se a legalidade, em que os agentes públicos só podem agir autorizados por lei (DI PIETRO, 2004).

Sem se adentrar o estudo detalhado de todos os princípios, merece destaque ainda o da moralidade, através do qual o legislador pretendeu justamente inibir que ocorresse a imoralidade no âmbito da Administração Pública, sendo, inclusive, um pressuposto de validade dos atos administrativos. Para agir de acordo com esse princípio, o administrador público deverá seguir sempre os princípios éticos ao realizar suas atividades. Devem ser analisados os critérios de oportunidade, conveniência, legalidade e justiça no desempenho

de suas funções, mas ele também deve distinguir entre o bem e o mal e entre o que seria uma conduta honesta, leal, ética, de boa-fé e o que não seria.

2.3. Patrimônio público

As questões relativas a defesa e proteção do patrimônio público são de fundamental importância, tendo-se em vista que este não é um patrimônio que pertença a quem está no poder, podendo dele se utilizar de qualquer maneira e até em benefício próprio, como se seu fosse. O Estado não existe somente como um fim em si mesmo, mas também para servir à sociedade. Então um patrimônio que pertence ao Estado, em última análise, pertence também ao povo, devendo ser utilizado em virtude do bem comum, e não apenas de algumas autoridades que exerçam funções públicas.

Aborda muito bem esse aspecto o autor Fernando Rodrigues Martins, quando diz o seguinte:

É evidente que o combate à improbidade administrativa, à corrupção, ao tráfico de influência, entre outras situações ilícitas que concernem ao patrimônio público, também importará na fundamentação substancial e definitiva do Estado democrático. [...] Nesse desiderato é relevante compreender que geralmente as práticas de improbidade administrativa têm por gênese a intencional confusão da seara pública com o interesse privado ou das razões de Estado com o desejo particular. (MARTINS, 2009, p. 41).

A Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65) considerou patrimônio público como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, § 1º). Desse modo, podemos perceber que a expressão “patrimônio público” possui um conceito bem amplo, abrangendo todo um conjunto de bens e direitos.

Por terem a característica de ser públicos (constituindo o domínio público), estes bens recebem tratamento diferenciado em relação aos bens dos particulares, havendo regras e restrições específicas para eles. Isso porque sua conservação é do interesse público, o que

torna não só os administradores da *coisa pública* como também os administrados vinculados à sua defesa e proteção. Por possuírem esse atributo específico, mesmo que estejam na posse de particulares, eles não perdem a qualidade de *públicos*, em decorrência de sua origem (MARTINS, 2009).

3. A Lei de Improbidade Administrativa e a Ação Civil Pública no combate aos atos que atentem contra os princípios da Administração Pública

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito passou a não ser permitido mais um *governo de homens*, mas somente um *governo de leis*, pois, neste Estado, os cidadãos devem submissão à lei, e principalmente à Constituição, e não aos caprichos dos governantes que estiverem de forma momentânea no poder. E, para que isso seja possível, é necessário que exista uma forma de conter os abusos cometidos pelos representantes dos Poderes, que devem atuar sempre de acordo com a Lei Fundamental, por ser ela que lhes concede competência para agir em nome do povo. Para isso, cabe ao Poder Judiciário, ao ser provocado, realizar esse controle e impedir que a Carta Constitucional e os direitos e liberdades fundamentais sejam violados (TAVARES, 2000).

Tendo-se em vista a necessidade de se dar a máxima efetividade aos princípios constitucionais administrativos, foram criados instrumentos de combate aos atos que atentem contra o patrimônio público, a moralidade e a probidade administrativa, o bem comum e o direito da população em ver garantida a boa administração. Entre os instrumentos de controle temos dois, de grande importância para a concretização de tal proteção, que seriam: a Ação Civil Pública (regulada pela Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85) e a Ação de Improbidade Administrativa (disciplinada pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92).

A Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), com o objetivo de tutelar interesses e direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos (direitos transindividuais), concedeu legitimidade ativa para propor a ação civil pública a diversos entes, ampliando assim os meios de

proteção desses direitos. Dessa forma, temos o Ministério Público como um dos defensores dos direitos transindividuais, funcionando como autor das ações civis públicas ou, quando não intervier no processo como parte, atuando, obrigatoriamente, no processo, como fiscal da lei (função de *custos legis*).

Em consequência, a ação civil pública pode sim ser utilizada para proteger o patrimônio público, como um direito transindividual, que possui um conceito bem amplo, não contendo razão nenhum argumento de que ela não possa servir de instrumento para o combate aos atos de improbidade nem de que o Ministério Público não seria legitimado para a sua propositura, com tal objetivo.

Com relação a esse tema merece destaque uma observação relativa à nomenclatura utilizada. O que ocorre em nossa opinião é uma falta de técnica jurídica no sentido de atribuir o nome de “ação civil pública de improbidade administrativa”, uma vez que a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramentos próprios, não se confundindo com as ações civis públicas em geral.

A importância do assunto, por óbvio, levou o legislador a editar regras específicas. Ocorre que a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) é posterior à Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), portanto, em face do critério de especialidade, ela deve ser aplicada quando as questões se relacionarem a atos de improbidade. Fato é que a Lei de Improbidade Administrativa prescreveu em seu art. 17 que “a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”. Tal dispositivo regula o rito aplicado, e apenas isto, levando muitos operadores do direito a não entenderem que se trata de simples ação ordinária, bastando aplicar o rito pertinente (SACCO, 2008).

Existe, portanto, uma diferença de regimes estabelecidos pelas duas Leis (Ação Civil Pública e Improbidade Administrativa). Embora ambas sejam espécies de ações coletivas, para cada uma foi estabelecido um regramento de procedimentos diferentes, o que fortalece o argumento de que seria um equívoco se falar em ação civil pública

de improbidade administrativa, pois a ação de improbidade não é uma espécie do gênero ação civil pública. Seria mais adequado se falar apenas em ação de improbidade administrativa, tendo-se em vista que são duas ações distintas, com a previsão de legitimidades para pessoas distintas, objetos distintos, objetivos e previsão de sanções diferenciadas, além dos tipos de procedimento (SHIMURA, 2006).

3.1. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)

A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa. Essa lei visa punir aqueles que atuam com abuso de poder, configurado no desvio de poder ou de finalidade, em que o agente público exerce suas atividades de modo que não condiz com o fim estabelecido em lei, sempre voltado para o interesse público, violando também o princípio da finalidade do interesse público.

Quando o administrador público utiliza seu cargo ou suas funções para atingir fins não desejados por lei, agindo em proveito próprio, ofende a moral administrativa.

Os atos da Administração devem acompanhar padrões éticos vigentes na sociedade à qual se destinam e à época em que forem praticados, mas nunca contrariando disposições legais. (CAMMAROSANO, 2006, p. 71).

A improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, que a relação é entre conteúdo e continente, de sorte que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha também como caracterizada aquela.

A Constituição não define os comportamentos qualificáveis como improbidade administrativa. É certo, todavia, que implicando sanções das mais severas, a definição dos comportamentos que mereçam referida qualificação cabe à lei, observados os parâmetros semânticos que se deve extrair do próprio sistema constitucional (CAMMAROSANO, 2006, p. 109).

Com o intuito de especificar os comportamentos que seriam qualificados como atos de improbidade administrativa, ensejando severas sanções, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, em respeito assim ao Estado democrático de Direito, à segurança jurídica e aos princípios constitucionais (CAMMAROSANO, 2006).

Assim, logo no artigo 1º a Lei dispõe quem pode ser sujeito passivo do ato de improbidade, além de fazer menção a quem pode figurar como sujeito ativo, ao determinar que os atos de improbidade podem ser praticados por qualquer agente público, servidor público ou não. Desse modo, são elencados como sujeitos passivos: a Administração Pública direta ou indireta, como também fundacional, de qualquer dos três Poderes da União, do Distrito Federal, dos Estados-Membros, dos Municípios e de Território, “de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” (*caput*). (BRASIL, 1992).

E o artigo completa, no parágrafo único, dispondo que igualmente estão sujeitos às penalidades previstas nessa lei os atos ímprobos que forem praticados contra o patrimônio de pessoas jurídicas que recebam benefícios, subvenções, incentivos (fiscais ou creditícios) de algum órgão público, como também os praticados contra

[...] aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, 1992).

Com isso, teremos todos os órgãos da Administração, direta ou indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista e até mesmo entidades que recebem subvenção de natureza fiscal ou creditícia ou empresas que tenham recebido dinheiro público para sua criação ou custeio figurando como sujeitos passivos imediatos dos atos de improbidade. E como sujeitos passivos mediatos temos o próprio cidadão, lesado no seu direito a uma boa administração (MARTINS, 2009).

A Lei de Improbidade Administrativa:

[...] destina-se a proteger a Administração Pública do modo mais abrangente possível, impondo objetivamente ao gestor da coisa pública, o dever de probidade e moralidade em sua administração. (FIGUEIREDO, 2009, p. 38).

Para isso, já no art. 2º, ela especifica melhor quem pode ser sujeito ativo do ilícito contra a Administração, estabelecendo o que deve ser entendido como agente público.

Assim, a Lei quis demonstrar a amplitude com que tal conceito deve ser considerado, fazendo referência a todos os agentes públicos da União, dos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal, como também de qualquer dos seus Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) (CARVALHO FILHO, 2010). Não são sujeitos ativos somente os servidores públicos, mas também toda pessoa que exerça uma atividade pública, mesmo que de maneira transitória ou sem receber remuneração, assumindo tal função por meio de nomeação, eleição, contratação, designação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, seja para um mandato, para assumir um cargo, um emprego ou uma função em qualquer das entidades que foram mencionadas no artigo 1º.

Isso mostra que mesmo os agentes políticos, os particulares contratados para exercer transitoriamente alguma função pública (sem vínculo funcional), ou servidores públicos de regime celetista, dos entes governamentais privados (como empresas públicas, sociedades de economia mista), como também integrantes do Ministério Público ou do Poder Judiciário, podem ser considerados como sujeitos ativos da prática de atos de improbidade disciplinados por essa Lei (FIGUEIREDO, 2009).

Esse âmbito de abrangência mostra-se ainda maior quando a Lei de Improbidade trata dos terceiros equiparados (art. 3º), que, mesmo não sendo servidores públicos ou agentes públicos, podem também responder por atos de improbidade, desde que tenham induzido ou concorrido para a sua prática, ou dele se beneficiado, de maneira direta ou indireta.

No art. 4º, o legislador faz menção aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37, *caput*, da CF/88), determinando que tais princípios são de observância obrigatória pelos agentes públicos, não só porque administram a coisa pública, como também devem servir de exemplo para a população, justamente por representarem o Estado, devendo atuar, dessa maneira, de forma ética, leal, honesta, lícita.

O art. 5º determina que no caso da ocorrência de lesão ao patrimônio público, seja por ação ou omissão do sujeito ativo, feita de forma dolosa ou mesmo culposa, deverá ser feito o ressarcimento integral do dano causado. Para isso, não importa se os bens objeto de constrição foram adquiridos antes da vigência da Lei de Improbidade Administrativa, pois mesmo tais bens podem ser alcançados. Cabe, ainda, ao réu provar que os bens, ou quais bens, não possuem conexão com a prática do ato de improbidade (FIGUEIREDO, 2009).

São estabelecidas e reguladas basicamente três categorias de atos de improbidade administrativa pela Lei nº 8.429/92, sendo dispostas da seguinte forma: a categoria dos atos que importam em enriquecimento ilícito do infrator (capítulo II, seção I, art. 9º); a dos atos que causam algum prejuízo ao erário (seção II, art. 10); e a dos atos de improbidade que violem os princípios da administração pública (seção III, art. 11).

É possível notar que, nesses artigos mencionados, que definem os tipos de ilícitos administrativos, são estabelecidas cláusulas gerais, na *caput* de cada artigo,

[...] com a utilização de conceitos indeterminados e o método casuístico nos respectivos incisos, o que pode ser confirmado pelo emprego do advérbio *notadamente*, abrindo *standards* para outras condutas paradigmáticas. (BAHENA, 2008, p. 121).

É importante ressaltar que o ato de improbidade que gere enriquecimento ilícito do agente público pode ou não levar um prejuízo material para a Administração, isso porque o sujeito ativo do ilícito pode receber dinheiro, valores, bens de modo que não acarrete

dano material ao Poder Público (MARTINS, 2009). Mas, mesmo assim, será responsabilizado porque, com sua conduta, haverá “quebra da confiança no tráfico jurídico. Portanto, a incidência de dano moral (e daí a razão da multa civil) é sempre uma constante” (MARTINS, 2009, p. 262).

Segundo previsão do art. 6º, o agente que se beneficiou agindo ilícitamente e obteve um ganho patrimonial, também ilícito, perderá os bens ou valores que tiverem sido acrescidos ao seu patrimônio, mostrando aqui a perda de bens como um tipo de pena, que será decretada pelo juiz na sentença condenatória por atos de improbidade que se encaixem em um dos incisos do artigo 9º. E, para que isso seja possível, existe a possibilidade de serem utilizadas medidas cautelares, nominadas ou inominadas (FIGUEIREDO, 2009).

Uma questão ainda polêmica é a referente a ações ou omissões culposas:

[...] a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário *qualquer ação ou omissão* dolosa ou *culposa* [...]. Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. (FIGUEIREDO, 2009, p. 97)

Analisando-se o dispositivo legal neste aspecto, podemos entender que mesmo uma conduta culposa, que, portanto, não seria praticada com o intuito de causar um dano, e que enseje uma lesão pequena ao erário, seria, segundo a Lei, considerada como ato de improbidade administrativa ao qual possam ser aplicadas as severas punições previstas para esse tipo de ato, como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, entre outras. Mas a Lei de Improbidade não pode ser interpretada dessa maneira, deve-se punir sim a conduta culposa, como previsto em lei, mas aquela em que exista culpa consciente, que seja capaz de causar uma lesão ao erário. Desse modo, seria respeitado o princípio da proporcionalidade, não havendo excessos na aplicação das leis e suas penalidades (FIGUEIREDO, 2009).

Os atos de improbidade que violem os princípios da administração pública estão tipificados no art. 11 da LIA. Assim, o agente público (e também os equiparados) comete ato de improbidade quando agir ou se omitir, em realizar suas funções, de modo que desrespeite os deveres de honestidade e lealdade às instituições, como também quando violar a imparcialidade e a legalidade.

Cumpra observar que o agente deve integral atendimento ao regime disciplinar a que está submetido. As hipóteses legais de violação aos *deveres* do servidor são, em última análise, de violação aos princípios constitucionais da Administração Pública. Assim, v.g., vide o art. 116 da Lei 8.112, de 1990, a exigir acatamento à legalidade, lealdade, moralidade, imparcialidade etc. (FIGUEIREDO, 2009, p. 118).

Portanto, no art. 11, é demonstrada a importância de os agentes públicos atuarem sempre em conformidade com as leis e suas finalidades, para não violarem o princípio da legalidade, como fundamento do Estado democrático de Direito, e o princípio da finalidade ou supremacia do interesse público (inciso I). Define-se também a necessidade de respeitarem seus deveres funcionais, atuando com zelo e dedicação e mantendo sigilo, quando for o caso (incisos II e III). O inciso IV trata ainda da obrigação de os administradores publicarem os atos praticados por eles, para ciência e garantia dos administrados e em respeito ao princípio constitucional da publicidade (FIGUEIREDO, 2009).

O art. 12 trata das penas que devem ser aplicadas, isoladamente ou cumulativamente, aos infratores e concedidas de acordo com a gravidade do fato, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial que o agente ímprobo tiver conseguido com o ato de improbidade (*caput* e parágrafo único). Assim, são previstas penas de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente; ressarcimento integral do dano causado, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja

sócio majoritário. Mas o próprio *caput* do art. 12 deixa expresso que, além dessas cominações, o agente público poderá sofrer ainda sanções penais, civis e administrativas, que tiverem sido previstas nas legislações específicas.

Muito se discute acerca da natureza jurídica da Lei nº 8.429/92, podendo se falar na existência de três correntes que definem sua natureza. Uma das correntes entende que seus efeitos são de natureza administrativa e patrimonial, ou seja, seria de natureza civil, no sentido lato. Outra corrente já dispõe de maneira diametralmente oposta, por compreender que seu conteúdo deve ser considerado como de natureza penal. A última corrente já considera que a natureza jurídica deve ser determinada de acordo com o sujeito passivo do ato de improbidade, variando entre crime político, crime de responsabilidade ou ainda que reflita em responsabilidade administrativa e patrimonial (ANJOS NETO, 2004).

Não nos parece aceitável entender que a Lei de Improbidade seja nem de natureza política nem de crime de responsabilidade nem de natureza penal. Com relação a essa última, ela seria o oposto, seria de natureza extrapenal. Isso porque a Constituição menciona em seu art. 37, § 4º, “sem prejuízo da ação penal cabível”. Mas a independência de instâncias fica evidenciada também na própria Lei nº 8.429, quando dispõe da seguinte maneira no art. 12, *caput*: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”. (BRASIL, 1992).

Essa Lei possui natureza jurídica singular, não podendo ser vista nem como penal nem como administrativa, sendo independente destas esferas de responsabilidade (ANJOS NETO, 2004).

Embora tome de empréstimo – mas apenas isso – algumas descrições tipicamente penais, ali em seu bojo trabalha com outros tipos mais abertos e abstratos – o que não se coadunaria com o princípio da legalidade estrita, peculiar ao direito repressivo. (ANJOS NETO, 2004, p. 88).

E, quando descartamos a possibilidade de essa Lei ser de natureza penal, ao mesmo tempo, estamos excluindo também a possibilida-

de de ser suscitada a aplicação do foro privilegiado, por prerrogativa de função (ANJOS NETO, 2004).

E, com relação aos outros argumentos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) demonstra o entendimento de que atos de improbidade são considerados como crimes comuns, sendo a ação de improbidade uma ação civil, importando assim também em diferentes competências para julgamento. Isso pode ser visto em alguns julgados do Tribunal, como na Reclamação nº 591-SP, um *leading case* na matéria, de relatoria do Min. Nilson Naves como relator (ANJOS NETO, 2004).

Esse entendimento foi muito bem sintetizado, em sede doutrinária, pelo Min. José Augusto Delgado, citado pelo autor Francisco Chaves dos Anjos Neto na passagem a seguir:

A Lei de Improbidade Administrativa cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a Administração Pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal. Ela adota uma terceira espécie, a ação civil de reparação de danos ao erário, com consequências não penais propriamente ditas, apenas visando ao ressarcimento ao erário dos danos que contra si foram praticados e aplicando aos infratores sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública. (ANJOS NETO, 2004, p. 112).

O art. 23 da Lei de Improbidade estabelece os prazos prescricionais da ação de improbidade administrativa, regulamentando o disposto no § 5º do art. 37 da Constituição, mas não faz menção, entre eles, da existência de um prazo também para a ação que objetive o ressarcimento integral do dano causado, pois, como o texto constitucional determinou, tal ação é imprescritível (SHIMURA, 2006).

Outro ponto importante que também deve ser mencionado se refere à competência para julgar casos de improbidade administrativa. A Lei nº 10.628/2002 havia realizado modificações no artigo 84 do CPP, concedendo prerrogativa de foro a tais agentes (ou ex-agentes)

que deveriam então ser processados e julgados por esses crimes perante o tribunal competente para processá-los e julgá-los criminalmente, em razão da função pública que exercem (ou exerciam), retirando, assim, a competência do juiz de primeira instância (FIGUEIREDO, 2009).

O STF declarou a inconstitucionalidade do foro privilegiado previsto pela Lei nº 10.628/02 aos ex-agentes públicos, na qual a real intenção era de conceder privilégios aos ex-agentes políticos. Os Ministros entenderam que a competência originária do Supremo é aquela definida na Lei Maior, para crimes de natureza penal, e não civil, como no caso da responsabilização por atos de improbidade, e, sendo assim, essa competência não poderia ser somada, por lei, àquela já definida constitucionalmente (SHIMURA, 2006).

Entende-se que tal mudança na legislação seria uma reação ao cancelamento da Súmula nº 394 pelo Supremo, na qual era previsto o foro especial, por prerrogativa de função, também aos ex-titulares de funções públicas. Mas o entendimento sobre a matéria mudou e passou-se a considerar que deve prevalecer o princípio da atualidade do exercício da função pública. Foi demonstrada a diferença existente entre privilégio e prerrogativa, sendo certo que esta é uma garantia concedida para que se tenha a necessária autonomia no exercício de uma função pública (SHIMURA, 2006). Mas, “quando cessa a função pública, a manutenção de tal prerrogativa passa a ser um privilégio, por adquirir um caráter pessoal e não funcional” (SHIMURA, 2006, p. 80).

A questão relativa a defesa da probidade administrativa e persecução de ações ímprobadas é de extrema relevância. Tal discussão se torna ainda mais importante, não somente do ponto de vista teórico como também prático, tendo-se em vista que existe uma forte pressão para que a ação de improbidade administrativa seja considerada imprópria para a persecução de agentes políticos (chefes do executivo e seus auxiliares, assim como os membros do Poder Legislativo). O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 2.138/DF, emprega a tese da inaplicabilidade da Lei de Improbidade aos referidos agentes políticos, o que faz diminuir consideravelmente a possibilidade de controle de tais atos pela sociedade, e este não

parece ser nem de longe o objetivo traçado pela Constituição de 1988 ante qualquer análise hermenêutica mais simples.

4. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto (Reclamação nº 2.138/DF) e suas possíveis consequências

O Supremo Tribunal Federal demonstrou seu entendimento acerca do tema da aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) aos agentes políticos na Reclamação nº 2.138- 6/DF, publicada em 18 de abril de 2008, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (relator para o acórdão). A reclamação é instituto que visa a preservação da competência e a garantia de autoridade das decisões do Supremo.

Mas trata-se apenas de um caso concreto que, portanto, possui efeitos *inter partes*, não tendo, eficácia *erga omnes*, para toda a coletividade. Contudo há uma tendência, que neste caso se torna preocupante, que envolve a abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, ou seja, sua tendência em ter efeitos similares ao controle de constitucionalidade concentrado ante a nova interpretação que o STF tem dado ao art. 52, X, da CF/88.

No julgado referente à Reclamação nº 2.138/DF, o Supremo entendeu que a Lei de Improbidade Administrativa não seria aplicável aos Ministros de Estado, considerando-os como agentes políticos que seriam regidos por um regime jurídico especial de responsabilidade. O STF aí faz a distinção entre agentes políticos e agentes públicos, que possuiriam regimes diferentes de responsabilização, e considera atos de improbidade como crimes de responsabilidade.

Para uma completa análise da Reclamação nº 2.138/DF, é importante discutirmos vários pontos dessa decisão, o que passa a ser feito a seguir:

RECLAMAÇÃO 2.138-6/ Distrito Federal

Relator originário: Min. NELSON JOBIM

Relator para o Acórdão: Min. GILMAR MENDES (art. 38, IV, *b*, do RISTF) Julgamento: 13/06/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: 18/04/2008

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I. 1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I. 2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II. 1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II. 2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum

da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, *c* da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, *c* da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (BRASIL, 2008).

No caso em debate, o Ministério Público Federal propôs uma Ação de Improbidade Administrativa, com base na Lei nº 8.429/92, contra o então Ministro Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE), da Presidência da República, o qual, na época em que a Reclamação chegou ao Supremo, exercia a função de Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia.

Nos termos da petição inicial, a improbidade administrativa consistia em solicitação e posterior utilização indevida de aeronaves da Força Aérea Brasileira (FAB) para o seu transporte particular, como também para o transporte de terceiros, sem haver nenhuma relação com suas atividades funcionais, além de ter sido constatada a fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica. E, assim, foi pedida a sua condenação pelos atos de improbidade praticados, por ter infringido o art. 9º, *caput* e incisos IV e XII, o art. 10, *caput* e incisos IX e XIII, como também o art. 11, *caput* e inciso I, todos da Lei de Improbidade Administrativa.

A União arguiu a incompetência absoluta da Justiça Federal de Primeiro Grau para processar e julgar essa ação, alegando tratar-se de competência do STF, com fulcro no art. 102, I, *b*, da Constituição

Federal. E o Réu contestou as alegações, dizendo que utilizou as aeronaves de forma legal, com boa-fé e com base na praxe administrativa e também alegou a incompetência absoluta do juízo e a inépcia da petição inicial.

Contudo, o Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou procedente o pedido e condenou o Ministro de Estado, aplicando as penalidades previstas na Lei nº 8.429/92, em seu art. 12, bem como no art. 37, § 4º, da Constituição da República, havendo apelação da sentença.

Diante disso, a União propôs a Reclamação nº 2.138, em face do Juiz Federal, objetivando a preservação da competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar essa ação de improbidade. Pretendeu que fosse considerada usurpação da competência absoluta do STF para processar e julgar um Ministro de Estado por crime de responsabilidade, processando um agente político com fundamento na Lei de Improbidade Administrativa nas instâncias ordinárias, tendo como base para suas alegações, o art. 102, I, *b* e *c*, da Carta Magna.

Em seus arrazoados, a União alegou que os Ministros de Estado não responderiam por atos de improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade, e perante o STF. Considerou que, mediante a realização de uma interpretação sistemática do texto constitucional e da compreensão adequada da natureza dos agentes políticos, chegar-se-ia à conclusão de que tais agentes não poderiam ser perseguidos por meio de ações de improbidade administrativa, levando “à necessidade de se firmar uma redução teleológica do teor da norma constante do art. 2º da Lei nº 8.429/92” (BRASIL, 2008, p. 100).

A União continua seu argumento dizendo que no gênero agentes públicos estão aqueles que ocupam cargos e funções estabelecidas na Constituição, que prevê suas atribuições, estabelece prerrogativas e suas responsabilidades. Agora, agentes políticos seriam uma categoria diferenciada da noção geral de agentes públicos, entendida assim não somente pela legislação como também pela doutrina adminis-

trativista. Essa seria uma categoria especial de agentes que possuem como característica marcante a independência de sua atuação e a capacidade para tomar decisões que estão relacionadas ao próprio exercício da soberania do Estado. E, por isso, o exercício das funções atribuídas aos agentes políticos não se confundiria com as exercidas pelos demais servidores públicos, com suas limitações hierárquicas, falta de autonomia funcional (como não se vê no caso dos agentes políticos) e submissão ao sistema comum de responsabilidades.

Considerando-se essas diferenças e, principalmente, a necessária independência e liberdade funcional dos agentes políticos para o exercício de seu papel constitucional, eles não podem estar sujeitos ao regime de responsabilidade comum dos demais agentes públicos, tendo suas responsabilidades apuradas, sofrendo supervisão e repressão com o mesmo padrão dos demais agentes administrativos. Isso está na natureza de tais agentes, que representam uma função política.

E assim, terminando seu argumento, a União completa que, admitir-se que um juiz de primeira instância possa julgar um Ministro de Estado e aplicar-lhe sanções como a perda de seu cargo e de seus direitos políticos, até mesmo em sede de liminar, seria contrário ao sistema pretendido, pelo próprio Constituinte, de proteção da liberdade de agir dos agentes políticos.

Então, o STF extinguiu o processo ocorrido na Vara Federal e determinou sua competência para processar e julgar o caso, com supedâneo no art. 102, I, c, da Constituição brasileira. Determinou a rejeição da preliminar de prejudicialidade, rejeitou a questão de ordem suscitada, no sentido de sobrestar o julgamento. No mérito, por maioria, o Supremo Tribunal julgou procedente a reclamação.

O Supremo utiliza como fundamentos de sua decisão as distinções existentes entre o conceito de agentes públicos e o que se entende por agentes políticos. Para ele, existiriam dois regimes jurídicos de responsabilização político-administrativa, declarando que nosso sistema constitucional diferencia o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos.

5. Contradições da decisão do STF na Reclamação nº 2.138/DF

Na decisão da presente reclamação, fala-se que a Constituição Federal não admite a concorrência entre dois regimes jurídicos de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Seria previsto em seu texto um regime geral, aplicável aos agentes públicos como um todo, conforme o art. 37, § 4º (que é regulado pela Lei de Improbidade Administrativa), e um regime especial, que estaria fixado no art. 102, I, c (sendo disciplinado pela Lei nº 1.079/50), aplicável somente aos agentes políticos. E ainda completam a fundamentação dizendo que, “se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição” (Reclamação nº 2.138/DF).

Para o Supremo, os Ministros de Estado, por serem agentes políticos, seriam regidos por normas específicas, e não pelas normas comuns aplicáveis a todo servidor público, por estarem submetidos a um regime de responsabilidade especial, constante do art. 102, I, c, da CF/88, regulado pela Lei nº 1.079/50. Sendo assim, a eles não seria aplicável o regime comum de responsabilização, disciplinado na Lei nº 8.429/92.

Além disso, seriam os Ministros de Estado processados e julgados pelo STF, no caso de cometimento de delitos político-administrativos, sendo essa competência também prevista no art. 102, I, c, da Constituição de 1988. Determinou-se, assim, a “incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição” (Reclamação nº 2.138/DF).

Contudo, no art. 102, inciso I, alínea c, da Constituição de 1988, utilizado como fundamento da decisão da Reclamação, só existe a menção no texto constitucional à competência originária do Supremo, para processar e julgar:

[...] os *Ministros de Estado* e os *Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica*, ressalvado o disposto no art. 52, I, os *membros dos Tribunais Superiores*, os do *Tribunal de Contas da União* e os *chefes de missão diplomática de caráter permanente* [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso)

no cometimento de infrações *penais* comuns e nos *crimes de responsabilidade*, nada é dito sobre atos de improbidade.

Em momento algum a Constituição Federal quis abranger essa competência, em crimes de responsabilidade, para o julgamento de todos os agentes políticos, determinando a competência do STF para julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, Governadores Estaduais, membros das Assembleias Legislativas, Prefeitos, Vereadores. A Lei Maior não mencionou esses agentes políticos, não quis que a norma abrangesse todos os agentes políticos, se esse fosse o objetivo, teria sido contemplado, na literalidade, pelo Poder Constituinte.

Uma ressalva ao que foi dito sobre a competência do STF, com relação ao que foi mencionado ou não no art. 102, refere-se aos deputados e senadores, tendo-se em vista que outro artigo, o art. 53, § 1º, da CF/88, determinou que eles devem ser submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

A competência dos Tribunais Superiores, para processar e julgar, originariamente, determinados casos, foi disposta de modo taxativo no texto constitucional, não sendo cabível a interpretação extensiva. Se a Carta Republicana quisesse dispor de modo mais amplo, como fez na alínea c, ao incluir os crimes de responsabilidade, ela o teria feito, pois não existem palavras desnecessárias na lei e não podemos deduzir algo que não esteja presente em seu texto e que não decorra da sua leitura e interpretação adequadas (ANJOS NETO, 2004).

Seguindo a tradição das Constituições anteriores, o Poder Constituinte quis limitar a competência, tendo em vista a prerrogativa de função, somente para hipóteses que digam respeito a uma jurisdi-

ção penal. No caso das ações de improbidade, isso não se aplica, por se constituir em uma jurisdição extrapenal. Se assim não fosse, não existiria a ressalva contida no final do parágrafo quarto do art. 37 da CF/88, quando diz: “sem prejuízo da ação penal cabível” (ANJOS NETO, 2004).

Dessa maneira, o regime especial de responsabilidade, estabelecido no art. 102, I, c, da CF/88, somente foi designado para os agentes políticos constantes desta alínea, não podendo ser aplicado a qualquer agente político. Sendo assim, para todos os outros, seria sim aplicável o regime comum, previsto no art. 37 da Constituição da República.

No *caput* do art. 37 da Lei Fundamental, são estabelecidos os princípios norteadores da Administração Pública e da função administrativa, que devem sempre ser obedecidos. Em seu parágrafo 4º, o art. 37 prevê as possíveis penas a serem aplicadas aos agentes que praticarem atos de improbidade, como a

[...] suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (regulamentação dada pela Lei nº 8.429/92). (BRASIL, 1988).

É importante perceber que esse artigo se refere aos atos praticados por todos os agentes, por tratar do assunto de forma ampla, não fazendo nenhuma ressalva quanto aos agentes políticos. Isso mostra que a todos seria aplicável o regime disciplinado pela Lei de Improbidade Administrativa, exceto quanto aos mencionados pela própria Constituição, no art. 102, I, c (se atos de improbidade forem considerados como crimes de responsabilidade).

Quando analisamos a decisão do Supremo na Reclamação nº 2.138/DF, em que ficou determinada a sua competência originária para julgar os Ministros de Estado, no caso de cometimento de crimes de responsabilidade, foi estabelecido que para eles seria aplicável um regime especial, justamente pelo fato de serem agentes políticos. O mais grave dessa decisão foi o fato de levar ao entendimento acerca da inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos, o que acabou por torná-la inaplicável, portanto, também aos prefeitos e vereadores.

A Lei nº 1.079/50 define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento. Ela define quais condutas implicariam esse tipo de crime e prevê o julgamento e as penas aplicadas para o Presidente da República, seus Ministros de Estado, os Ministros do STF e o Procurador-Geral da República.

Entretanto, aplicando-se a Lei nº 1.079/50 aos demais agentes políticos, nós podemos perceber que para eles não seria o STF o competente para processar e julgar seus crimes, e sim, o Legislativo Federal. Assim seria, tendo-se em vista o art. 14, que permite que qualquer cidadão denuncie o Presidente da República ou os Ministros de Estado perante a Câmara dos Deputados. Da mesma forma, considerando-se o art. 23, § 6º, que esclarece que o Senado Federal é o competente para julgar os crimes de responsabilidade, sendo competente o Supremo nos casos de crimes *comuns*.

Temos ainda o que foi definido pelo art. 80, que determina que a Câmara dos Deputados será o tribunal de pronúncia e o Senado Federal, o tribunal de julgamento, nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado. E “nos crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, o Senado Federal é, simultaneamente, tribunal de pronúncia e julgamento”. E temos também o art. 64, que estabelece que o Senado Federal seja constituído em “Tribunal de julgamento”, sob a presidência do Presidente do STF.

Além disso, tipifica os crimes de responsabilidade dos Governadores Estaduais e seus Secretários, no caso de a Constituição Estadual não regular o assunto, em que a denúncia pode ser feita para as Assembleias Legislativas respectivas.

Com isso, a própria lei utilizada como fundamento para sua decisão mostra que não é ele, o STF, competente para o julgamento dos crimes de responsabilidade, salvo no caso dos Ministros de Estado, por ser regra constitucional, de hierarquia superior à da lei ordinária. Tal argumento ainda possui um viés constitucional, pois a Lei Fundamental também previu a competência do Senado para julgar crimes de responsabilidade, como é visto no art. 52 da CF/88.

Mas poderíamos pensar ainda em outra forma de ver a matéria. Isso porque, para o Supremo Tribunal Federal, os atos de improbidade administrativa foram tipificados como crimes de responsabilidade na Lei nº 1.079/50, sendo um delito de caráter político-administrativo, o que reflete uma confusão entre conceitos de crime de responsabilidade e atos de improbidade. Portanto, mesmo esse argumento da existência de um regime especial para os Ministros de Estado estaria equivocado, pois, nas palavras de Marcelo Figueiredo,

[...] confundem-se, inclusive, propositadamente, crime de responsabilidade, crime comum, *impeachment* e ato de improbidade – todos distintos, e cada um deles sujeito a regime diverso, segundo a Constituição e as leis materiais e processuais. (FIGUEIREDO, 2009, p. 24).

Se crimes de responsabilidade e atos de improbidade são conceitos distintos, como dispõe a doutrina, possuindo regramento e implicando situações diferentes, então, mesmo para esses agentes contidos na alínea *c* (Ministros de Estado), o regime jurídico aplicável nos casos de improbidade administrativa seria também o disposto no art. 37 da Carta Política e regulado pela Lei nº 8.429/92.

O autor Marcelo Figueiredo ainda completa a exposição de seu raciocínio dizendo o seguinte:

Entender – como quer a União nas reclamações acima enunciadas – que os atos de improbidade importam, naqueles casos, crimes de responsabilidade é, evidentemente, im procedente. Isso porque, como sustentamos há tempos, existem diversas categorias de atos de improbidade na lei – atos de mera ilegalidade, atos de improbidade simples, atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (atos verdadeiramente ímprobos), atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (dolosos ou culposos) e, ainda, atos de improbidade que violam os princípios da Administração Pública (também culposos ou dolosos), normalmente condutas conjugadas aos tipos anteriores.

Ademais, somente algumas autoridades poderiam praticar os ‘crimes de responsabilidade’ contra a probidade da Administração,

contemplados no inciso V do art. 85 da CF. Para esses casos há que atender para as condutas previstas expressa e taxativamente na Lei 1.079/1950, recepcionada em parte pela Constituição de 1988, como já decidiu o STF no ‘caso *Collor de Mello*’.

Por fim, não há, portanto, que confundir *crime de responsabilidade* com *ato de improbidade*. (FIGUEIREDO, 2009, p. 26-27).

Haveria, assim, dois regimes a serem aplicados, mas para abordagens jurídicas diferentes, uma tendo em vista os atos de improbidade e outra, os crimes de responsabilidade. Sem mencionar ainda a possibilidade de aplicar a legislação penal, pela permissão contida no final do parágrafo quarto do art. 37 (CF/88), o que mostra a intenção do Constituinte de punir verdadeiramente os desvios de conduta dos agentes públicos (gênero do qual os agentes políticos fazem parte) para a proteção do patrimônio público e probidade no trato com a coisa pública.

Dessa forma, podemos considerar que

[...] prevalece no direito brasileiro o sistema de pluralidade ou concorrência de instâncias para repressão da improbidade administrativa, viabilizada não só pela Constituição Federal, mas também pela expressa previsão do art. 21, II, da Lei n. 8.429/92. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 310).

Essa pluralidade está demonstrada na possibilidade de aplicação de diversos diplomas que punem a falta de probidade administrativa conforme diferentes enfoques, seja considerando o fato ilícito praticado pelo agente como uma infração político-administrativa, seja considerando-o como crime (natureza penal) ou mesmo um ilícito administrativo. A quebra da moralidade é analisada tanto sob o ângulo administrativo e penal como pelo ângulo civil e eleitoral, havendo a previsão de sanções adequadas para cada caso (MARTINS JÚNIOR, 2009).

Conforme é de conhecimento geral, uma interpretação sistemática não deve ser realizada tendo como base o conteúdo de artigos, incisos ou alíneas isolados, é preciso compatibilizar todas as normas

do texto constitucional. Dessa forma, é importante fazer aqui uma ressalva. Com relação ao Presidente da República, a própria Lei Fundamental (de maior hierarquia) determinou que seria aplicável a ele o tratamento de crime de responsabilidade, havendo uma responsabilidade político-administrativa, inclusive para casos de improbidade administrativa, como consta do art. 85, V e parágrafo único, da CF/88. E para o Presidente, assim como outras autoridades, a lei que regula e tipifica os crimes praticados por ele é a Lei nº 1.079/50. São definidas punições como a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública (por prazo determinado), sanções essas parecidas com as previstas na Lei nº 8.429/92, no art. 12 (MARTINS JÚNIOR, 2009).

Contudo,

[...] a aplicação das penalidades da Lei nº 8.429/92 não é consumida pela aplicação das sanções político-administrativas, em razão da diversidade da natureza jurídica de cada uma delas e da própria extensão (prazos diferentes), sem que a extinção do mandato (renúncia, término etc.) impeça a possibilidade da aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92, nem a rejeição do processo político-administrativo. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 311).

A Lei de Improbidade ainda define sanções como o pagamento de multa civil, o ressarcimento integral do dano causado, a perda de bens e valores que tiverem sido incorporados ao patrimônio do agente público (de forma ilícita), a proibição de contratar com a Administração Pública ou dela receber incentivos e benefícios creditícios e fiscais (MARTINS JÚNIOR, 2009).

Há, portanto, instâncias diferentes e autônomas para diversas qualificações jurídicas de um mesmo fato, não havendo reserva ou “exclusividade de jurisdição ao Poder Legislativo”. A própria principiologia republicana está ligada à responsabilização, sem comportar abertura de espaços para imunidades, razão pela qual a Lei nº 8.429/92, art. 2º, aplica-se a qualquer ato de improbidade administrativa de qualquer dos Poderes, sejam atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 312).

Podemos analisar o assunto ainda por outro aspecto, o aspecto da importância de não tornar inaplicável a Lei de Improbidade Administrativa, por ser uma lei que, apesar de possuir alguns defeitos, é mais apropriada para a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa e que impõe, inclusive, a obrigação de ressarcir integralmente o dano causado (art. 5º); é também mais recente, datada de 2 de junho de 1992, estando mais próxima da realidade atual (MARTINS, 2009).

A Lei nº 1.070, de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 1967 (específico para crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores), ambos mais antigos, regiam relações distintas das ocorridas hoje e em momentos também distintos e, principalmente, numa sociedade diferente e com valores diferentes da atual. A Lei de 1950 dispõe somente sobre crimes de responsabilidade e não de improbidade, e ambas as legislações estabelecem julgamentos políticos.

Assim, dando-se tratamento mais privilegiado aos agentes políticos, com a aplicação de regime especial, estaríamos atrapalhando a evolução no combate aos atos de improbidade e talvez uma possível oportunidade de reduzir a sua prática por esses agentes, pelo medo de serem realmente julgados pelo Poder Judiciário e condenados pelos seus atos e com base em regimes e punições mais severas, que representam o desejo da sociedade em querer o fim da corrupção no Brasil.

A este fato soma-se a parcialidade dos julgamentos políticos, pois muitas vezes bases parlamentares são formadas não visando o interesse público, mas visando interesses partidários aos quais se soma uma intensa carga de corporativismo.

Da mesma forma, do ponto de vista de toda a principiologia constitucional, não há como fundamentar benefícios e diferenças de tratamento, sendo, para os agentes políticos, concedido foro privilegiado, tratamento de crime de responsabilidade e julgamentos com reflexos políticos (como no *impeachment*), enquanto para os demais agentes públicos, pela prática de infrações menores ou de igual relevância, seja dado o tratamento mais rigoroso da improbidade administrativa (ANJOS NETO, 2004).

Se fosse considerado que o regime especial do art. 102, I, c, da CF/88 é aplicável não apenas aos Ministros de Estado, mas também a todos os agentes políticos, o que não consta do texto da Constituição, haveria, desse modo, um desrespeito às normas constitucionais e uma considerável diminuição das formas de controle dos atos de improbidade praticados pelos agentes políticos, tendo-se em vista que receberiam um tratamento muito mais suave, ainda mais com o fato de que seriam *juulgados politicamente* pelos seus atos. Com essa mudança de regime, quem seria competente para julgar o Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, os Governadores Estaduais e seus Secretários, segundo a Lei nº 1.079/50, seria o Poder Legislativo (Senado Federal e Assembleias Legislativas).

Considerando-se essa mesma análise feita no caso, seria então aplicável aos prefeitos e vereadores apenas o Decreto-Lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade desses agentes políticos e determina a competência da Câmara dos Vereadores (art. 4º) para julgá-los nos casos de cometerem infrações político-administrativas. Um componente preocupante que se soma é o fato de atualmente existirem no Brasil, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹, 5.560 municípios, todos com prefeitos, secretários, vereadores e problemas, muitos problemas envolvendo ações ímprobas.

Tal mudança acarretaria inevitavelmente uma “permissão” para que os agentes políticos continuassem praticando atos de improbidade, pois a eles seria aplicável um tratamento muito mais benéfico do que o que é dado pela legislação penal e pela Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque, além do fato de que, além de fazerem as leis para eles mesmos (com os membros do Poder Legislativo nos diversos níveis da Federação e os membros do Poder Executivo que conseguem exercer grande influência nesse processo), eles ainda seriam julgados pelos seus próprios pares, pois seriam julgados por outros agentes políticos.

¹ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=345>. Acesso em: 26 abr. 2011.

6. Conclusão

Toda essa discussão nos mostra um futuro não muito promissor, em um País onde sempre estão presentes as trocas de favores, o nepotismo, os vários atos de improbidade cujos autores saem impunes e enriquecidos ilicitamente. O que podemos concluir é que as chances de serem aplicadas punições adequadas e de os processos serem tecnicamente conduzidos e julgados, com base na lei e não em favores, não são muito grandes, ainda mais quando pensamos na cultura de improbidade existente no Brasil.

É importante perceber que a sociedade aos poucos vai caminhando no sentido de querer mudanças e os Tribunais não devem caminhar no sentido oposto. Devem punir severamente, mas em respeito à legalidade, à isonomia e à segurança jurídica, os agentes que pratiquem atos contrários aos princípios norteadores da administração pública, para que tais punições sirvam de exemplo aos demais agentes, a fim de que não cometam condutas ilícitas, e também para os próprios condenados, para que não incorram nesses delitos novamente.

Objetivando-se uma mudança estrutural da sociedade brasileira, nos seus valores e atitudes, é preciso acabar com a certeza da impunidade existente muitas vezes entre os agentes políticos. É necessário que eles tenham cometer um delito contra a boa administração e o correto exercício de sua função pública, por temerem as possíveis consequências jurídicas advindas de uma condenação. Há muito Cesare Beccaria já escreveu:

Um dos maiores freios dos crimes não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade e, por consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve acompanhar-se de uma legislação suave. A certeza de um castigo, ainda que moderado, produzirá sempre uma impressão mais forte do que o temor de um outro mais terrível, unidos à esperança da impunidade. (BECCARIA, 2006, p. 79).

Mas esse desejo e a necessidade de mudanças não serão possíveis com a mitigação da Lei de Improbidade Administrativa, como também da

legislação penal aplicável ao assunto, e, conseqüentemente, aplicação de legislações mais brandas, que prevejam julgamentos políticos para tais crimes, como decidiu o STF na Reclamação nº 2.138/DF.

Portanto, não só entendemos que a Lei de Improbidade deve, sim, ser utilizada, como também que os agentes políticos não podem ser julgados apenas politicamente por seus atos de improbidade, pois só o Poder Judiciário, com sua imparcialidade e seu caráter técnico, poderá processar e julgar corretamente, com base em leis e princípios, os agentes que cometam tais atos.

A Reclamação nº 2.138/DF é apenas um julgado, com efeitos somente para as partes “e os posteriores requerimentos de sua vinculação foram indeferidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal”. (MARTINS, 2009, p. 246). Além disso, a própria formação do STF também se alterou depois disso, gerando mais dúvidas sobre o regramento desses casos no futuro.

Esperamos, porém, que esta não se torne uma jurisprudência consolidada no STF e que os tribunais estaduais parem de usá-la como paradigma no que se refere à inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos.

7. Referências

ANJOS NETO, Francisco Chaves dos. *Princípio da probidade administrativa*: regime igualitário no julgamento dos agentes políticos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BAHENA, Kele Cristiani Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 67/2010 e Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 14 abr. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

_____. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. 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 (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

_____. 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.presidencia.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2138/DF, Tribunal Pleno, Rel. originário: Min. Nelson Jobim, Rel. para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 13 de junho de 2007. *DJe*, 18 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed, rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed, rev., ampl. e atualizada até 31 de dez. de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. e atualizada até a EC nº 56, de 20 de dezembro de 2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora. 2000. (Tomo IV).

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed., ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social ou princípios de direito político*. Trad. Ciro Mioranza. Texto integral. 2. ed. São Paulo: Escala, 2008. Coleção grandes obras do pensamento universal.

SACCO, Ricardo Ferreira. *Constitucionalismo e Ministério Público: uma visão panorâmica*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC; Mandamentos, 2008.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. *Manual de teoria da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, André Ramos. *O Supremo contra os demais poderes?* *SaraivaJur*, 3 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuEsquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=14>>. Acesso em: 2 abr. 2009.

Artigo recebido em: 30/05/2011.

Artigo aprovado em: 18/06/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130025

**DA RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS
MUNICIPAIS PARA DELEGAÇÃO DO SERVIÇO DE
TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS POR TÁXI**

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

falopes@mpmg.mp.br

A conjuntura social tem demonstrado a necessidade de instituição de ações afirmativas pelo Poder Público, a fim de defender agentes sociais, tais como os portadores de necessidades especiais que se encontram às margens do sistema.

A Constituição da República de 1988, com o nítido caráter protetivo e o objetivo de reduzir essas desigualdades sociais, introduziu em seu bojo alguns direitos e garantias fundamentais, entre os quais o de isonomia inerente aos deficientes, mediante a reserva de percentual de cargos e empregos públicos, inserto em seu art. 37, inciso VIII:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; (BRASIL, 1988)

Com efeito, a Carta Magna, ao proceder a tal disposição, aplicou os princípios da igualdade formal e da igualdade material, previstos, respectivamente, nos artigos 3º e 5º do indigitado texto legal, que assinalam como objetivo da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e a *igualdade de todos perante a lei*.

Nesse prisma, enquanto a expressão *igualdade formal* impõe o tratamento uniforme das pessoas perante a lei, a *igualdade material* dispõe sobre a necessidade de corrigir desvantagens que sofrem grupos vulneráveis, estimulando a inclusão desses.

Rizzatto Nunes afirma que o princípio da igualdade deve operar em ambos os sentidos:

É preciso que coloquemos, então, o que todos sabem: o respeito ao princípio da igualdade impõe dois comandos. O primeiro, de que a lei não pode fazer distinções entre as pessoas que ela considera iguais – deve tratar todos do mesmo modo; o segundo, o de que a lei pode – ou melhor, deve – fazer distinções para buscar igualar a desigualdade real existente no meio social, o que ela faz, por exemplo, isentando certas pessoas de pagar tributos; protegendo os idosos e os menores de idade; criando regras de proteção ao consumidor por ser ele vulnerável diante do fornecedor [...]. É nada mais que a antiga fórmula: tratar os iguais com igualdade e os desiguais desigualmente. (NUNES, 2004, p. 345).

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre a necessidade de definir critérios que autorizem a utilização de tratamentos jurídicos diferenciados, mencionando que existe apenas um “fundamento que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima” e que pode ensejar a “desequiparação”, ocorrendo fora dessa situação a “incompatibilidade ao preceito igualitário.” (MELLO, 2003, p. 21).

Hugo de Nigro já prelecionou sobre o assunto, no mesmo sentido, aduzindo tratar-se da defesa de um direito coletivo, atinente a toda a sociedade e não só aos próprios deficientes:

Tem sido, pois, escopo da lei procurar compensar a situação de quem sofra alguma discriminação, de qualquer natureza, conferindo-lhe maior proteção jurídica. [...]

No que diz respeito às pessoas portadoras de deficiência, a aplicação do princípio consiste em assegurar-lhes pleno exercício dos direitos individuais e sociais. [...]

Enfim, cumpre ressaltar que a preocupação do constituinte e do legislador ordinário com a defesa da pessoa portadora de deficiência é inteiramente justificada. Primeiro, porque a proteção da pessoa portadora de deficiência não interessa apenas aos próprios deficientes, mas sim a toda coletividade, como também ocorre com a pessoa idosa, da criança e do adolescente e de todas as pessoas que estejam desfavorecidas por condições passageiras ou não, que imponham limitações mais ou menos acentuadas em sua capacidade de cuidar de si mesmas. Depois porque todos nós estivemos ou poderemos estar um dia nessas condições. Enfim, porque, numa sociedade democrática, que vise ao efetivo respeito aos seus mais sérios valores, a defesa dos indivíduos deve ser feita em sua plenitude, por força da dignidade ínsita à pessoa humana, em decorrência dos princípios jurídicos da igualdade, justiça social e bem-estar. (MAZZILLI, 2002, p. 475; 486).

Cumpre dizer que os legisladores, com a mesma intenção do poder constituinte originário, criaram diversos instrumentos normativos, estabelecendo o pleno exercício dos direitos individuais e sociais aos portadores de necessidades especiais.

Nesse trilhar, o Decreto Federal nº 129, de 22 de maio de 1991, que promulga a Convenção nº 159/1983, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa à reabilitação profissional e ao emprego de pessoas deficientes, incentiva a promoção de oportunidade de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho. Senão vejamos alguns artigos desse decreto:

Art. 2º. De acordo com as condições nacionais, experiências e possibilidades nacionais, *cada País Membro formulará, aplicará e periodicamente revisará a política nacional sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes.*

Art. 3º. Essa política deverá ter por finalidade assegurar que existam *medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho.*

Art. 4º. Essa política deverá ter como *base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral.* Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos. (BRASIL, 1991, grifo nosso).

Outro exemplo de texto normativo é o Decreto Legislativo nº 168, de 9 de julho de 2008, que regulamentou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em nova York, em 30 de março de 2007, que, em seu art. 3º enumera princípios de proteção às pessoas portadoras de necessidades especiais, *in verbis*:

Art. 3º. Os princípios da presente Convenção são:

O respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual.

A não discriminação;

A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;

A igualdade de oportunidades; [...] (BRASIL, 2008).

Por seu turno, a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sob a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional

de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público e dá outras providências; assim determina:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. [...]

III - na área da formação profissional e do trabalho: [...]

c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência; (BRASIL, 1989).

A despeito das sobreditas leis, vale transcrever o art. 35, inciso III, do Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei Federal nº 7.853, dispondo sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolidando normas de proteção e dando outras providências, a qual assim define a modalidade de inserção laboral da pessoa portadora de deficiência:

[...] promoção do trabalho por conta própria: processo de fomento da ação de uma ou mais pessoas, mediante trabalho autô-

nomo, cooperativo ou em regime de economia familiar, com vista à emancipação econômica e pessoal. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Portanto, imbuído desse mesmo espírito, em defesa dos portadores de necessidades especiais – PNEs, plausível se faz a reserva de vagas desses em procedimentos licitatórios para delegação de serviço de táxi, não obstante a falta de legislação federal e estadual expressa sobre o tema.

Ora, conforme amplamente debatido, principalmente em um país que ainda não está bem adaptado para conceber as diferenças, a reserva de vagas para os PNEs tem o objetivo de promover a dignidade dessas pessoas, incluindo-as na sociedade como um todo, tendo-se em vista que já enfrentam adversidades causadas por sua limitação física.

Assim, por que não facilitar o acesso desses cidadãos ao trabalho, através da reserva de vagas promovidas por editais de licitação para taxista?

A presença da isonomia, bem como dos princípios da impessoalidade e da competitividade no procedimento licitatório para delegação de serviço público, tal como ocorre na contratação de servidores, é incontestável, sendo acolhida em nossos Tribunais Pátrios, conforme se depreende dos julgados abaixo transcritos:

Apelações Cíveis. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Preliminares de falta de interesse de agir, por inadequação da via eleita e de nulidade parcial da sentença rejeitadas. *Licitação*. Contratação de empresa para gerenciamento de concurso público para provimentos de cargos do Legislativo. Irregularidades no processo licitatório. Participação da empresa vencedora na elaboração do projeto. Assessoria técnica ao legislativo municipal. Incursão nas vedações do art. 9º, da Lei n. 8.666/93. Ofensa aos *princípios da isonomia*, da igualdade, da moralidade, da *impessoalidade*, da eficiência e da *competitividade*. Configuração de ato de improbidade administrativa. Frustração da licitude do processo licitatório. Art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92. Lesão a valores jurídicos. Art. 11, da Lei n. 8.429/92. Dispensa do efetivo prejuízo patrimonial. Ocorrência de conduta dolosa do agente que atenta contra princípios administrativos.

Penalidades do art. 12, inciso II, da Lei n. 8.429/92. Razoabilidade e proporcionalidade. Recursos a que se negam provimento. (MINAS GERAIS, 2010, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. *Concurso público*. Impedimento religioso à realização de certame no dia estabelecido pelo edital. Alteração da data do exame. Impossibilidade. Subordinação da Administração aos princípios da *isonomia, impessoalidade e competitividade*. Direito à liberdade de crença limitado pelo interesse público, prevalecente, in casu. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Tese recursal manifestamente improcedente. Recurso a que se nega seguimento (RIO DE JANEIRO, 2009, grifo nosso).

Lado outro cumpre inferir que, na organização político-administrativa da Federação, os deficientes físicos são destinatários de proteção por parte de todos os entes federativos, consoante fragmentos do texto constitucional abaixo transcrito:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...].

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; [...]
(BRASIL, 1988).

Ressalta-se ainda que compete aos municípios a organização dos serviços públicos de interesse local, sob o regime de permissão, com base na Carta Magna:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. (BRASIL, 1988).

Assim, inegável é a legitimidade do legislador municipal na formulação de leis orgânicas que garantam a reserva de vagas em procedimentos licitatórios para delegação de serviço público de transporte individual de passageiros por táxi.

Os direitos fundamentais das pessoas portadoras de necessidades especiais não podem ser desprezados, com base na interpretação restritiva de normas e princípios que orientam o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, o Ministério Público, na qualidade de defensor dos interesses dos deficientes, deve zelar para que os seus direitos sejam respeitados, sobretudo no tocante ao acesso ao trabalho, conforme preconizam os arts. 3º, 5º e 6º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.

Portanto, quando o *Parquet* deparar com uma situação como a supramencionada, necessária a sua intervenção, seja por meio de recomendações, seja por meio do ajuizamento de ações judiciais, ou de outras medidas, aflorando, assim, o seu papel de guardião da cidadania e da justiça.

Essa tarefa não é um ato de caridade que deve ser promovido pelo Poder Público, pelo Ministério Público e pela sociedade em geral, e sim um ato de valorização a ser conferido ao ser humano, que deve ter a sua dignidade respeitada em sua plenitude.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 out. 2013.

BRASIL. Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991. Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/113889/decreto-129-91>>. Acesso em: 9 out. 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm>. Acesso em: 9 out. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível Reexame Necessário nº 1.0090.08.019554-9/002, 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Roney Oliveira, Belo Horizonte, 1º de fevereiro de 2010. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 3 mar. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2009.001.65058, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2009. *DJERJ*, Rio de Janeiro, 29 out. 2009.

DOI: 10.5935/1809-8487.20130026

7

- Normas de Publicação
para autores
- Writers' Guidelines

Português
English

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

A *Revista De Jure* publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado e comentários a jurisprudências. A *Revista De Jure* publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito 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.

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 do Corpo Editorial, formado pelos conselheiros e por revisores *ad hoc*. O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão dupla cega de pares, ou *double 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.

À 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.mpmg.mp.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 pareceristas, garantidos o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es)

quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão dupla 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 10 (dez) e um máximo de 30 (trinta) páginas; e os comentários à jurisprudência, um máximo de 15 (quinze) páginas.

7. Os autores deverão incluir minicurrículo, contendo afiliação e titulação acadêmica, com no máximo 200 (duzentas) palavras. O minicurrículo deverá, obrigatoriamente, conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

Normas de padronização dos artigos e comentários à 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 ideia 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 à jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês 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 desenvolvi-

mento 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. *Benjamin*. 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/fre-ebook/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: IEA, 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 2011, os textos enviados adotem preferencialmente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

WRITERS' GUIDELINES

Materials published in every issue:

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 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 in the site www.mpmg.mp.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.

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.mpmg.mp.br/dejure, fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between

paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words); key words (maximum of five) and title in english.

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 inches* [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://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Accessed 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/ec-cosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Accessed 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.

