

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

ISSN: 1809-8487

# *DE JURE*

Número 8

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Janeiro/Junho de 2007

CIRCULAÇÃO NACIONAL

*De Jure* - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.  
n. 8 (jan./jun. 2007). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007.  
v.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de : Revista Jurídica do Ministério público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

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

CDU. 34

CDD. 342

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

# *DE JURE*

Número 8

*REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRI  
PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS*

Janeiro/Junho de 2007

*SEMESTRAL*

|         |                |      |                |
|---------|----------------|------|----------------|
| De Jure | Belo Horizonte | n. 8 | jan./jun. 2007 |
|---------|----------------|------|----------------|



*DE JURE* - Número 8  
**REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

**DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Procurador de Justiça Jacson Rafael Campomizzi

**CONSELHO EDITORIAL**

**PENAL** Promotor de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento  
Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho  
Promotor de Justiça Marcelo Cunha de Araújo

**CIVIL E COLETIVO** Procurador de Justiça Antônio Sérgio Rocha de Paula  
Procurador de Justiça Geraldo Flávio Vasquez  
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

**PÚBLICO** Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior  
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida  
Procurador de Justiça Gisela Potério Santos Saldanha

**EDITORIAÇÃO** Alessandra de Souza Santos  
Fernando Soares Miranda  
Luciano José Alvarenga

**REVISÃO** Alessandra de Souza Santos  
Dalvanôra Noronha Silva

**CAPA** Alex Lanza (FOTO DA CAPA)  
Bernardo José Gomes Silveira (ARTE)

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

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

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

Av. Álvares Cabral, 1690, 10º andar, Santo Agostinho, Belo Horizonte, MG, cep. 30.170-001

[www.mp.mg.gov.br](http://www.mp.mg.gov.br)  
[dejure@mp.mg.gov.br](mailto:dejure@mp.mg.gov.br)





## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>PREFÁCIO</b> .....                                                                                                                                  | 11  |
| <b>APRESENTAÇÃO</b> .....                                                                                                                              | 12  |
| <b>SEÇÃO I – ASSUNTOS GERAIS</b> .....                                                                                                                 | 13  |
| <b>1.DOUTRINA INTERNACIONAL</b> .....                                                                                                                  | 13  |
| 1.1 A Publicidade do Medicamento na Europa e seus Reflexos no Ordenamento Jurídico Português – MÁRIO FROTA.....                                        | 13  |
| <b>2. DOUTRINA NACIONAL</b> .....                                                                                                                      | 34  |
| 2.1 A Proteção Coletiva dos Direitos no Brasil e Alguns Aspectos da <i>Class Action</i> Norte Americana – LUÍS ROBERTO BARROSO .....                   | 34  |
| 2.2 As Sentenças que Dependem de Execução – LUIZ GUILHERME MARINONI.....                                                                               | 56  |
| 2.3 O Ministério Público no Direito Constitucional Comparado – RICARDO FERREIRA SACCO.....                                                             | 84  |
| 2.4 Os Novos Conquistadores – As Organizações Criminosas – ANA LUIZA ALMEIDA FERRO .....                                                               | 116 |
| 2.5 Dignidade da Pessoa Humana: Referencial Metodológico e Regime Jurídico – EMERSON GARCIA.....                                                       | 137 |
| <b>3. PALESTRA</b> .....                                                                                                                               | 164 |
| 3.1 Reflexões Sobre a Atuação do Ministério Público no Enfrentamento da Violência Doméstica Familiar contra a Mulher - SUMAYA SAADY MORHY PEREIRA..... | 164 |
| <b>4. DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR</b> .....                                                                                                               | 182 |
| 4.1 Licenciamento Ambiental de Parcelamento e Uso do Solo para Sítios Recreativos em Minas Gerais – CRISTINA CAMPOS DE FARIA .....                     | 182 |
| 4.2 Direito à Verdade e Autonomia da Vontade no Enfermo – ENEYDE GONTIJO FERNANDES M. OCHA.....                                                        | 222 |



|                                                                                                                                                                               |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>SEÇÃO II – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL .....</b>                                                                                                                      | <b>235</b> |
| <b>SUBSEÇÃO I – DIREITO PENAL.....</b>                                                                                                                                        | <b>235</b> |
| <b>1. ARTIGOS .....</b>                                                                                                                                                       | <b>235</b> |
| 1.1 A Nova Orientação Político-Criminal para o Crime de Uso de Droga –<br>ISSAC SABBÁ GUIMARÃES.....                                                                          | 235        |
| <b>2. JURISPRUDÊNCIA.....</b>                                                                                                                                                 | <b>242</b> |
| <b>3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                  | <b>243</b> |
| 3.1 O Princípio da Insignificância e sua Relação com o Moderado Direito<br>Penal do Fato e com o Funcionalismo Teleológico de Claus Roxin –<br>MARINA KATTAH.....             | 243        |
| <b>SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>                                                                                                                           | <b>249</b> |
| <b>1. ARTIGOS .....</b>                                                                                                                                                       | <b>249</b> |
| 1.1 Breves Críticas e Comentários à Lei 11.340/06 e Inconstitucionalidade<br>do Artigo 41 da Lei Maria da Penha – ANA CAROLINA GARCIA COSTA<br>E LUCIANA PERPÉtua CORRÊA..... | 249        |
| 1.2 Aspectos Constitucionais e Penais Significativos da Lei Maria da Penha –<br>ROBERTA TOLEDO CAMPOS.....                                                                    | 271        |
| 1.3 Ministério Público – Competência e Legitimidade para a Investigação<br>Criminal – ALEXANDRE CARLOS BOTREL E KARLA JÚLIA<br>CICARINI BOTREL.....                           | 287        |
| <b>2. JURISPRUDÊNCIA.....</b>                                                                                                                                                 | <b>321</b> |
| <b>3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                  | <b>322</b> |
| 3.1 A Suspensão Condicional do Processo e a sua Revogação após o<br>Período de Prova – WILLIAM DE ALMEIDA MARTINS E<br>THIAGO CORREIA AFONSO.....                             | 322        |
| <b>4. TÉCNICAS.....</b>                                                                                                                                                       | <b>326</b> |
| 4.1 Parecer da Assessoria Especial - CARLOS ALBERTO DA<br>SILVEIRA ISOLDI FILHO.....                                                                                          | 326        |

**SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL..... 329**

**SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL..... 329**

**1. ARTIGOS..... 329**

1.1 O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família –  
O Art. 5º, II e Parágrafo Único, da Lei no 11.340/2006, Lei  
Maria da Penha - LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES..... 329

1.2 Reflexões sobre o Novo Código Civil – Mudanças Operadas no  
Direito da Família e das Sucessões - JOÃO FRANCISCO  
MOREIRA VIEGAS ..... 348

**2. JURISPRUDÊNCIA..... 358**

**3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA ..... 359**

3.1 Da Mutabilidade do Regime Matrimonial de Bens mesmo  
quando Imposta, a priori, a Separação Legal no Caso de  
Casamento de Menores de Idade – SAMUEL ALVARENGA  
GONÇALVES ..... 359

**SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL ..... 377**

**1. ARTIGOS..... 377**

1.1 A Relevância da Análise da Função Social da Propriedade  
Rural nas Ações Possessórias que Envolvam Conflito Coletivo:  
Resgate da Cidadania como Prática Experimental -  
MARIA ELMIRA EVANGELINA DO AMARAL DICK ..... 377

1.2 A Distribuição do Ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos  
Fundamentais - ROBSON RENAULT GODINHO ..... 384

**2. JURISPRUDÊNCIA..... 408**

**3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA ..... 409**

3.1 A Nova Redação do Art. 587 do CPC e seus Reflexos sobre a  
Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça –  
MAÍRA CARVALHO LUZ..... 409

**4. TÉCNICAS..... 419**

|                                                                                                                                                                                                                |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.1 Inconstitucionalidade da Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública – Embargos de Declaração – ELAINE MARTINS PARISE E GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA .....                                            | 419        |
| <b>SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO .....</b>                                                                                                                                                 | <b>432</b> |
| <b>SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO .....</b>                                                                                                                                                                     | <b>432</b> |
| <b>1. ARTIGOS .....</b>                                                                                                                                                                                        | <b>432</b> |
| 1.1 A Interrupção do Fornecimento de Energia Elétrica por Falta de Pagamento – Uma Reflexão para o Direito do Consumidor – PLÍNIO LACERDA MARTINS .....                                                        | 432        |
| 1.2 Falta de Recursos não pode Discriminar Direitos Coletivos - EDUARDO APPIO .....                                                                                                                            | 453        |
| <b>2. JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                                                                 | <b>461</b> |
| <b>3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                                                   | <b>462</b> |
| 3.1 Direitos Individuais Homogêneos: Instrumento de Tutela Coletiva de Direitos Individuais e a sua Identificação sob o Exame do Caso em Concreto - TÚLIO TEIXEIRA CAMPOS .....                                | 462        |
| <b>SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO .....</b>                                                                                                                                                         | <b>471</b> |
| <b>1. ARTIGOS .....</b>                                                                                                                                                                                        | <b>471</b> |
| 1.1 As Ações Coletivas à Luz do Acesso à Justiça e da Legitimidade - VICTOR AISENBERG .....                                                                                                                    | 471        |
| <b>2. JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                                                                 | <b>487</b> |
| <b>3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                                                   | <b>492</b> |
| 3.1 O Microssistema Processual Coletivo Brasileiro e a Aplicabilidade da Ação Civil Pública para Tutelar Reparação de Dano ao Erário por Ato de Improbidade Administrativa - CÉSAR AUGUSTO FARIA FREITAS ..... | 492        |
| <b>4. TÉCNICAS .....</b>                                                                                                                                                                                       | <b>514</b> |
| 4.1 Termo de Ajustamento de Conduta – EDER DA SILVA CAPUTE .....                                                                                                                                               | 514        |



|                                                                                                                                                                                                                               |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO.....</b>                                                                                                                                                                                         | <b>516</b> |
| <b>SUBSEÇÃO I – DIREITO CONSTITUCIONAL .....</b>                                                                                                                                                                              | <b>516</b> |
| <b>1. ARTIGOS.....</b>                                                                                                                                                                                                        | <b>516</b> |
| 1.1 A Transcendência da Coisa Julgada e a Ampliação do Controle de Constitucionalidade – HÉLVIO SIMÕES VIDAL.....                                                                                                             | 516        |
| 1.2 Direitos Humanos Fundamentais e Relações Jurídicas Contratuais – FERNANDO RODRIGUES MARTINS.....                                                                                                                          | 547        |
| <b>2. JURISPRUDÊNCIA.....</b>                                                                                                                                                                                                 | <b>566</b> |
| <b>3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                                                                  | <b>567</b> |
| 3.1 Inconstitucionalidade de Lei Estadual que confere Atribuições à Defensoria Pública – ADI n.º 3.022-1/2004 – RENATO FRANCO DE ALMEIDA .....                                                                                | 567        |
| <b>4. TÉCNICAS.....</b>                                                                                                                                                                                                       | <b>577</b> |
| 4.1 Manifestação do Ministério Público em Ação Direta de Inconstitucionalidade – Concessão de Serviços Públicos – Necessidade de Lei Autorizativa – ELAINE MARTINS PARISE E GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA .....                 | 577        |
| <b>SUBSEÇÃO II – DIREITO INSTITUCIONAL .....</b>                                                                                                                                                                              | <b>589</b> |
| <b>1. ARTIGOS.....</b>                                                                                                                                                                                                        | <b>589</b> |
| 1.1 Atuação do Ministério Público em Segunda Instância – Sugestão de Um Novo Perfil – JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS E OSWALDO LUIZ PALU.....                                                                                  | 589        |
| <b>2. JURISPRUDÊNCIA.....</b>                                                                                                                                                                                                 | <b>594</b> |
| <b>3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA .....</b>                                                                                                                                                                                  | <b>596</b> |
| 3.1 Legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Direitos Individuais Indisponíveis, mesmo quando Vise à Tutela de Pessoa Individualmente Considerada – GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA E SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES..... | 596        |
| <b>4. TÉCNICAS.....</b>                                                                                                                                                                                                       | <b>622</b> |

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 4.1 Assistência Simples – JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO..... | 622 |
|----------------------------------------------------------|-----|

|                                                    |            |
|----------------------------------------------------|------------|
| <b>SUBSEÇÃO III – DIREITO ADMINISTRATIVO .....</b> | <b>643</b> |
|----------------------------------------------------|------------|

|                        |            |
|------------------------|------------|
| <b>1. ARTIGOS.....</b> | <b>643</b> |
|------------------------|------------|

|                                                                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.1 A Escola Nacional da Magistratura Francesa: Uma Fonte de Inspiração para as Escolas da Magistratura e do Ministério Público Mineiros – MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT..... | 643 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                               |            |
|-------------------------------|------------|
| <b>2. JURISPRUDÊNCIA.....</b> | <b>655</b> |
|-------------------------------|------------|

|                                              |            |
|----------------------------------------------|------------|
| <b>3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA .....</b> | <b>656</b> |
|----------------------------------------------|------------|

|                                                                                                                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1 A Concessão do Benefício Previdenciário de Pensão ao menor sob Guarda – Conflito aparentemente de Normas, Aspectos Processuais e Administrativos – PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA..... | 656 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                         |            |
|-------------------------|------------|
| <b>4. TÉCNICAS.....</b> | <b>664</b> |
|-------------------------|------------|

|                                                                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1 Suspensão Provisória <i>inaudita altera pars</i> da Execução de Contrato Administrativo e dos Respetivos Pagamentos pela Administração Pública na Defesa do Patrimônio Público – GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA..... | 664 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                              |            |
|----------------------------------------------|------------|
| <b>SEÇÃO VI – INFORMAÇÕES VARIADAS .....</b> | <b>676</b> |
|----------------------------------------------|------------|

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Normas de Publicação da Revista Jurídica <i>De Jure</i> ..... | 676 |
|------------------------------------------------------------------|-----|

## PREFÁCIO

As ciências muitas vezes encontram pontos de confronto, evidenciando dilemas e disputas dogmáticas muitas vezes sem solução. Um dilema angustiante situa em campos opostos o Direito e a Política e se refere ao Poder. Aprendemos que o Direito deve ser a única forma legítima de poder. Para a política, todavia, o direito viabiliza o exercício de poder, quando não é construído mesmo para instrumentalizar o mando daqueles que exercem o poder, seja político, seja econômico.

Bobbio nos ensina que o poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio. Por isso, a luta pelo direito e sua efetividade, como condição única de realização do ideal republicano democrático, que é a promoção da dignidade cidadã. Daí o papel da dogmática jurídica de lançar argumentos cujo intuito é lançar à práxis as idéias que atribuem ao Direito a força necessária para a consecução de seus objetivos.

Nossa Revista espelha esta força. Recebe um volume robusto de artigos, nos permitindo editá-la sempre em tempo, possibilitando com isso atingir um de seus objetivos, que é a atualização profissional dos membros do Ministério Público de Minas Gerais. O Direito, ciência que tradicionalmente experimentava uma evolução muitíssimo lenta (veja-se a codificação civil no Brasil), hoje já vive em tempos mais dinâmicos, exigindo de nós o mesmo dinamismo.

Entre os movimentos propulsores do Direito está o de sua efetividade, o de sua força, o de seu poder. A chamada Constituição Cidadã não merece ficar no campo ideal e este – a efetividade das normas constitucionais – é o estímulo que move muito dos autores que encontramos neste volume 8.

Nesta 8ª edição, contamos com os preciosos trabalhos de Mário Frota, jurista português, que nos traz uma visão da publicidade de medicamentos; de Luiz Roberto Barroso, Luiz Guilherme Marinoni, Ricardo Ferreira Sacco, Emerson Garcia, Sumaya Saady Morty Pereira, que também nos brindou com uma extraordinária conferência – ficamos por aqui, pois são muitos os colaboradores de todo o país a firmar o perfil pluralista da Revista. A eles nossos agradecimentos, certos de que continuamos contando com o contínuo apoio para as futuras edições.

Que o estudo teórico se apresente como a possibilidade de um melhor aparelhamento profissional no sentido de aproximar os vários universos jurídicos: o ideal, o idealizado e do fático. Boa leitura!

JACSON CAMPOMIZZI

Procurador de Justiça

Presidente do Conselho Editorial da Revista *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## APRESENTAÇÃO

Nos dias atuais, é inegável que o Ministério Público desempenha papel de destaque no cenário jurídico brasileiro e mundial. A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) conferiu aos integrantes do *parquet* prerrogativas que os habilitaram a uma prática jurídica transformadora, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses metaindividuais.

O alcance efetivo dos objetivos que a ordem constitucional reservou ao MP exige, contudo, uma reflexão crítica permanente sobre o modo e o significado da atuação ministerial no contexto das realidades brasileira e global. O adequado exercício dos misteres que o texto constitucional conferiu ao Ministério Público requer, assim, um duplo esforço de seus membros e servidores: conjugar as dimensões teórica e prática do Direito e aliar, a ambas, o elemento auto-reflexivo e crítico. Tem razão o filósofo Edgar Morin em afirmar que, atualmente, a fidedignidade de um conhecimento e da prática a ele associada parte, em primeira linha, da autocrítica e da assunção do princípio da prudência. Sob essa ótica, cabe ao MP exercer uma postura permanentemente vigilante sobre sua própria atuação e sobre o significado social de suas ações. Um significado social que é essencialmente dinâmico, posto que voltado para a progressiva consolidação da democracia, em suas várias e multifacetadas expressões.

Compreendida nesse conjunto de idéias, a Revista *De Jure* tem sido um expressão clara não apenas do cuidado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais em estimular e divulgar reflexões acadêmicas no âmbito da Instituição, mas também de uma busca incessante pela conscientização e participação cidadã, nos âmbitos interno e extra-institucional, para a concretização da democracia brasileira, mediante o debate de questões essenciais ao aprimoramento do Direito Brasileiro e Internacional.

Considerando esse significado essencial da Revista *De Jure*, congratulo todos aqueles que acreditam e se dedicam, cada um a seu modo, à publicação deste importante veículo de reflexão e aprimoramento funcional. Agradeço, especialmente, ao seu Conselho Editorial, ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e a todos os membros e servidores que, juntos, formam uma verdadeira rede de esforços voltada para a conversão de um ideal em realidade vivida.

Que a Revista *De Jure* possa continuar servindo não só à comunidade do Ministério Público, mas a toda a sociedade brasileira, como uma inspiração para novas reflexões e ações destinadas à vivificação dos direitos e à efetivação da democracia.

JARBAS SOARES JÚNIOR

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

## SEÇÃO I – ASSUNTOS GERAIS

### 1. DOUTRINA INTERNACIONAL

#### 1.1 A PUBLICIDADE DO MEDICAMENTO NA EUROPA E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

MÁRIO FROTA

Fundador e primeiro presidente da Associação Internacional de Direito do Consumo  
Fundador e primeiro vice-presidente da Association Européenne de Droit Pharmaceutique  
Fundador e presidente do Centro de Estudos de Direito do Consumo  
Primeiro Presidente eleito do Conselho Nacional da Publicidade do Medicamento – Portugal  
Professor da Faculté de Droit à l'Université de Paris XII – Créteil  
Director da Revista Portuguesa de Direito do Consumo  
Fundador e Presidente da Comissão de Instalação do Centro Ibero-Americano  
de Estudos de Direito do Consumidor

**SUMÁRIO:** 1. Generalidades. 2. A publicidade do medicamento *stricto sensu*. 3. A promoção através de amostras. 4. A publicidade do medicamento universo-alvo: médicos e farmacêuticos. 4.1. 1. Informação e seus pressupostos. 5. A problemática dos prémios, ofertas e outros benefícios. 6. Eventos científicos e acções de formação e promoção de medicamentos *stricto sensu*. 6. 1. Encargos com o acolhimento de médicos e farmacêuticos. 7. Códigos deontológicos da indústria farmacêutica - *lato sensu*. 8. A publicidade ao medicamento e domínios conexos no anteprojecto do denominado código do consumidor. 9. Conclusão. 10. Anexos. 11. Referências bibliográficas.

#### 1. Generalidades

O tema é em si controverso, tanto mais que o medicamento é, em princípio, um produto ético insusceptível de se confundir com os produtos e serviços em geral disponíveis no mercado. Mais por razões de natureza *mercadológica* que de *saúde pública*, a dicotomia *medicamentos sujeitos* (obrigatoriamente) *a prescrição clínica* e *não sujeitos* a tal (a receita médica) perturba a percepção dos termos da questão. Os Códigos da Publicidade ou as leis que regem em domínio tão sensível das relações interempresariais e entre empresas e consumidores proclamam à uma “[...] *é proibida a publicidade a medicamentos e a tratamentos médicos*”. Porque se entende exactamente que se trata de um segmento que releva da saúde pública e que interesses mercantis – sejam de que espécie<sup>1</sup> forem – jamais poderão afectar ou afrontar.

<sup>1</sup> O artigo 152 do Tratado da União Europeia define exactamente que “a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar *um elevado nível de defesa destes*, a Comunidade contribuirá para a *protecção da saúde*, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”.

O facto é que os fármacos não são em si inócuos e, por conseguinte, nem sempre de uma perspectiva científica se justifica a fractura conceptual entre *medicamentos sujeitos e não sujeitos* a prescrição médica. Tanto mais quando medicamentos fundados em um mesmo *princípio activo* figuram com nomes de fantasia distintos em ambas as listas, o que é fruto ou da *incúria* dos governos que as convertem em lei ou da *distracção* dos sábios de cuja pena emanam as propostas de constituição das tabelas a que os medicamentos se adscrevem. A Directiva 92/28/CEE, do Conselho, de 31 de Março de 1992, estabeleceu na Comunidade Europeia, pela vez primeira, o regime jurídico da publicidade dos medicamentos para uso humano. Cerca de uma década depois, a Directiva 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, revogou o anterior instrumento normativo, codificando as normas aplicáveis aos medicamentos<sup>2</sup>, inscrevendo o regime da publicidade que lhes quadra nos seus artigos 86 a 100<sup>3</sup>.

As directivas, conquanto emanadas das instâncias legiferantes da União Europeia, carecem, porém - para que se imponham na ordem interna de cada um dos Estados -, de um processo normativo de transposição. Tal processo, a desencadear *intra muros* (a União Europeia está ainda distante do modelo federalista que tantos advogam como figurino político desejável)<sup>4</sup>, é imprescindível para que as normas se tornem, em princípio, efectivas e vinculem os seus destinatários no espaço jurídico de que se trata. O regime aprovado pela directiva por último enunciada, e que recobre em geral as regras da que a precedeu, não se aplica à rotulagem e ao folheto informativo (bula)

<sup>2</sup> A Directiva 2001/83/CE, de 6 de Novembro de 2001, foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo DL 176/2006, de 30 de Agosto pretérito, aí se coligindo a legislação mais pertinente ao medicamento.

<sup>3</sup> A Directiva, nos seus *consideranda*, reflecte a ideia de que os “Estados-membros adoptaram medidas específicas relativas à publicidade [...] a medicamentos [...], registam-se disparidades entre tais medidas [...], essas disparidades têm repercussões no funcionamento do mercado interno, na medida em que a publicidade difundida num Estado-membro pode produzir efeitos nos outros Estados-membros”.

E no *considerandum* imediato – o (44) – regista: “a Directiva 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros [atinentes] ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, proíbe a publicidade televisiva de medicamentos que apenas sejam ‘vendidos’ mediante receita médica no Estado-membro a cuja esfera de competência pertence o organismo de radiodifusão televisiva. Justifica-se generalizar este princípio, tornando-o extensivo a outros meios de comunicação”.

O propósito é, pois, o de *harmonizar* as regras vertidas em cada um dos ordenamentos jurídicos (que não *uniformizar*, como se tem por pacífico, porque, a ser assim, o figurino normativo seria o do *regulamento* que não o da *directiva*), conquanto neste particular, a não haver uma mesma bitola para a aferição das listas de medicamentos *sujeitos e não sujeitos* a prescrição médica obrigatória, o que num dos Estados-membros figura no rol dos sujeitos a receita, noutro pode bem constar da lista dos *não sujeitos* a prescrição imperativa. O que em termos de publicidade transfronteiras pode originar sérias perturbações. Curial seria que as listas fossem concertadas no seio da Agência Europeia do Medicamento por forma a obviar às disparidades observadas no quotidiano.

<sup>4</sup> De qualquer sorte, haveria sempre a hipótese de uniformizar o regime do medicamento na União Europeia, através de regulamentos que seriam aplicáveis a todos os Estados-membros sem que de modo directo e imediato houvesse a possibilidade de alteração unilateral das regras por cada um dos aludidos Estados.

que acompanham os medicamentos para uso humano; à correspondência, a que se anexe eventual documento de pendor não publicitário, necessária à resposta a uma pergunta específica sobre determinado medicamento; às informações concretas e aos documentos de referência susceptíveis de concretizar alterações de embalagem, às advertências sobre efeitos adversos no âmbito da farmacovigilância, bem como aos catálogos de venda e às listas de preços, desde que não contenham informação sobre o medicamento; às informações relativas à saúde humana ou a doenças humanas, desde que não façam referência, ainda que de forma indirecta, a um medicamento.

## 2. A publicidade do medicamento *stricto sensu*

Considera-se, porém, *publicidade dos medicamentos* “[...] qualquer acção de comunicação, de informação, de prospecção ou de incentivo destinada a promover a sua prescrição, dispensa, venda ou consumo”. Abrange, em especial, a publicidade dos medicamentos junto do público em geral<sup>5</sup>, a publicidade dos medicamentos junto das pessoas habilitadas a receitá-los ou a fornecê-los, a visita de delegados de propaganda médica a pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos, o fornecimento de amostras de medicamentos, o incentivo à prescrição ou ao fornecimento de medicamentos, através da concessão, oferta ou promessa de benefícios pecuniários ou em espécie, excepto quando o seu valor intrínseco seja insignificante, o patrocínio de reuniões de promoção a que assistam pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos, o patrocínio de congressos científicos em que participem pessoas habilitadas a receitar ou a fornecer medicamentos, nomeadamente a tomada a cargo das respectivas despesas de deslocação e estadia nessa ocasião.

No plano das proibições ou das restrições, assinala-se a proibição da publicidade de medicamentos cuja autorização de introdução no mercado não haja sido concedida; a proibição condicionada de publicidade de medicamentos cuja dispensa dependa obrigatoriamente de receita médica. A proibição é, porém, relativa, atinge inexoravelmente a publicidade que haja por universo-alvo o grande público, admite-se em publicações técnicas ou em suportes de informação exclusivamente destinados aos facultativos (médicos) ou aos mais profissionais da saúde.

A publicidade, porém, qualquer que seja – tomando por base os medicamentos *sujeitos ou não imperativamente* a receita médica – condicionada se acha a um sem número de restrições, a saber: deve promover o uso racional dos medicamentos, fazendo-o de forma objectiva e sem que se exagere as suas propriedades; deve ser concebida de

<sup>5</sup> No que tange à denominada publicidade grande público, pondera-se no preâmbulo da Directiva que “a publicidade junto do público em geral de medicamentos [dispensados] sem receita médica poderia afectar a saúde pública se fosse excessiva e irreflectida. Tal publicidade, aquando da sua autorização, deve portanto satisfazer determinados critérios essenciais, que importa definir”. E no corpo da directiva avultam os critérios cuja observância se impõe e de que o texto se faz eco.

maneira que a mensagem publicitária apareça claramente expressa, indicando tratar-se de um medicamento; não pode divergir das informações constantes do resumo das características do medicamento, tal como foi autorizado; não pode ser enganosa. A publicidade que os laboratórios de especialidades farmacêuticas ou quaisquer outros operadores intentem efectuar – e se destina ao universo de consumidores – tem de oferecer um sem número de elementos, como segue: o nome do medicamento, bem como a denominação comum, caso o medicamento contenha apenas uma substância activa; indicações terapêuticas e precauções especiais; informações indispensáveis ao uso adequado do medicamento; aconselhamento ao utente para ler cuidadosamente as informações constantes da embalagem externa ou do folheto informativo e, em caso de dúvida, consultar o médico quando persistam os sintomas.

A publicidade carreada, porém, aos facultativos, ou seja, aos prescritores terá de incluir imperativamente o que segue: um resumo das características do medicamento; a classificação do medicamento para efeitos de dispensa, nomeadamente indicação de prescrição médica obrigatória, se for caso disso; o preço das várias apresentações; o regime de comparticipação. Se de medicamento susceptível de comparticipação, os valores suportados pela administração pública e pelo consumidor ter-se-ão de discriminar em moeda com curso legal, atentos os distintos regimes de comparticipação.

No que tange, porém, à *publicidade* que por alvo tiver o universo de consumidores, há elementos que de todo o regime em vigor veda<sup>6</sup>. Na realidade, a lei coíbe que as mensagens contenham elementos que levem a concluir que a consulta médica ou a intervenção cirúrgica é desnecessária, em particular sugerindo um diagnóstico ou preconizando o tratamento por correspondência; sugiram que o efeito do medicamento

<sup>6</sup> A publicidade dos medicamentos homeopáticos está sujeita de análogo modo às disposições que se aplicam aos medicamentos em geral, ainda que não haja AIM.

No entanto, na publicidade de tais medicamentos só se pode usar os elementos que se exige para a rotulagem, eventualmente, para a bula, como segue: denominação científica da(s) matéria(s)-prima(s), seguida do grau de diluição, utilizando os símbolos da farmacopeia adoptada, de acordo com o n.º 5 do artigo 1.º, nome e endereço do titular do registo e, se for caso disso, do fabricante, modo de administração e, se necessário, via de administração, prazo de validade explícito (mês, ano), forma farmacêutica, capacidade do modelo para venda, precauções específicas de conservação, se for caso disso, advertência especial no caso de o medicamento assim o exigir, número do lote de fabrico, número de registo, “[...] medicamento homeopático sem indicações terapêuticas aprovadas”, aviso aconselhando o paciente a consultar o médico se persistirem os sintomas durante a utilização do medicamento. É lícito, porém, aos Estados-membros proibir, nos termos de artigo 100 da Directiva 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, qualquer tipo de publicidade aos medicamentos homeopáticos para os quais não se haja criado um processo de registo simplificado especial. No entanto, assinala-se que só se acham sujeitos a um processo de registo simplificado especial os medicamentos homeopáticos que preencham cumulativamente as condições a seguir enunciadas: via de administração oral ou externa, ausência de indicações terapêuticas especiais no rótulo ou em qualquer informação relativa ao medicamento, grau de diluição que garanta a inocuidade do medicamento; em especial, o medicamento não pode conter nem mais de uma parte por 10 000 da tintura-mãe nem mais de 1/100 da mais pequena dose eventualmente utilizada em alopátia para as substâncias activas cuja presença num medicamento alopático acarrete a obrigação de apresentar uma receita médica.



é garantido, sem efeitos secundários, com resultados superiores ou equivalentes aos de outro tratamento ou medicamento; sugiram que o estado normal de saúde da pessoa possa ser melhorado através da utilização do medicamento; sugiram que o estado normal de saúde da pessoa possa ser prejudicado caso o medicamento não seja utilizado, excepto no que diga respeito às campanhas de vacinação; se dirijam exclusiva ou principalmente a crianças; façam referência a uma recomendação emanada por cientistas, profissionais de saúde ou outra pessoa que, pela sua celebridade, possa incitar ao consumo de medicamentos; tratem o medicamento como um produto alimentar, produto cosmético ou qualquer outro produto de consumo; sugiram que a segurança ou eficácia do medicamento é devida ao facto de ser considerado um produto natural; possam induzir, por uma descrição ou representação detalhada da anamnese, a um falso autodiagnóstico; se refiram de forma abusiva, assustadora ou enganosa a demonstrações ou garantias de cura; utilizem de forma abusiva, assustadora ou enganosa representações visuais das alterações do corpo humano causadas por doenças ou lesões, ou da acção de um medicamento no corpo humano ou em partes do corpo humano; refiram que o medicamento recebeu uma autorização de introdução no mercado.

No entanto, veda ainda a norma europeia se insiram indicações terapêuticas susceptíveis de conduzir os destinatários à automedicação, em particular de patologias como: tuberculose; doenças transmitidas sexualmente; outras doenças infecciosas graves; câncer e outras doenças tumorais; insónia crónica; diabetes e outras doenças do metabolismo. Proíbe-se ainda na publicidade dirigida ao grande público os medicamentos em cuja composição se integrem estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. A *publicidade comparativa*, porém, que a ordem jurídica da União Europeia ora admite – e o facto remonta a 1997<sup>7</sup> – é vedada sob qualquer das formas susceptíveis de se revestir.

<sup>7</sup> A Directiva CE 97/55/CE, de 6 de Outubro, do Parlamento Europeu e do Conselho, que introduziu modificações na Directiva 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de Setembro de 1984, aditou o artigo 3º-A, em que se consagra a admissibilidade, em geral, da publicidade comparativa, em dados termos, a saber: “1. A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à comparação, quando se reúnam as seguintes condições: a) Não ser enganosa nos termos do nº 2 do artigo 2º, do artigo 3º e do nº 1 do artigo 7º; b) Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objectivos; c) Comparar objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço; d) Não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente; e) Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente; f) Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; g) Não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; h) Não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida. 2. Qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu termo ou, se necessário, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; quando a oferta especial ainda não se tenha iniciado, a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica deve também ser indicada.”

### 3. A promoção através de amostras

De análogo modo, a publicidade – ou antes, a promoção – assente na distribuição gratuita de medicamentos é proibida se de amostras dirigidas aos consumidores se tratar<sup>8</sup>. As amostras gratuitas restringir-se-ão, a título excepcional, aos facultativos habilitados a prescrever, sujeitando-se, porém, uma tal faculdade a um sem número de pressupostos. Só podem, pois, ser cedidas amostras gratuitas, observadas as condições seguintes: um número limitado de amostras de cada medicamento por ano e por técnico habilitado a prescrever, a definir na autorização de introdução no mercado do medicamento; serem objecto de pedido escrito, datado e assinado, feito pelo destinatário; não serem superiores à apresentação de menor dimensão que for comercializada; conterem a menção *amostra gratuita e proibida a venda ao público*, ou outras semelhantes. As amostras de medicamentos sujeitos a receita médica só podem ser cedidas durante os dois anos subsequentes à data da introdução no mercado.

Não poderão, porém, ser cedidas amostras de medicamentos que contenham estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. As entidades que entendem ceder amostras gratuitas deverão adoptar um sistema adequado susceptível de assegurar e garantir um controlo irrestrito e a inerente responsabilidade (que pode assumir, como no caso português, a feição de ilícitos de mera ordenação social passíveis de coimas de carácter pecuniário, sem deixar de se considerar a sanção acessória da inibição de publicidade do medicamento até dois anos). Sem que se observe o *ne bis in idem*, a responsabilidade contra-ordenacional não prejudica a responsabilidade disciplinar que ao caso couber.

### 4. A publicidade do medicamento - universo-alvo: médicos e farmacêuticos

A publicidade dirigida aos médicos e a mais técnicos qualificados<sup>9</sup> é mister inclua, como se assevera, elementos determinados, para além de dever ser observado um sem-número de requisitos no que tange à documentação a proporcionar a facultativos

<sup>8</sup> A proibição de amostras gratuitas aos consumidores em geral para efeitos de promoção do medicamento é, pois, vedada expressamente, apenas se consentindo, nos limites estreitos definidos no artigo 96 da Directiva, a sua outorga aos prescritores desde que legalmente habilitados a fazê-lo. No mais, as restrições e ou proibições neste passo contidas equivalem-se às prescrições constantes dos códigos auto-regulatórios a que noutro ponto se fará referência (cf. infra 7). Vide, porém, no que toca à dispensa de amostras gratuitas aos facultativos, o *considerandum* 51, segundo o qual “[...] importa que possam ser fornecidas amostras gratuitas de medicamentos, observando determinadas condições restritivas, às pessoas habilitadas a receitar ou fornecer medicamentos, por forma a que se familiarizem com os novos medicamentos e adquiram experiência da sua utilização”.

<sup>9</sup> No particular da publicidade de medicamentos no círculo dos que habilitados se achem a prescrever ou dispensar, realce para a proposição segundo a qual – *considerandum* (47) – tal “[...] contribui para a [sua] informação: importa, todavia, submetê-la a condições estritas e a um controlo efectivo, com base nomeadamente nos trabalhos efectuados no âmbito do Conselho da Europa”.

e farmacêuticos. A documentação que seja transmitida como promoção destinada a técnicos habilitados a prescrever ou a dispensar medicamentos deve incluir, no mínimo, as informações essenciais que se compaginem com o resumo das características do produto; a classificação do medicamento para efeitos de fornecimento; eventualmente, o preço de venda ou a tarifa indicativa das várias formas de apresentação e as condições de reembolso pelos organismos de segurança social, para além de indicar a data em que foi estabelecida ou revista pela última vez. A informação contida na documentação referida no passo precedente deve ser exacta, actual, verificável e suficientemente completa para permitir ao destinatário fazer uma ideia correcta do valor terapêutico do medicamento. As citações e o material ilustrativo retirados de publicações médicas ou trabalhos científicos que se destinem a ser usados na documentação prevista neste particular devem ser correctamente reproduzidos e indicada a respectiva fonte.

#### 4.1. Informação e seus pressupostos

A informação do medicamento, que se mescla neste passo com a publicidade, conquanto de domínios distintos se trate, assume peculiar relevância neste congenho. Nesse ponto avulta, pois, quer uma amálgama de responsabilidades funcionais do titular da autorização de introdução no mercado como da empresa responsável em geral pela promoção do medicamento<sup>10</sup>.

Os promotores de informação médica, vulgo, os delegados funcionalmente dependentes dos laboratórios da indústria farmacêutica, devem, porém, dispor de formação científica adequada e de saberes bastantes que lhes permitam fornecer pontualmente informações precisas e tão completas quanto possível sobre os medicamentos que apresentarem aos técnicos habilitados a prescrever e a dispensar. Aos delegados de informação médica incumbe revelar aos facultativos visitados – e a quem habilitado se ache a prescrever – ou tornar disponível o resumo das características de cada um dos fármacos apresentados, informações sobre os preços praticados e, se for o caso, as condições de comparticipação da administração pública. Aos delegados compete ainda – no quadro, de resto, das funções de farmacovigilância que ora também lhes cabem, ainda que de modo residual, que não de menor relevância – transmitir ao departamento científico do laboratório de produtos farmacêuticos que representam quaisquer informações acerca do uso dos medicamentos que promovem, em particular no que se prende com as reacções adversas que cheguem à sua esfera de conhecimento pelo contacto pessoal com os facultativos e outros profissionais de saúde.

<sup>10</sup> Ai os instrumentos normativos dispõem que: “o titular da autorização de introdução no mercado ou a empresa responsável pela promoção do medicamento deve manter um serviço científico responsável pela informação relativa aos medicamentos que coloca no mercado, o qual deve dispor de toda a informação científica relativa aos mesmos e à publicidade realizada, em fichas que mencionam os destinatários, modo e data da primeira difusão”.

Trata-se de uma função relevante que se assaca, em particular, aos delegados de informação médica pela posição privilegiada que detêm neste congenho. E que não pode ser descurada, em homenagem à saúde pública que mister é assuma a relevância que se lhe reconhece no quadro da protecção do consumidor, como em outro passo se assinalou. A exigência de um tal dever funcional, se negligenciada, é susceptível de importar, consoante os casos, responsabilidade penal ou disciplinar.

### 5. A problemática dos prémios, ofertas e outros benefícios

Sucessivos escândalos que envolveram farmacêuticas (laboratórios de especialidades farmacêuticas) e médicos de distintas formações impuseram que em um sem-número de países se disciplinasse de forma estrita um tal domínio, de molde a obviar às distorções que situações de análogo jaez inevitavelmente acarretam<sup>11</sup>. Daí que se haja regrado segmentos como os dos prémios, ofertas ou brindes, o da participação em eventos científicos e profissionais e as acções de promoção de medicamentos, precisando-se o conceito de custos e acolhimento dos profissionais de saúde, *maxime* dos discípulos de Hipócrates, amiúde assediados pelas farmacêuticas no quadro,

<sup>11</sup> Como alude o articulista Santos (2006): “Não é de ontem que surgem críticas aos comportamentos menos éticos de uma boa parte da indústria farmacêutica. Quem ler “O Grande Segredo da Indústria Farmacêutica” (por Philippe Pignarre, Campo da Comunicação, 2004) verificará a consistência de queixas a procedimentos lesivos do dinheiro público e das expectativas dos doentes: medicamentos iguais vendidos com comparticipação ou não prescritos, com o apoio das autoridades nacionais para aligeirar a factura da Segurança Social, fidelização do prescriptor através de compensações aos médicos; crescimento das relações promíscuas entre a imprensa, congressos e laboratórios farmacêuticos; desenvolvimento de campanhas de saúde pública determinam na consulta médica e na toma de medicamentos; financiamento de conferências e reuniões em temas onde a indústria julgue ir obter ideias para cativar os poderes públicos e a classe médica (caso do tratamento da esquizofrenia). Recorde-se que o mais importante inquérito em Portugal depois do 25 de Abril, ainda não concluído, incide sobre as relações promíscuas entre os médicos e os laboratórios. Vale a pena ler o livro do Prof. Pignarre para conhecer melhor as estratégias comerciais dos laboratórios. A Consumers International, Federação de Organização de Consumidores, que se consagra à escala mundial na promoção desta política de desenvolvimento humano, com o apoio da Direcção-Geral do Emprego da União Europeia, procedeu a um estudo sobre o marketing da indústria farmacêutica que acaba de ser publicado sob o título “As Receitas-Milagre dos Laboratórios: o ponto de vista dos consumidores sobre a responsabilidade social, a promoção dos medicamentos e a indústria farmacêutica na Europa”. Os elementos que aqui se avançam reflectem os principais problemas detectados pela Consumers International. A promoção dos medicamentos preocupa os consumidores, já que é público e notório uma série de situações em que o marketing afecta a saúde, pode induzir o aumento indevido do consumo de medicamentos, gera opacidade de mercado, manipulação da prescrição médica e lesões profundas ao princípio da informação objectiva do doente e do utente de saúde. Dentro dessas situações temos o caso do Vioxx, um poderoso analgésico fabricado pela Merck em que se veio a apurar que o laboratório já estava há vários anos ao corrente das reacções adversas, tendo manipulado estudos em revistas científicas, a ponto de manipular informações sobre os efeitos cardiovasculares do medicamento. Este caso faz destacar a falta de ética na promoção dos medicamentos, impedindo a informação segura e levando a mortes e sofrimentos evitáveis. No anexo do estudo, que envolve os laboratórios mais representativos que operam no território da União Europeia, o leitor encontrará irregularidades nos comportamentos de laboratórios tais como Astra Zeneca, Boehringer Ingelheim, BMS, Eli Lilly, Johnson & Johnson ou Novartis.”

afinal, da promoção dos medicamentos e em vista de uma prescrição maciça<sup>12</sup>. Os escândalos – de incalculável projecção – redundaram em processos judiciais de alcance vário, uns conclusos, outros pendentes e que buliram, com efeito, com o prestígio da classe médica, dotada, em geral, de uma aura que o sumo exercício da medicina lhe granjeara e de uma sacralidade levada à exclusão de eventuais responsabilidades até em hipóteses de preterição das *leges artis*<sup>13</sup>.

No quadro estrito que, entretanto e de modo imperioso, houve que refazer, ainda se conferiu suficiente margem para que os facultativos participem de eventos científicos – autênticos, autónomos e genuínos –, como extensão de uma formação para a vida, *formação permanente* ou *contínua*. Já que a alternativa seria a de se impor ao Estado que assegurasse *intra vires* a indispensável formação a médicos, farmacêuticos e demais profissionais da saúde, se fosse o caso, ou, se de funções exclusivamente privadas se tratasse, a expensas dos próprios, como se tem por curial.

Em Portugal, o Decreto-Lei 48/99, de 16 de Fevereiro, regrou de modo draconiano domínio tão sensível cujos traços importa revelar<sup>14</sup>. E as normas então editadas não se limitaram aos facultativos, antes se estenderam aos farmacêuticos hospitalares ou de oficina que por missão têm a da dispensa de medicamentos aos pacientes, uma

<sup>12</sup> No que em particular se prende com os estímulos ou incentivos facultados a prescritores e a quem incumba a dispensa de medicamentos nos espaços próprios - farmácias de oficina ou outros -, o *considerandum* (50) é expresso em consignar que “[...] as pessoas habilitadas a receitar medicamentos devem ser capazes de exercer essas funções com toda a objectividade, sem serem influenciadas por estímulos financeiros directos ou indirectos”. E no corpo da Directiva sobressai dos artigos 94 e ss disciplina específica a um tal propósito. Contemplemos o artigo 94: “1. No âmbito da promoção de medicamentos junto das pessoas habilitadas para os receitar ou fornecer, é proibido conceder, oferecer ou prometer a essas pessoas quaisquer prémios, benefícios pecuniários ou benefícios em espécie, excepto quando se trate de objectos de valor insignificante e não estejam relacionados com a prática da medicina ou da farmacologia. 2. Nas acções de promoção de vendas, o acolhimento deve ser sempre de nível razoável e ter um carácter acessório em relação ao objectivo principal da reunião; não pode ser alargado a pessoas que não sejam profissionais da saúde. 3. As pessoas habilitadas a receitar ou fornecer medicamentos não podem solicitar nem aceitar qualquer dos incentivos proibidos por força do nº 1 ou contrários ao nº 2.4. As medidas ou práticas comerciais existentes nos Estados-Membros em matéria de preços, margens e descontos não são afectadas pelos nºs 1, 2 e 3.” E o que no artigo 95 se plasma: “O disposto no nº 1 do artigo 94 não obsta ao acolhimento de forma directa ou indirecta, em manifestações de carácter exclusivamente profissional e científico; esse acolhimento deve ser sempre de nível razoável, ter um carácter acessório em relação ao objectivo científico principal da reunião e não ser alargado a pessoas que não sejam profissionais da saúde.” Trata-se de preocupação descortinável também na Directiva 92/28/CEE, de 31 de Março de 1992, nos artigos 9º e 10º que se tornaram mais instantes após as ocorrências deploráveis registadas no final dos anos 90 do século transacto ante a forma despuddorada como se processavam relações promíscuas entre capitães de indústria e discípulos de Hipócrates.

<sup>13</sup> Nicolle (1985, p. 5), prémio Nobel da Medicina e professor do Colégio de França, asseverava “La société humaine délègue à certains de ses membres un mandat. Les médecins reçoivent mission de veiller à la santé des hommes. Ils exercent cette mission dans la plénitude de leur conscience ».

<sup>14</sup> Que o DL 176/2006, de 30 de Agosto, reitera, no ensejo da transposição da Directiva 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de novembro de 2001, nos seus artigos 158 et seq.

vez prescritos. Daí que se haja proibido<sup>15</sup> *dar* ou *prometer*, directa ou reflexamente, a pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos, *prêmios*, *ofertas*, *benefícios pecuniários ou em espécie*, excepto quando se trate de objectos relacionados com a prática da medicina ou da farmácia e de valor intrínseco insignificante.

A proibição não obsta, porém, a que o *titular* da AIM e bem assim a Empresa Responsável pela Promoção do Medicamento – ERPM suportem custos de acolhimento de pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos em eventos científicos e acções quer de formação quer de promoção de medicamentos, desde que, em qualquer caso, tais incentivos não dependam nem constituam contrapartida da prescrição ou dispensa de fármacos. Não obsta ainda, de análogo modo, a satisfação de honorários aos profissionais a que se alude pela participação científica activa em eventos tais. Por participação científica activa se considera a apresentação de comunicações científicas, de *posters* ou de intervenções de qualquer natureza ou espécie no quadro das actividades de medicina ou farmácia desenvolvidas. Ponto é que os honorários deferidos, nos termos do período anterior, não constituam do mesmo passo dependência ou contrapartida da prescrição ou dispensa de medicamentos<sup>16</sup>.

A despeito do que nos passos precedentes se grafou, a lei veda ainda às pessoas legalmente habilitadas a prescrever e a dispensar fármacos<sup>17</sup> que *peçam* ou *aceitem de modo directo ou reflexo* prémios, ofertas, brindes ou outros benefícios pecuniários ou em espécie ao (ou do) titular da AIM e das ERPM. E tal proibição subsiste ainda que os artigos, produtos (ou o que quer que seja) procedam de qualquer outro Estado-membro ou de países fora de tal círculo, ao abrigo de legislação estrangeira. A lei estabelece ainda, no quadro restritivo imposto, em consequência do desalinho observado, em particular com médicos sujeitos a corrupção passiva pelos laboratórios farmacêuticos, que “[...] sem prejuízo das atribuições e competências das entidades públicas, é

<sup>15</sup> Ao titular da AIM ou à ERPM, se distinta daquele.

<sup>16</sup> O n.º 3 do artigo 9.º do DL 48/99, de 16 de Fevereiro, era expressivo ao vedar uma tal prática: “Não constitui, igualmente, violação do n.º 1 o pagamento, por parte do titular da autorização de introdução no mercado ou da empresa responsável pela promoção do medicamento, de honorários a pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos pela participação científica activa destes, nomeadamente através da apresentação de comunicações científicas em eventos desta natureza ou em acções de formação e de promoção de medicamentos, desde que, em qualquer caso, o aludido pagamento não fique dependente ou seja contrapartida da prescrição ou dispensa de medicamentos”. E o n.º 1 referia: “É proibido ao titular da autorização de introdução no mercado, bem como à empresa responsável pela promoção do medicamento, dar ou prometer, directa ou indirectamente, a pessoas habilitadas a prescrever ou a dispensar medicamentos, prémios, ofertas, benefícios pecuniários ou em espécie, excepto quando se trate de objectos relacionados com a prática da medicina ou da farmácia e de valor intrínseco insignificante.” A disciplina alusiva a tal regime consta agora do artigo 158 do DL 176/2006, de 30 de Agosto, que revoga o referenciado diploma.

<sup>17</sup> E, neste passo, registre-se que é indiferente que se trate de medicamentos sujeitos obrigatoriamente a receita médica, pois os outrora denominados, com impropriedade embora, ‘medicamentos de venda livre’, numa tradução grosseira de *Over The Counter* – OTC, também se incluem no rol.

proibido efectuar, por qualquer meio e a qualquer título, a recolha, o tratamento e a concessão de informações referentes à prescrição de medicamentos por determinada pessoa habilitada a prescrevê-los”.

Claro que nesse particular é ao Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento, em Portugal, que incumbe uma tal atribuição e/ou competência, não sendo lícito, pois, a quem quer que seja promover tais recolhas ou estudos como forma de preservar os médicos do seu estatuto, no seu diuturno exercício. O quadro restritivo que ora se oferece permite conciliar deveras o interesse da saúde pública, do erário público e o da formação científica proporcionada em permanência a facultativos e boticários, alvo fácil de cosmo-empresas a que os interesses materiais importam particularmente, a despeito da *Carta de Responsabilidade Social* em que o primado ético se afirma de modo inequívoco e que – tantas! –, com uma hipocrisia a roçar a desfaçatez mais cruenta, subscrevem e proclamam para a abjurar

#### **6. Eventos científicos e acções de formação e promoção de medicamentos *stricto sensu***

Na rubrica precedente – ainda que de modo incidental – referência genérica ao ponto se produziu. Cumpre, no entanto, determo-nos de forma mais circunstanciada ante as exigências específicas da lei. O titular da AIM ou a ERPM, que assegure o patrocínio de acções de formação e de promoção de medicamentos e eventos científicos - congressos, simpósios, seminários, jornadas - tem imperativamente de constar da documentação de tais manifestações e bem assim do rol de participantes e dos trabalhos ou relatórios publicados após a consecução de acções e eventos.

O titular da AIM e a ERPM manterão, no entanto, no departamento científico do laboratório farmacêutico de que se trata, pelo lapso de cinco anos e de molde a poderem ser sindicados a qualquer instante pelos serviços públicos competentes (Inspecção-Geral da Saúde, Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento, Ministério Público, Polícia Judiciária), documentação pertinente a cada uma das acções e/ou eventos científicos que hajam sido por si patrocinados. O documento deve, de forma completa e fidedigna, incluir os elementos que a seguir se enunciam: programa de acções e eventos científicos; identificação da entidade que promove, patrocina e organiza as acções em epígrafe; cópia das comunicações científicas ou de índole profissional efectuadas; mapa das despesas e eventuais receitas e respectivos documentos justificativos.

O Ministro da Saúde define, por despacho, o modo de elaboração e as condições de acesso à documentação a que se alude no passo precedente sempre que em causa se ache a participação em acções - de formação e de promoção de medicamentos - e

eventos científicos de quem esteja adstrito ao Serviço Nacional de Saúde. Ignora-se se a administração pública neste *interim* – de 1999 a esta parte – exerceu as competências que o diploma lhe defere. No entanto, em termos pragmáticos, ou os escândalos cessaram ou, ao menos, não se configuram como tal pelo silêncio de que a comunicação social se dá mostras ao longo dos 8 anos já cumpridos após os ditames oficiais vertidos a propósito. Os processos de antanho, não se acham, porém, decididos de todo, como é o caso do *affaire* Pequito, assim denominado pelo facto de haver sido desencadeado contra uma multinacional farmacêutica pelo delegado de informação médica, de sua graça João Pequito, de que lhe valeu, obviamente, o despedimento.

### 6.1. Encargos com o acolhimento de médicos e farmacêuticos

Num dos pontos por que se desdobra a parte segunda do presente trabalho se aludiu que, a título excepcional, é lícito que o titular da AIM, bem como da ERPM suportem, parcelar ou integralmente, os custos de acolhimento em acções e/ou eventos científicos. A lei, porém, não se basta com a enunciação genérica do ponto. E vai ao extremo de recortar de forma extensa e profunda o conceito. Aí se considera qualquer dos encargos emergentes da inscrição, deslocação e estada em manifestações de carácter exclusivamente científico e ainda em acções de formação e promoção de fármacos (ou produtos farmacêuticos, *maxime*, de medicamentos) que comportem uma efectiva mais-valia científica ou um real proveito formativo para os respectivos participantes. E a lei vai anda mais longe: define o *dies a quo* e o *dies ad quem* da estada: “A estada não deverá exceder o período compreendido entre o dia anterior ao do início e o dia seguinte ao do termo do evento ou das acções de formação ou de promoção de medicamentos nem comportar benefícios de carácter social, prevalentes sobre o objectivo científico e profissional”.

A *ratio legis* é a de evitar que o denominado *turismo médico*, tão em voga no período em que os escândalos estalaram, prosseguisse de forma equívoca ou dissimulada, com prejuízos manifestos quer para a assiduidade dos prescritores e dispensadores de medicamentos com reflexos na saúde individual e colectiva das pessoas, quer para o reforço do saber dos destinatários das acções e eventos. Na realidade, os laboratórios foram incriminados por propiciarem o *turismo médico* de forma generalizada e/ou de presentearem, sobretudo os médicos, com uma gama de electrodomésticos para uso pessoal de renomadas marcas e de modelos de eleição como contrapartida para a prescrição de fármacos determinados. O que obriga ainda se defina o perfil do *acolhimento*.

O acolhimento deve ser sempre de “[...] nível razoável e ter um carácter acessório em relação ao objectivo principal da reunião, não devendo ser alargado a pessoas que não sejam profissionais de saúde destinatários dos mesmos”. Nesse passo o que se visa é



evitar que os familiares, como soía acontecer, se aproveitem também, de modo directo ou reflexo, das deslocações com intuitos científicos ou formativos para se avantajarem com benefícios que decorrem da oferta de digressões turísticas que se proporcionam *a latere* a cônjuges, acompanhantes, descendentes, parentes outros ou afins. A lei é restritiva e põe ponto final nas promiscuidades que também aí se detectavam de modo incontroverso.

As exigências postam-se ainda a outros níveis, nomeada ou especificamente no que tange aos locais em que decorrem acções e eventos. As opções pelos locais em que se consumarão as acções de formação e promoção e os eventos científicos e a organização dos programas sociais complementares, se os houver, mister será que obedeçam a critérios adequados de uma perspectiva laboral e científica. Mas força é que envolvam também – no que a níveis de hospitalidade se refere, designadamente – custos financeiros de montante equilibrado, como o prescreve a lei, numa contenção de gastos que não exorbite dos objectivos imbricados nas acções *sub judice*. À administração pública cabe assegurar-se da observância das prescrições em realce, importando significar que o afrontamento a tais normas constitui ilícito de mera ordenação social passível de coima susceptível de atingir ± os 45 000 euros.

## 7. Códigos deontológicos da indústria farmacêutica – *lato sensu*

Ante o deprimente quadro que se nos deparou em Portugal a propósito das relações promíscuas entre os laboratórios da indústria farmacêutica e os médicos, a associação de interesses económicos que agrega as distintas unidades de produção em laboração no País apressou-se a definir, em termos auto-regulatórios, regras de feição deontológica que passaram, entretanto, a vigorar nas relações *inter partes*. Para além do Convénio que a Federação Europeia das Indústrias Farmacêuticas e o Comité Europeu dos Médicos celebraram. E que assumem, de resto, carácter transnacional, à dimensão europeia.

Os termos firmados entre a *European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations* – EFPIA e o *Standing Committee of European Doctors* – CPME constam de um convénio de boa-vontade alçado a Código Deontológico com repercussões na esfera de cada um dos subscritores e valimento *intra muros* de cada um dos Estados-membros da União Europeia. Aí se aparelham medidas tendentes a subtrair às relações entretecidas o espectro de suspeição que constituiu, em múltiplos cenários, a dominante na promiscuidade subsistente, a macular de forma impressiva a reputação e a fidedignidade dos facultativos. E é óbvio que se não pode tomar a *núvem por Juno* ou confundir a *árvore com a floresta*. No entanto, os aspectos desviantes puseram em causa e, em geral, a imagem que o *vulgo* tinha dos médicos.

De entre os deveres a que se adscrive a indústria, figuram no texto que se impõe *inter pares* no espaço preenchido pela União Europeia, entre outros, não oferecer hospitalidade injustificada; os brindes/benefícios não devem ser dispendiosos e têm de estar associados à prática clínica. Aos médicos, no documento de que se trata, incumbe, porém não solicitar brindes/benefícios à indústria; não aceitar hospitalidade injustificada; os brindes/benefícios não devem ser dispendiosos e devem estar associados à prática clínica. Às reuniões sob a égide ou o patrocínio da indústria (ou em que se envolva ou promova) presidem regras muito estritas, a saber:

As Companhias Farmacêuticas podem organizar ou patrocinar reuniões médicas. Tais eventos devem ter uma vertente/componente claramente pedagógica. A informação transmitida em qualquer reunião deverá ser baseada em dados médicos e científicos relevantes. Actividades que façam parte do desenvolvimento profissional contínuo e sistemático devem ser avaliadas e certificadas por entidades relevantes. Quando da divulgação, o objectivo do evento deve ser devidamente especificado; quando apropriado, será também indicado se o evento é avaliado e certificado. O local da reunião deve ser apropriado para o objectivo científico da reunião e não deverá envolver deslocações além das necessárias. A Indústria Farmacêutica poderá pagar a palestrantes, material de estudo e instalações necessárias para a realização da reunião: poderá também pagar a viagem e o alojamento dos participantes, mas não o dos acompanhantes. A recepção durante as reuniões deve ser aceitável na generalidade, razoável e estritamente limitada ao objectivo do evento: patrocinar ou organizar eventos desportivos ou de entretenimento está proibido.

A Indústria Farmacêutica, em Portugal, elaborou, entretanto, um Código Deontológico que rege as práticas promocionais dos produtos que lança no mercado. O documento contém, porém, a data de 28 de Setembro de 2005 e figura em anexo (II). Nos artigos 13 e seguintes se espalham as regras estabelecidas em específicos domínios, a saber, *eventos e hospitalidade, ofertas e incentivos, patrocínio de profissionais de saúde e amostras* (de fármacos). E aí se plasman regras estritas que, no tocante a eventos científicos se compaginam com os que os instrumentos internacionais e a lei em vigor em Portugal imperativamente consagram. Cumpre reter a tal propósito, artigo 13.º - eventos e hospitalidade:

1. Todas as reuniões, congressos, conferências, simpósios e outros eventos de natureza promocional, científica ou profissional ('evento') organizados ou patrocinados por uma empresa titular de autorização de introdução no mercado ou promotora de um medicamento têm de ser realizados num local adequado condizente com o fim principal do evento, e só podem proporcionar hospitalidade quando a mesma for adequada e cumprir as disposições legais em vigor.

2. Nenhuma empresa pode organizar ou patrocinar eventos que se realizem fora do seu país de origem ('evento internacional'), salvo se:

(a) a maior parte dos participantes for de fora do seu país de origem e, tendo em conta os países de origem da maior parte dos convidados, fizer mais sentido em termos lógicos realizar o evento noutro país; ou

(b) tendo em conta a localização dos recursos ou conhecimentos relevantes que constituem o objecto ou tema do evento, fizer mais sentido em termos lógicos realizar o evento noutro país.

3. A hospitalidade proporcionada em relação a eventos promocionais, profissionais ou científicos deve restringir-se às viagens, refeições, alojamento e custos de inscrição; todavia os aspectos sociais e ou estritamente culturais que possam complementarmente existir não podem de qualquer forma coincidir com qualquer reunião de trabalho.

4. A hospitalidade não deverá exceder o período compreendido entre o dia anterior ao início e o dia seguinte ao do termo do evento, e só pode ser oferecida a profissionais de saúde que sejam participantes por direito próprio.

5. A hospitalidade proporcionada a profissionais de saúde deve ter um nível razoável e restringir-se estritamente ao objectivo principal do evento. Como regra geral, a hospitalidade proporcionada não deve exceder o que os profissionais de saúde participantes no evento estariam preparados para pagar eles próprios.

6. A hospitalidade não pode incluir o patrocínio ou a organização de eventos com carácter de entretenimento (v.g. desportivos ou de diversão), e as empresas devem evitar escolher locais/empreendimentos conhecidos pelas suas instalações para diversão.

No que tange a brindes, ofertas, prémios e incentivos, realce para o artigo 14.º - ofertas e incentivos:

1. Não podem ser fornecidas, oferecidas ou prometidas ofertas, vantagens pecuniárias ou benefícios em espécie aos profissionais de saúde, que de qualquer forma, directa ou indirectamente, os incentive a prescrever, fornecer, vender ou administrar um medicamento.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, nos casos em que os medicamentos sejam promovidos junto de profissionais de saúde, podem ser fornecidos ou oferecidos benefícios em espécie a essas pessoas, unicamente se forem de baixo valor pecuniário e relevantes para a prática da medicina ou farmácia e/ou envolvam um benefício para o doente.

3. As ofertas podem conter apenas o nome e logotipo da empresa, o nome do medicamento e/ou a sua denominação comum internacional, quando esta exista, ou a marca comercial. Se com elas se pretender dar informação adicional sobre o medicamento, esta tem que observar o disposto no artº. 2.º, n.º 1.

4. Não devem ser oferecidas nem proporcionadas ofertas para benefício pessoal dos profissionais de saúde, tais como bilhetes para eventos de entretenimento.

5. Para efeitos do disposto neste artigo, entende-se por baixo valor pecuniário um valor que não deverá exceder um quarto de unidade de conta de custas judiciais<sup>18</sup>.

O patrocínio de manifestações científicas segue estrita prescrição, a saber, a do artigo 15, cujos termos se enunciam:

1. Sempre que uma empresa patrocine um simpósio, congresso ou qualquer outro programa de saúde, médico ou educacional, deverá levar em consideração os seguintes princípios:

1.1 O patrocínio deve ser claramente anunciado previamente ao acontecimento identificado, durante o mesmo e na fase pós-realização. Todo e qualquer material de informação, impresso, audiovisual ou informático que saia de tais encontros, deve reflectir correctamente as comunicações e discussões;

1.2 O apoio à participação a profissionais de saúde não deve estar condicionado à obrigação de promover qualquer medicamento.

1.3 Se o programa for reconhecido para efeitos de formação profissional pós-licenciatura, por organização médica reconhecida ou outra qualquer organização de profissionais de saúde, igualmente reconhecida, deverá ser revelado, se o houver, o apoio da Indústria Farmacêutica.

<sup>18</sup> Ora fixada em 88 euros.

1.4 É considerado adequado o pagamento de honorários e o reembolso de despesas, incluindo viagens, aos oradores e moderadores dos encontros.

No particular das amostras, o regime é conformemente à directiva estrito: as amostras só serão fornecidas a instâncias do médico; as empresas disporão de sistemas de controlo e contabilização das amostras; as amostras não podem ser maiores que a apresentação menor lançada no mercado; as amostras terão de conter a menção *amostra médica grátis – venda proibida*. E há restrições no que tange à própria natureza dos fármacos, a saber, proíbe-se a dação de: “[...] medicamentos que contenham substâncias definidas como psicotrópicas ou estupefacientes por uma convenção internacional tal como as Convenções das Nações Unidas de 1961 e 1971; outros medicamentos para os quais não seja adequado fornecer amostras, tal como determinado pelas autoridades competentes em cada momento”.

A relevância do tema avulta em momento em que a dissolução dos valores grassa por toda a parte e paradigmas outros mesclados de poderosos interesses egoísticos tendem a sobrepujar os bens, interesses ou valores jurídicos fundamentais imbricados na saúde pública. Ponto é que não campeie a hipocrisia institucional na concreta aplicação dos normativos, quer se trate dos que emanam de instâncias legiferantes nacionais e/ou internacionais ou da *soft law* a que as associações, *soit disant* de classe e as de interesses económicos, conferem expressão para observância *inter partes*. Ponto é que haja suficiente vigor para contrariar as violações que amiúde ocorrem e os desvios deploráveis a que se assiste numa reverberável subversão dos quadros e dos propósitos neles consignados.

## 8. A publicidade ao medicamento e conexos no anteprojecto do denominado Código do Consumidor

Ao domínio de que se cura, o anteprojecto português, ora em debate, consagra, em rigor, um só artigo – o 104. Nele se contém o comando que segue: “É proibida a publicidade a tratamentos médicos e a medicamentos que apenas possam ser obtidos mediante receita médica, com excepção da publicidade incluída em publicações técnicas destinadas a médicos e outros profissionais de saúde.” No entanto, à semelhança do que ora ocorre com o Código da Publicidade em vigor no ordenamento jurídico nacional, e no que tange, em geral, à *saúde* dispõe o normativo em epígrafe, no artigo 97, o que segue:

1. É proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança, designadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial susceptibilidade da verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria.

2. A publicidade não deve comportar qualquer apresentação visual ou descrição de situações onde a segurança não seja respeitada, salvo justificação de ordem pedagógica.

3. O disposto nos números anteriores deve ser particularmente acautelado no caso da publicidade especialmente dirigida a crianças, adolescentes, idosos ou deficientes.

E no que se prende com os *efeitos benéficos de produtos e serviços milagrosos*, realce para o que o artigo 98 do anteprojecto encerra – *menção de efeitos benéficos* –, a saber:

Sem prejuízo da aplicação geral das disposições relativas à publicidade enganosa, são especialmente proibidas as menções a efeitos benéficos para a saúde ou para o ambiente, feitas com o intuito de promover produtos ou serviços, cuja veracidade não esteja cientificamente comprovada.

E no que se refere a *produtos e serviços milagrosos*, confira-se o artigo 109 que, em sentido análogo ao do artigo 22º-B do Código da Publicidade em vigor, é do teor seguinte:

1. É proibida, sem prejuízo do disposto em legislação especial, a publicidade a bens ou serviços milagrosos.

2. Considera-se publicidade a bens ou serviços milagrosos, para efeitos da presente secção, a publicidade que, explorando a ignorância, o medo, a crença ou a superstição dos destinatários, apresente quaisquer bens, produtos, objectos, aparelhos, materiais, substâncias, métodos ou serviços como tendo efeitos específicos automáticos ou garantidos na saúde, bem-estar, sorte ou felicidade dos consumidores ou de terceiros, nomeadamente por permitirem prevenir, diagnosticar, curar ou tratar doenças ou dores, proporcionar vantagens de ordem profissional, económica ou social, assim como alterar as características físicas ou a aparência das pessoas, sem uma objectiva comprovação científica das propriedades, características ou efeitos propagandeados ou sugeridos.

3. O ónus da comprovação científica a que se refere o número anterior recai sobre o anunciante.

4. As entidades competentes para a instrução dos processos de contra-ordenação e para a aplicação das medidas cautelares e das coimas podem exigir que o anunciante apresente provas da

comprovação científica a que se refere o nº 2, bem como da exactidão material dos dados de facto e de todos os benefícios propagandeados ou sugeridos na publicidade.

5. A comprovação científica a que se refere o nº 2, bem como os dados de facto e os benefícios a que se refere o número anterior, presumem-se inexistentes ou inexactos se as provas exigidas não forem imediatamente apresentadas ou forem insuficientes.

A televisão é, em particular, visada pelas restrições do anteprojecto, nele se plasmando (*vendas à distância: pela televisão*) doutrina segundo a qual:

1. Considera-se televenda, para efeitos da presente secção, a difusão de ofertas directas ao público, realizada por canais televisivos, com vista ao fornecimento de produtos ou à prestação de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações, mediante remuneração.
2. São aplicáveis à televenda, com as necessárias adaptações, as disposições previstas nesta secção para a publicidade, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.
3. É proibida a televenda de medicamentos sujeitos a uma autorização de comercialização, assim como a televenda de tratamentos médicos.
4. A televenda não deve incitar os menores a contratarem a compra ou aluguer de quaisquer bens ou serviços.

O Código da Publicidade, transposto para o anteprojecto do denominado Código do Consumidor, não é, pois, pródigo em normas pertinentes à publicidade do medicamento. As disposições que se lhe referem constam de diploma autónomo: *in casu* o DL 176/2006, de 30 de Agosto, que reúne a maior parte dos dispositivos em que se plasma o regime jurídico do medicamento. Afigura-se-nos, porém, que o Código de Direitos do Consumidor, na sua versão definitiva, não deveria comportar o regime da publicidade na íntegra, independentemente da natureza dos produtos e serviços. E não é essa, ao que parece, a orientação. Mantém-se, a despeito, a fragmentação a que se assiste, com inúmeros aspectos parcelares a eximir-se do diploma matriz do estatuto do consumidor.

## 9. Conclusão

A publicidade aos medicamentos de uso humano (alopáticos como homeopáticos) está, no seio da União Europeia, disciplinada por uma directiva que veda mensagens

dirigidas ao grande público de medicamentos sujeitos obrigatoriamente a receita médica. Tais medicamentos podem, porém, ser objecto de publicidade em publicações exclusivamente destinadas a profissionais de saúde de distintos estratos com tal correlacionados. A publicidade, porém, de medicamentos não sujeitos a receita médica é livre, conquanto a lei estabeleça condicionantes, na esteira, de resto, da natureza não intrinsecamente mercantil dos fármacos, indissoluvelmente imbricados na saúde pública e cuja dispensa exige peculiares cuidados.

No que tange, porém, aos prémios, ofertas, brindes e mais benefícios, também é vedado dar ou prometer, como pedir ou aceitar, ainda que a *praxis*, noutros países, seja permissiva, com ou sem suporte nos ordenamentos de origem. No domínio das acções de formação e de promoção de medicamentos e bem assim no dos eventos científicos em que se congregam médicos e ou farmacêuticos, quer os honorários pela apresentação de comunicações científicas ou outras, quer os encargos advenientes da inscrição, deslocação e estada susceptíveis de ser assegurados pelos titulares da AIM e da ERPM, são lícitos, desde que se observem condições de transparência que a administração pública põe a cargo tanto de quem assume o patrocínio como de quem realiza sob sua égide tais manifestações de formação, promoção ou de índole científica *tout court*.

As condições estabelecidas obedecem a critérios de transparência, de adequação e proporcionalidade, que a lei estabelece de forma estrita. É vedado alargar o benefício da deslocação e do alojamento (e o mais) a quaisquer pessoas que se situem fora da órbita das manifestações de que se trata por forma a encerrar definitivamente o *turismo médico* a lugares privilegiados de vilegiatura que se proporcionava em larga escala, sobretudo a médicos, familiares e ou a acompanhantes outros. As associações europeias de médicos e as das indústrias farmacêuticas coenvolveram-se em iniciativas auto-regulatórias tendentes a consignar regras de conduta assentes no plano ético de molde a não desvirtuar a natureza das coisas e a não permitir que os interesses materiais subvertam as directrizes mais adequadas.

O anteprojecto do denominado Código do Consumidor reitera, em múltiplas normas, preocupações do estilo e veda, em geral, a publicidade a medicamentos, como a que encoraja comportamentos nocivos à saúde ou à segurança, como as menções a efeitos benéficos para a saúde com o intuito de promover produtos ou serviços, como ainda a produtos ou serviços miraculosos, em exploração da ignorância, medo, crença ou superstição do universo-alvo a que se dirige. A prossecução de esforços em ordem à tutela de tais princípios e valores é missão essencial para que se convocam, sem reservas nem tergiversações, instituições e os cidadãos-consumidores.



## 10. Referências bibliográficas

SANTOS, Beja. Interesses milionários dos laboratórios afectam consumidores. Disponível em: <http://www.farmacia.com.pt/index.php?name=News&file=article&sid=1894>. Acesso em: 26.Nov.2006.

NICOLE, Charles. *La sagesse est de s'en remettre à eux*. In: LEMAINÉ, Jean-François ; IMBERT, Jean-Luc. *La Responsabilité Médicale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

PORTUGAL. *Código Deontológico para as Práticas Promocionais da Indústria Farmacêutica*. Disponível em: <http://www.apifarma.pt/Default.aspx?parentid=962>. Acesso em: 26.Nov.2006.



## 2. DOUTRINA NACIONAL

### 2. 1 A PROTEÇÃO COLETIVA DOS DIREITOS NO BRASIL E ALGUNS ASPECTOS DA *CLASS ACTION* NORTE AMERICANA<sup>1</sup>

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>2</sup>

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro  
Mestre em Direito (LL.M) pela *Yale Law School*, Estados Unidos  
Advogado

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Espécies de direitos que comportam tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Direitos difusos. 2.2. Direitos coletivos. 2.3. Direitos individuais homogêneos. 3. As diferentes modalidades de proteção coletiva dos direitos no sistema brasileiro. 3.1. Uma modalidade excepcional: o controle de constitucionalidade por ação direta. 3.2. Modalidades convencionais. 4. A ação civil pública do direito brasileiro. 4.1. A legitimação ativa nas ações coletivas. 4.2. O procedimento na ação coletiva – o devido processo legal. 4.3. Os efeitos da coisa julgada. 5. Alguns aspectos da *class action* norte-americana. 6. Conclusão: distinções essenciais entre os dois sistemas. 7. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução<sup>3</sup>

O Brasil vive, desde a Constituição de 1988, sob um Estado democrático de direito, em que vigoram as liberdades públicas e a alternância do poder. Quase duas décadas de estabilidade institucional vêm desenvolvendo um sentimento constitucional no povo em geral, apto a superar uma história acidentada, marcada por golpes, governos militares e recaídas autoritárias. A despeito das dificuldades sociais de um país que ainda não percorreu todos os ciclos do desenvolvimento, o Brasil figura entre as doze maiores economias do mundo. A ordem jurídica brasileira assenta-se sobre uma legislação de razoável técnica, com doutrina de qualidade e boa jurisprudência.

<sup>1</sup> Este texto serviu de base para uma apresentação feita pelo autor no *Colloque sur les Actions Collectives*, no plenário da Corte de Cassação francesa, realizado em Paris, no dia 2 de junho de 2005, sob o patrocínio da Corte e do *Institut des Hautes Etudes sur la Justice*.

<sup>2</sup> O presente trabalho é dedicado a José Carlos Barbosa Moreira, mestre notável e amigo querido, que não tendo conseguido me levar para o direito processual, trouxe-o até mim. Na interação estreita entre Constituição e Processo que pautou minha vida acadêmica, os méritos são dele e os erros são meus mesmos.

<sup>3</sup> Sobre o tema na literatura nacional, v. dentre muitos, os seguintes *Livros*: Milaré (2001); Carvalho Filho (2004); Carneiro (1999); Mazzilli (1999); Mancuso (2004); Grinover e outros (1999); Araújo Filho (2002); Barroso (2003). E, também, os seguintes *Artigos*: Moreira (1977); os textos da terceira série (1984), especialmente: A proteção jurídica dos interesses coletivos, A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro e Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos; Diz (2000, p. 113).



O Brasil, como se sabe, foi colônia de Portugal desde o descobrimento, em 1500, até a independência, em 1822. Como consequência, o sistema jurídico brasileiro filia-se à tradição romano-germânica, tendo sofrido a influência predominante da cultura jurídica da Europa continental, notadamente da França e da Itália. Mais recentemente, como em boa parte dos países ocidentais, ampliou-se e aprofundou-se a influência do direito norte-americano. No plano do direito público, especialmente do direito constitucional, deve-se registrar, também, a incorporação de idéias e doutrinas originárias do direito alemão, com destaque para a produção do Tribunal Constitucional Federal.

Aliás, é digno de nota que as duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido nos últimos anos uma rota de progressiva aproximação. De fato, nos países do *common law* – onde o direito tem origem predominantemente costumeira e se baseia, sobretudo, nos precedentes judiciais – tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do direito legislado, além da flexibilização dos precedentes. Tanto o Reino Unido<sup>4</sup> quanto os Estados Unidos<sup>5</sup> são exemplos do que se afirma. De outra parte, no Brasil e em outros países de tradição romano-germânica – nos quais a legislação é a principal fonte de direito – os precedentes judiciais têm merecido progressivo destaque<sup>6</sup>. Além disso, a argumentação com base em cláusulas abertas e

<sup>4</sup> No Reino Unido, onde vigorava a posição mais radical em relação ao *stare decisis* desde a decisão no caso *London Tramways*, de 1898, passou-se a admitir a reforma do precedente, embora com grande reserva e em situações limitadas, a partir do *Practice Statement*, de 1966. Sobre o tema, v. Alan Paterson, *The law lords*, 1982; Jim Harris, *Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess*, 10 *OJLS* 140, 1990; e Isabelle Rorive, *La rupture de la House of Lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique*. In: Gérard, Ost e Kerchove, *L'accélération du temps juridique*, 2000, p. 801 e ss..

<sup>5</sup> Nos Estados Unidos a posição sempre fora menos rígida. Uma das mais celebradas decisões da Suprema Corte americana – a do fim da segregação racial nas escolas públicas, proferida no caso *Brown v. Board of Education*, de 1954 – foi uma ruptura com o entendimento anteriormente professado. De fato, até então vigorava, em matéria racial, a doutrina do 'equal but separate', firmada desde *Plessy v. Ferguson*, em 1896. V., por simplificação, Hall (1992). Para algumas anotações sobre o precedente e sua importância para a justiça, previsibilidade, eficiência e legitimidade das decisões judiciais, v. Hanks; Herz; Nemerson (1994).

<sup>6</sup> No Brasil, o fenômeno não se manifesta apenas pela maior atenção que os aplicadores do direito e mesmo a doutrina têm reservado à jurisprudência, embora essa mudança de mentalidade seja digna de nota. No plano normativo, vêm sendo criados mecanismos de fortalecimento dos precedentes, sendo de se destacar dois. Os tribunais em geral podem editar súmulas, que – embora não sejam de observância obrigatória pelas instâncias inferiores – produzem mais do que efeitos meramente indicativos. O art. 557 do Código de Processo Civil, alterado em 1998, passou a permitir que o relator negue de plano seguimento a recurso fundado em tese contrária à súmula do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, permite-se também a reforma monocrática de decisão manifestamente em confronto com os mesmos parâmetros. No caso do Supremo Tribunal Federal, recente emenda constitucional (EC nº 45, de 08.12.04) veio permitir a edição de súmulas com efeitos propriamente vinculantes, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo. Os enunciados podem firmar orientação sobre a validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, sempre envolvendo matéria constitucional. O novo mecanismo foi cercado de formalidades especiais: as súmulas devem versar sobre questão em que haja controvérsia entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração Pública. Além disso, para a aprovação de enunciado exige-se a manifestação favorável de dois terços dos ministros da Corte, após reiteradas decisões sobre a matéria.



em princípios – categorias que integram o intérprete ao processo de criação do direito – incorporou-se à prática de juízes e tribunais. É neste cenário que serão estudados, com a objetividade indispensável, os mecanismos de tutela coletiva dos direitos na ordem jurídica brasileira, levando em conta suas aproximações e distanciamentos em relação à *class action* do direito norte-americano.

## 2. Espécies de direitos que comportam tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro

Embora o sistema de proteção coletiva dos direitos esteja delineado na Constituição Federal, sua implementação se deu por via de duas importantes leis ordinárias, uma anterior e outra posterior à Carta de 1988: a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Da combinação desses dois diplomas legais é que se vai compreender, verdadeiramente, as diferentes situações jurídicas que comportam tutela coletiva na ordem jurídica brasileira, que são divididas em três categorias: direitos difusos, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos<sup>7</sup>.

As duas primeiras espécies – difusos e coletivos – abrangem direitos que se dizem *transindividuais* e *indivisíveis*. Nesses dois termos, expressam-se as características essenciais: do ponto de vista subjetivo, são titularizados por uma pluralidade de pessoas; quanto ao seu objeto, não comportam fracionamento. Daí resulta que não podem ser fruídos individualmente, em quotas-parte, nem tampouco podem ser objeto de disposição por qualquer dos co-titulares. Ademais, como intuitivo, a lesão ao direito de um único interessado importa em lesão ao direito de todos os demais. Não é o que ocorre, todavia, com os denominados direitos individuais homogêneos, que são direitos divisíveis e disponíveis. A tutela coletiva, nesse caso, pode atender a uma conveniência vislumbrada pelo legislador, mas não é exigida pela natureza do direito. A seguir, uma breve nota sobre cada uma das situações.

<sup>7</sup> Devido à incerteza doutrinária quanto ao sentido e alcance desses conceitos, a Lei nº 8.078/90 optou por definir cada um deles, em dispositivo que tem a seguinte dicção: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Embora a Lei nº 8.078/90 tenha por objeto a proteção apenas dos direitos do consumidor, o art. 21 determinou sua aplicação à defesa coletiva de direitos de qualquer natureza.



### 2.1. Direitos difusos

Os direitos difusos confundem-se, muitas vezes, com o interesse da sociedade como um todo. Seus titulares são um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato, como habitarem em uma mesma cidade, desfrutarem de uma mesma paisagem ou dependerem de um mesmo rio para abastecimento de água. Exemplos típicos de direitos difusos são o direito a um meio ambiente saudável, à publicidade que não seja enganosa, a produtos cujo consumo não seja inadvertidamente nocivo. O fato de um direito ser difuso não impede que alguém que tenha sofrido uma lesão individual vá a juízo por conta própria, como no caso de uma pessoa que tenha sido vítima de um dano direto causado pela poluição de um rio ou pela compra de um medicamento que não advertia acerca dos riscos que trazia para a saúde<sup>8</sup>.

### 2.2. Direitos coletivos

Os direitos coletivos, igualmente transindividuais e indivisíveis, são titularizados por “[...] grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (Lei nº 8.079/90, art. 81, II). O traço distintivo em relação aos direitos difusos é a determinabilidade dos titulares do direito, em razão do caráter mais restrito das pessoas afetadas. Alguns exemplos de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base<sup>9</sup> e que tenham sido vítimas de um dano coletivo: os acionistas de uma sociedade por ações, afetados por uma decisão ilegal da diretoria; os condôminos de um edifício de apartamentos, vítimas de uma exigência irrazoável da prefeitura. A hipótese de uma relação jurídica base com a parte contrária pode ser ilustrada com a situação em que grupo de alunos de uma universidade, portadores de deficiência física, postulam a construção de um acesso especial para cadeiras de rodas<sup>10</sup>.

### 2.3. Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos são laconicamente definidos pela lei como “[...] os decorrentes de origem comum”. Trata-se de direitos divisíveis e com titulares certos. Ainda assim, a lei admite a tutela coletiva, na presunção de que ela seja mais

<sup>8</sup> Caso rumoroso ocorrido no Brasil, em 2003, foi o de um fabricante de pílulas anti-concepcionais que, por equívoco, colocou em diversas embalagens placebo em vez do medicamento. Inúmeras mulheres engravidaram involuntariamente e ajuizaram ações contra o laboratório fabricante.

<sup>9</sup> A relação jurídica base preexistente não se confunde com a relação jurídica decorrente da lesão ao direito coletivo e geradora da pretensão em face de quem lhe deu causa. V. Moreira (1977); e Grinover (1999, p. 722).

<sup>10</sup> Veja-se que neste exemplo não há relação jurídica dos alunos entre si, mas apenas entre eles e a universidade. Os interessados são determinados ou determináveis, o que exclui a hipótese de direito difuso. E a indivisibilidade é evidente: ou se constroem as rampas, e todos os interessados são satisfeitos, ou não se constroem, e nenhum o é.

conveniente ou adequada. Se a presunção não se confirmar, a ação coletiva não deverá ser admitida. A proteção coletiva desses direitos corresponde à *class action for damages* do direito norte-americano, à qual se fará referência um pouco mais à frente. No direito brasileiro, dois são os requisitos para a proteção desses direitos: a origem comum e a homogeneidade.

A expressão *origem comum* refere-se à causa que serve de fundamento para a pretensão veiculada como, por exemplo, o acidente de avião, a contaminação de um medicamento, a colocação de água em um suco vendido como puro<sup>11</sup>. Há quem faça distinção entre origem comum próxima e remota, em função da intensidade do nexo causal em relação ao dano<sup>12</sup>. A *homogeneidade* refere-se à identidade ou proximidade de situações entre as pessoas integrantes da classe, de modo a justificar sua reunião no pólo ativo de uma única ação. As ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos mereceram disciplina especial da legislação que será objeto de comentário a seguir.

### 3. As diferentes modalidades de proteção coletiva dos direitos no sistema brasileiro

A ordem jurídica brasileira lida com a proteção coletiva dos direitos por via de dois grupos de mecanismos distintos. O *primeiro* deles congrega as ações de controle de constitucionalidade por via de ação direta que, embora não se destinem de forma *imediata* à proteção de direitos subjetivos, prestam-se a esse fim em muitas ocasiões, daí poder-se considerá-las uma modalidade excepcional de tutela coletiva. No *segundo* grupo, estão as diferentes possibilidades de ações por meio das quais é possível veicular pretensões subjetivas em caráter coletivo. Uma dessas possibilidades é a chamada *ação civil pública*, à qual se dedicará um capítulo específico, por guardar paralelismo mais próximo com a *class action* do direito norte-americano. Antes disso, porém, com o objetivo de fornecer, de maneira sumária, uma visão panorâmica do sistema, fazem-se alguns comentários acerca do controle de constitucionalidade por ação direta e de outras hipóteses em que pretensões subjetivas podem ser levadas ao Judiciário coletivamente<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> A origem comum pode ser de fato ou de direito e, como observado em Grinover (1999, p. 724), “[...] não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.

<sup>12</sup> Nessa linha, Grinover (2001, p. 31): “Mas é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; remota, ou mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos”.

<sup>13</sup> O debate sobre a atuação dos sindicatos ou sobre a ação popular levariam a um desvio excessivamente longo. Registra-se apenas a matriz constitucional de cada uma dessas situações: “Art. 8º, III – ao sindicato

De início, parece próprio estabelecer duas distinções importantes do direito brasileiro em relação ao direito francês. Em primeiro lugar, vigora entre nós o sistema de jurisdição una, em que todas as ações são propostas exclusivamente perante o Poder Judiciário, inexistindo uma jurisdição administrativa<sup>14</sup>. Em segundo lugar, prevalece no Brasil o princípio da supremacia da Constituição, atribuindo-se a juízes e tribunais o papel de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Trata-se de controle repressivo, e não preventivo, realizado após a publicação e vigência do ato do Poder Legislativo.

### 3.1. O controle de constitucionalidade por ação direta

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Brasil pode ser exercido de duas maneiras: por via incidental e por via principal ou por ação direta<sup>15</sup>. O controle *incidental* corresponde ao sistema norte-americano de *judicial review*: ao decidir um caso concreto, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei que, fundadamente, considere inconstitucional. Já o controle por via *principal* consiste na possibilidade de se propor uma ação, diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discute em tese, em abstrato, fora de um caso concreto, a constitucionalidade de uma lei. Trata-se de fórmula inspirada no modelo austríaco de jurisdição constitucional. A decisão proferida nessa hipótese de controle tem natureza vinculante e produz efeitos em relação a todos (*erga omnes*)<sup>16</sup>.

Pois bem: esse mecanismo de controle de constitucionalidade por ação direta só pode ser deflagrado por um número limitado de órgãos e entidades previsto na própria Constituição, quase todos integrantes da Administração Pública ou dotados de personalidade de direito público<sup>17</sup>. Figuram, todavia, dentre os que têm direito

cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”; “Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>14</sup> Constituição Federal, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>15</sup> Sobre o tema, v. Barroso (2004) e Moreira (2003).

<sup>16</sup> V. Constituição Federal, art. 102, § 2º: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Não é o caso de se aprofundar aqui a discussão sobre as diferentes possibilidades de controle de constitucionalidade por via de ação direta no Brasil.

<sup>17</sup> Constituição Federal, art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho

de propositura da ação direta as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional<sup>18</sup>. Embora a ação direta não se destine, em teoria, à tutela de direitos subjetivos, e sim da integridade do sistema constitucional, na prática ela constitui um primeiro mecanismo de defesa coletiva de direitos por entes da sociedade civil. Preenchido o requisito da pertinência temática<sup>19</sup>, podem eles postular a invalidade de leis que afetem negativamente as categorias por eles representadas<sup>20</sup>.

É certo que a modalidade de atuação prevista acima tem caráter excepcional, por se tratar de uma jurisdição abstrata e de um processo objetivo. De fato, nessas situações, o Judiciário não desempenha sua função típica, que é a aplicação da lei a casos concretos envolvendo litígios entre partes (*i.e.*, um processo subjetivo, um *case or controversy*, para utilizar a expressão americana).

### 3.2. Modalidades convencionais

O direito brasileiro admite diversas formas pelas quais é possível tutelar coletivamente direitos e interesses. Não é o caso de se procurar sistematizar todas essas possibilidades, já que o foco aqui está voltado especificamente para uma delas: a ação civil pública. Faz-se, no entanto, breve menção a duas outras hipóteses previstas diretamente pela Constituição<sup>21</sup>. A primeira delas envolve a legitimação ativa ampliada das entidades

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

<sup>18</sup> Merece referência, também, o direito de propositura da ação direta pelo Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal e que desfruta de grande autonomia, assegurada constitucionalmente. Sua legitimação para propor ações dessa natureza é ilimitada (universal) e pode ele agir no interesse da sociedade, mesmo que contra o interesse do governo.

<sup>19</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabeleceu, como exigência complementar à legitimação ativa para propositura de ação direta, a existência de uma relação lógica entre a questão versada na lei impugnada e os objetivos sociais da entidade requerente. Vale dizer: a norma contestada deverá repercutir direta ou indiretamente sobre a atividade profissional ou econômica da classe envolvida.

<sup>20</sup> Algumas das mais importantes questões levadas à apreciação do STF nos últimos tempos deveram-se à iniciativa de associações de classe. Vale destacar: ADIn 3367-DF, proposta pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, questionando a Emenda Constitucional nº 45 (Reforma do Judiciário), na parte em que instituiu um órgão de controle administrativo da magistratura com participação de membros externos à instituição; ADPF 54, questionando a incidência de norma penal que tipifica o aborto no caso de antecipação do parto de fetos anencefálicos, sob o fundamento central de que a incidência da norma penal violaria a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual e o direito à saúde; ADIn 3.105-DF, questionando a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41, que instituiu a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos e dos pensionistas; ADIn 2925-DF, proposta pela CNT – Confederação Nacional do Transporte, questionando a constitucionalidade da indevida destinação feita pela lei orçamentária de recursos arrecadados com tributo (a contribuição de intervenção no domínio econômico denominada CIDE), que tinha por finalidade programas específicos, como financiamento de projetos ambientais ligados à indústria do petróleo e de infra-estrutura de transporte.

<sup>21</sup> A Constituição prevê ainda a ação popular e a possibilidade de os sindicatos agirem em nome de seus filiados. Os debates sobre a atuação dos sindicatos ou sobre a ação popular levariam a um desvio excessivamente longo. Registra-se apenas a matriz constitucional de cada uma dessas situações: “Art. 8º, III – ao



associativas para atuarem em nome de seus associados. Com efeito, a Constituição Federal, visando a ampliar os casos de tutela coletiva de direitos no Brasil, previu em seu art. 5º, XXI, uma hipótese específica de legitimação ativa, em dispositivo assim redigido: “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Trata-se, aqui, da figura da *representação*: a associação poderá ingressar em juízo em nome de seus associados, para promover direitos individuais por eles titularizados. Como não se trata de atuação em nome próprio, é indispensável a autorização dos representados<sup>22</sup> e o interesse em jogo deverá ter relação com o objeto social da associação<sup>23</sup>. Essa modalidade de defesa de interesses individuais justifica-se, notadamente, nos casos em que a atuação de uma única pessoa seja impossível, difícil ou inconveniente por razões econômicas, sociais ou outras. Um exemplo desse tipo de representação: a associação de pais e alunos de uma determinada escola postula a invalidação de aumento das mensalidades escolares que considera abusivo<sup>24</sup>.

sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”; “Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>22</sup> Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição houve precedentes entendendo que a autorização deveria ser específica, tendo por objeto a representação dos associados no caso concreto que se queria levar a juízo (MS 1043-DF, Rel. Min. Garcia Vieira). Todavia, acabou por se consolidar entendimento diverso, no sentido de que basta uma autorização genérica, constante do estatuto da pessoa jurídica ou da lei instituidora da entidade. Nesse sentido, exemplificativamente: REsp 506692-RS, Rel. Min. Francisco Falcão: “A associação, entidade de classe ou entidade sindical, regularmente constituídas e em funcionamento, podem propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses das categorias que representam, independentemente de autorização especial, bastando a constante no estatuto”.

<sup>23</sup> Não basta que a associação seja apta, em tese, à propositura de ação coletiva. A jurisprudência consolidou o entendimento de que o interesse a ser tutelado em cada caso concreto deve guardar relação com as finalidades institucionais da entidade, para que esta seja parte legítima. As associações não se transformam, portanto, em procuradores indiscriminados dos seus filiados para a defesa de interesses particulares. Não poderiam, por exemplo, propor ação de despejo por um dos seus associados, em relação a imóvel de sua propriedade. Nesse sentido, v. exemplificativamente, a seguinte decisão: REsp 165484-RS, Rel. Min. Ari Pargendler: “A associação que tenha entre suas finalidades institucionais a defesa do consumidor está legitimada a propor ações coletivas que visem à tutela judicial de seus propósitos”.

<sup>24</sup> Nesse sentido, v. REsp 132906-MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Outros exemplos: 1) legitimidade de associação de moradores para: a) contestar decreto municipal que alterou o itinerário de linhas de ônibus, supostamente em prejuízo dos moradores (RMS 7272-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler); b) defesa do meio ambiente local (REsp 332.879-SP, Rel. Min. Eliana Calmon); 2) legitimidade de fundação que presta assistência social a comunidade de pescadores para obstar construção de fábrica que degradaria a natureza no local, inviabilizando a pesca (AR 497-BA, Rel. Min. Garcia Vieira); 3) legitimidade de associação de defesa do consumidor para: a) contestar aumentos na mensalidade de planos de saúde (REsp 171373-SP, Rel. Min. Barros Monteiro); b) postular a declaração de nulidade de contrato celebrado entre o Poder Público (Município) e empresa concessionária de serviço público pela inexistência de cláusula que permitisse o controle das tarifas que seriam cobradas dos usuários (REsp 626019-SC, Rel. Min. Francisco Falcão); c) exigir de bancos valores pagos a menor a titulares de cadernetas de poupança, por conta da inci-

Uma segunda via de defesa coletiva de direitos individuais é o mandado de segurança coletivo, criado pela Constituição de 1988. O mandado de segurança, de natureza individual, já existia no direito brasileiro desde 1934, consistindo em uma ação civil de rito sumário destinada a proteger direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública<sup>25</sup>. O mandado de segurança *coletivo* distingue-se do tradicional apenas no que diz respeito à legitimação ativa para propô-lo. De fato, em relação a ele se prevê a possibilidade de organização sindical, entidade de classe, associação existente há mais de um ano e partidos políticos atuarem na defesa dos interesses de seus membros ou associados. Confira-se a redação do art. 5º, LXX:

LXX - O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Consoante doutrina dominante e jurisprudência pacífica, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a situação aqui é de *substituição processual*<sup>26</sup>, e não de representação. O sindicato, a entidade de classe ou associação<sup>27</sup> atuam em nome próprio, ainda que na promoção de direitos de terceiros. Por essa razão, não é necessária a manifestação prévia e expressa dos membros ou filiados, uma vez que a autorização para agir

dência de índices incorretos de correção monetária (Agr no REsp 651038-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi).

<sup>25</sup> Constituição Federal, art. 5º, LXIX: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A expressão *direito líquido e certo* é tradicional na doutrina e na legislação brasileira, servindo para designar o direito que pode ser verificado de plano, independentemente da necessidade de produção de provas, por já se encontrar ela pré-constituída ou por versar a disputa questão puramente de direito.

<sup>26</sup> Como regra, o ordenamento jurídico confere legitimidade processual aos titulares da relação jurídica material litigiosa, naturais detentores do interesse em agir. Excepcionalmente, a lei pode atribuir legitimidade a pessoa estranha à relação jurídica controvertida, mas a ela ligada por interesse juridicamente relevante. Trata-se da chamada legitimização extraordinária ou substituição processual. Ao contrário do representante, o substituto ostenta a condição de parte na demanda, atuando de forma autônoma e em nome próprio, inclusive para o efeito de suportar os ônus processuais decorrentes de condenação ou da imposição de penalidades, como as decorrentes de litigância de má-fé. Por outro lado, é da essência da substituição processual a possibilidade de modificação da situação jurídico-material, afetando, favorável ou desfavoravelmente, a posição jurídica do substituído. Por isso mesmo o legislador deve ser parcimonioso no momento de estabelecer hipóteses de legitimização extraordinária, geralmente justificadas quando se presume que o substituto terá condições de defender o interesse de forma mais adequada do que o substituído. Sobre o tema no direito brasileiro, v. Dinamarco (2001, p. 308-310).

<sup>27</sup> A atuação dos partidos políticos envolve complexidades maiores e alguma indefinição doutrinária e jurisprudencial, que não serão investigadas aqui.

decorre diretamente do texto normativo. Sobre os efeitos subjetivos da decisão nessa hipótese, aplicam-se as mesmas regras da ação civil pública, que serão estudadas mais adiante.

#### 4. A ação civil pública do direito brasileiro<sup>28</sup>

O principal instrumento de defesa coletiva de direitos no ordenamento jurídico brasileiro é a ação civil pública, também referida como ação coletiva, criada pela Lei nº 7.347/85 e complementada pela Lei nº 8.078/90, ambas já referidas. Ao longo dos anos, por disposição normativa expressa ou por construção jurisprudencial, tem ela se prestado à tutela de bens jurídicos como o meio-ambiente, o direito dos consumidores, o patrimônio público, os bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem urbanística, a moralidade administrativa, a economia popular, dentre outros<sup>29</sup>. Do ponto de vista processual, a legislação aplicável à ação civil pública dá tratamento uniforme à proteção dos direitos difusos e coletivos, mas institui regime jurídico próprio para a defesa de direitos individuais homogêneos.

É interessante observar que, na experiência brasileira, a proteção dos direitos difusos e coletivos gerou, ao longo dos anos, um volume de ações bastante mais significativo que o de demandas voltadas à promoção dos direitos individuais homogêneos. É possível especular diferentes razões para esse fenômeno. Uma delas, certamente, é a atuação do Ministério Público, que figura como principal protagonista das ações civis públicas no direito brasileiro e cuja legitimação para agir recai, sobretudo, sobre aquelas espécies de direitos<sup>30</sup>. O Ministério Público pode, igualmente, instaurar inquérito civil público,

<sup>28</sup> Parte da doutrina brasileira estabelece uma distinção entre as expressões *ação coletiva* e *ação civil pública*. A primeira identificaria o gênero, ao passo que o termo ação civil pública deveria ser reservado para os casos de ação coletiva movida pelo Ministério Público (nesse sentido, *e.g.*, Mazzilli (1999, p. 51 e 52). A distinção não consta da lei da ação civil pública, mas foi seguida no Código de Defesa do Consumidor. Fica apenas o registro, com a ressalva de que, na prática, a discussão é meramente terminológica, eis que o procedimento a ser seguido é praticamente o mesmo em ambas as hipóteses.

<sup>29</sup> Outros exemplos: (i) a Lei nº 7.913, de 7.12.1989, autoriza o Ministério Público a propor ação civil pública por danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado por operações fraudulentas e similares, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado (a condenação deve reverter para os investidores lesados, na proporção de seu prejuízo); (ii) a Lei nº 8.069, de 13.7.1990 (ECA), prevê a utilização da ação civil pública para proteção dos direitos relacionados à infância e adolescência; e (iii) a Lei nº 8.884, de 11.6.1994 (CADE), autoriza que os prejudicados, por si ou por seus legitimados previstos no art. 82 do CDC, ingressem em juízo para obter a cessação de infrações à ordem econômica e a indenização respectiva. Observe-se que o primeiro e o terceiro itens acima são exemplos típicos de direitos individuais homogêneos.

<sup>30</sup> De acordo com levantamento feito por Carneiro (1999), mais de 60% das ações civis públicas propostas no Rio de Janeiro no período entre 1987 e 1996 tiveram como autor o Ministério Público. Embora não se tenha tido acesso a dados mais recentes, nada sugere que esta tendência tenha sido alterada.

anteriormente à propositura da ação, para colher informações e provas<sup>31</sup>.

Nada obstante isso, em razão da finalidade do presente estudo, os parágrafos seguintes darão maior ênfase ao modo como o direito brasileiro disciplina a ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos, por ser essa a hipótese mais próxima da *class action for damages* do direito norte-americano. De maneira objetiva, serão comentados alguns aspectos do procedimento previsto e três das questões centrais de qualquer discussão envolvendo as ações de classe: a legitimação ativa, o devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e os efeitos da coisa julgada.

#### 4.1. A legitimação ativa nas ações coletivas

A legislação brasileira deu tratamento uniforme à legitimação ativa para a propositura de ação coletiva, independentemente de estarem em jogo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Cumpre assinalar, de início, a opção de não se reconhecer a possibilidade de atuação de pessoas físicas na defesa de tais direitos. A decisão política do legislador brasileiro foi no sentido de atribuir a legitimação ativa a pessoas jurídicas, públicas e privadas, ou a órgãos públicos dotados de autonomia, a saber: o Ministério Público, as associações constituídas há mais de um ano e cujo objeto tenha pertinência com o direito tutelado e entidades e órgãos da Administração Pública, incluídos a União, os Estados e os Municípios<sup>32</sup>.

A fórmula adotada, consoante manifestação expressa de juristas que participaram da elaboração dos projetos de leis relevantes, visou a impedir desvios que poderiam advir da legitimação individual<sup>33</sup>. De parte isso, evitou-se conferir ao juiz da causa competência

<sup>31</sup> Tanto a Constituição como a legislação específica prevêm a possibilidade de o Ministério Público conduzir um procedimento de investigação prévio, ainda na esfera administrativa, denominado *inquérito civil*. Tal procedimento administrativo destina-se a colher elementos para eventual propositura de ação civil pública, quando isso seja necessário. Na condução do inquérito civil, o Ministério Público dispõe de amplos poderes instrutórios, podendo ouvir testemunhas, requisitar documentos e informações de autoridades públicas e de particulares, solicitar a realização de perícias, dentre outras medidas. A legislação admite, igualmente, a celebração de um acordo (transação), denominado de Termo de Ajustamento de Conduta, pelo qual a parte à qual se imputa o comportamento irregular se compromete a proceder na forma avencada.

<sup>32</sup> V. Lei n. 7.347, de 1985, art. 5º e Lei n. 8.078, de 1990, art. 82, onde se lê: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – O Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear”. O § 1º do mesmo art. 82 permite a dispensa pelo juiz do requisito da pré-constituição, no caso de defesa dos direitos individuais homogêneos, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

<sup>33</sup> Conforme mencionado anteriormente, no direito brasileiro existe, de longa data, a ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão e que também se presta, em alguma medida, à tutela de interesses difusos e coletivos. Ao longo dos anos, tal remédio foi utilizado, muitas vezes, como instrumento de pres-

para exercer o controle sobre a *representatividade adequada* do autor da ação. Criou-se, como se percebe, um sistema baseado na presunção de que determinadas entidades e instituições teriam essa capacidade, embora tal presunção possa eventualmente ser afastada no exame do caso concreto<sup>34</sup>. Note-se que o Ministério Público, instituição responsável pelo ajuizamento da grande maioria de ações civis públicas em matéria de direitos difusos e coletivos, tem sua atuação limitada quando se trate de direitos individuais homogêneos<sup>35</sup>, somente tendo legitimação para agir quando os direitos em disputa sejam indisponíveis<sup>36</sup> ou haja interesse social relevante envolvido<sup>37</sup> ou relevância social na tutela coletiva<sup>38</sup>.

#### 4.2. O procedimento da ação coletiva – o devido processo legal

A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi prevista pelo legislador como um procedimento em duas etapas. Na primeira etapa, os entes dotados de legitimidade ativa poderão propor, em nome próprio e no interesse das pessoas afetadas (ou de seus sucessores), ação de responsabilidade pelos danos sofridos. No caso de acolhimento do pedido, o juiz proferirá uma sentença condenatória de caráter *genérico*, fixando a responsabilidade do réu pelos danos que tenha causado<sup>39</sup>. Após o trânsito em julgado dessa decisão, terá início a segunda etapa, consistente na liquidação e na execução da

são política e até de vingança pessoal. Igualmente, procurou-se evitar desvios que marcaram a trajetória da *class action* norte-americana, consoante preocupação manifestada por Grinover (1999, p. 733): “Nos Estados Unidos, onde as *class actions* têm longa tradição, há opiniões favoráveis (*one of the most socially useful remedies in history*) e também negativas (*legalized blackmail*), e não são poucos os que manifestam preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico de quem as propõe, em vez de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam”.

<sup>34</sup> No caso das associações, por exemplo, exige-se que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico ou do consumidor (Lei n. 7.347/85, art. 5º).

<sup>35</sup> Sobre o tema, v. Barroso (2003, p. 229).

<sup>36</sup> Como, por exemplo, em questões envolvendo direitos trabalhistas ou a proteção de menores, domínios que, embora privados, são frequentemente regidos por normas de ordem pública e interesses que transcendem aos das partes envolvidas.

<sup>37</sup> Como, por exemplo, saúde, educação e segurança, dentre outros. Por tal fundamento têm sido admitidas ações ajuizadas pelo Ministério Público em questões como reparação por danos causados à saúde de trabalhadores submetidos a condições insalubres, a declaração de nulidade de cláusulas abusivas na aquisição de imóveis financiados por instituições financeiras ou o reajuste excessivo de prestações de planos de saúde.

<sup>38</sup> Como, por exemplo, as situações em que o proveito individual é insuficiente para motivar partes privadas a ajuizarem a ação, mas a lesão ao interesse coletivo é significativa. É o que ocorre no caso do produtor de leite que adiciona água ao produto, causando pequena lesão ao direito individual, mas lucrando indevidamente com um dano causado à coletividade.

<sup>39</sup> V. Lei n.º 8.078/90, arts. 91 e 95, a seguir transcritos: “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”; “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

sentença condenatória. Nessa fase, cada vítima (ou seus sucessores) deverá provar, em processo individual, o dano sofrido e o nexo de causalidade, procedendo-se à quantificação da reparação<sup>40</sup>. A liquidação e a execução poderão se desenrolar no foro do domicílio do autor individual, mesmo que seja diverso daquele em que tramitou o processo original no qual se produziu a decisão genérica<sup>41</sup>.

A lei admite que se promova a liquidação e a execução da sentença de modo coletivo, em favor das vítimas ou de seus sucessores, o que pode se justificar, sobretudo, no caso de dificuldades econômicas ou sociais dos beneficiários da decisão<sup>42</sup>. Hipótese diversa e interessante é a que permite que as entidades e os órgãos dotados de legitimidade para a ação coletiva possam promover a liquidação e a execução no caso de inércia dos interessados. Por vezes, a despeito da gravidade do dano coletivo, o benefício individual a ser colhido por cada um é inexpressivo, não havendo motivação por parte das vítimas em receberem a sua quota-parte. Nesse caso, o produto da indenização irá reverter para um fundo público<sup>43</sup>.

Dois mecanismos no direito brasileiro procuram assegurar o devido processo legal nas ações de classe ou coletivas: a ciência a todos do ajuizamento da ação, de modo a permitir que os interessados possam participar do processo; a exclusão, do raio de efeitos da decisão, de todos aqueles que não foram parte no processo. Quanto à ciência, a lei exige a publicação de edital na imprensa oficial, comunicando a propositura da ação e facultando o ingresso dos interessados como litisconsortes. A lei incentiva, também, a divulgação do fato pelos meios de comunicação social, a ser feita pelos órgãos de defesa do consumidor<sup>44</sup>. Não se exige, porém, a intimação pessoal de todos os interessados, o que simplifica o procedimento, mas transforma a efetiva ciência dos potenciais interessados em uma relativa ficção. Em contrapartida, a legislação brasileira dá um tratamento singular aos efeitos subjetivos da coisa julgada, impedindo que eles afetem negativamente quem não tenha sido parte no processo. É

<sup>40</sup> V. Lei nº 8.078/90: “Art. 97. A liquidação e a execução da sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82”.

<sup>41</sup> Assim se tem entendido, com base nas regras gerais do processo civil, apesar de ter havido veto presidencial ao dispositivo da Lei nº 8.078/90, que explicitava tal possibilidade. V. Grinover (1999, p. 789).

<sup>42</sup> Além do art. 97 da Lei nº 8.078/90, transcrito acima, v. também: “Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”. Nesta hipótese, todavia, as vítimas e seus sucessores seriam *representados* pelas entidades e órgãos dotados de legitimação, e não substituídos por eles.

<sup>43</sup> V. Lei nº 8.078/90: “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Par. Único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

<sup>44</sup> V. Lei nº 8.078/90: “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

o que se verá no tópico seguinte. Note-se que a sentença prolatada na primeira fase da ação coletiva – a que tem natureza genérica – também será publicada na imprensa oficial, facultando-se a todos os interessados, inclusive aos que não tenham sido partes na primeira etapa, a possibilidade de instaurarem o procedimento individual de liquidação e execução.

#### 4.3. Os efeitos da coisa julgada

O ordenamento jurídico brasileiro trata de maneira assemelhada os efeitos da decisão nas ações voltadas para a defesa dos direitos difusos e coletivos. E institui um regime diverso em relação às decisões proferidas no âmbito da proteção dos direitos individuais homogêneos. Relativamente às decisões versando direitos difusos e coletivos, há um primeiro traço comum e digno de nota: se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, qualquer legitimado poderá propor outra ação, valendo-se de nova prova<sup>45</sup>. Quanto aos efeitos subjetivos da coisa julgada, eles se produzirão, no caso de direitos difusos, em relação a todos (*erga omnes*), tendo em vista a indivisibilidade de seu objeto e a pluralidade indeterminada de titulares. Em relação aos direitos coletivos, os efeitos atingirão apenas os integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas que estejam ligados entre si ou com a outra parte por uma relação jurídica base<sup>46</sup>. A possibilidade de simultaneamente tramitarem ação coletiva e ação individual acerca do mesmo objeto mereceu atenção específica do legislador.

De fato, os efeitos da coisa julgada, nas ações coletivas versando direitos difusos ou coletivos, não prejudicarão os direitos individuais eventualmente existentes<sup>47</sup>. Mais que isso, deixa-se claro que sequer haverá litispendência entre ação coletiva e ação individual que poderão tramitar ao mesmo tempo, caso o autor individual assim deseje. Nada obstante, não poderá ele beneficiar-se da coisa julgada que vier a se produzir na ação coletiva, caso não opte pela suspensão do seu processo no prazo de trinta dias, a

<sup>45</sup> Previsão análoga já existia no direito brasileiro desde a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a ação popular. A finalidade de tal comando é impedir que a tutela coletiva de determinado direito fique comprometida pela má atuação processual de um dos legitimados.

<sup>46</sup> Os efeitos da decisão em matéria de direitos difusos e coletivos vêm previstos no art. 103, incisos I e II da Lei nº 8.078/90, que têm a seguinte redação: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – ‘*erga omnes*’, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 (*interesses ou direitos difusos*); II – ‘*ultra partes*’, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 (*interesses ou direitos coletivos*)”.

<sup>47</sup> Por exemplo: o fato de ser julgada improcedente uma ação civil pública visando ao fechamento de uma fábrica que causava poluição em determinado rio não afetará eventual pretensão individual de pessoa que tenha sido contaminada; ou a improcedência de um pedido para retirada de determinado medicamento do mercado não afetará o direito individual de alguém que tenha sofrido dano em razão de haver consumido tal medicamento.

contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva<sup>48</sup>.

A questão dos efeitos das decisões em ações coletivas destinadas à proteção dos direitos individuais homogêneos mereceu atenção especial por parte da doutrina e da legislação. Especialmente pelas dificuldades relacionadas à notificação de todos os potenciais interessados em figurar no pólo ativo da ação, entendeu-se que a decisão desfavorável não deveria afetar quem não fosse parte na demanda. A solução adotada, como conseqüência, foi a da denominada coisa julgada *secundum eventum litis*, pela qual os efeitos subjetivos da decisão se estendem a todos os interessados, se o pedido for acolhido; mas somente aos que figurarem efetivamente no processo, no caso de sua rejeição. Em suma: nos termos da legislação em vigor, a decisão fará coisa julgada contra todos apenas no caso de procedência do pedido e para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização individual<sup>49</sup>.

Por fim, cabe lembrar a possibilidade de celebração de um acordo ou compromisso, denominado Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, que produz os mesmos efeitos de uma sentença judicial, desde que tenha sido homologado pelo juiz competente. Por esse documento, o Ministério Público ou qualquer das entidades e órgãos públicos legitimados a propor a ação firmam um ajuste com a parte à qual se imputa determinado comportamento irregular, obrigando-se ela a adequar sua conduta. Em caso de descumprimento, caberá execução direta, sem necessidade de se instaurar processo de conhecimento. Nos últimos anos, foram aprovadas algumas leis restritivas da tutela coletiva, limitando os efeitos territoriais da decisão<sup>50</sup>, dificultando sua utilização contra o Poder Público<sup>51</sup> e restringindo seu objeto, impedindo a utilização da via para discutir certas questões, como as que envolvem matéria tributária<sup>52</sup>. Essas alterações foram recebidas em tom severamente crítico pela doutrina. Não será o caso de aprofundar essa discussão nesta instância.

<sup>48</sup> V. Lei nº 8.078/90, arts. 103, § 1º e 104: “Art. 103, § 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I (*direitos difusos*) e II (*direitos coletivos*) não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

<sup>49</sup> V. Lei nº 8.078/90, art. 103 e § 2º: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: (...) III – ‘erga omnes’, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81 (*interesses ou direitos individuais homogêneos*). [...] § 2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

<sup>50</sup> Lei nº 9494/97, que deu nova redação ao art. 16 da Lei nº 7.437/85.

<sup>51</sup> O art. 2º-A da Lei nº 9494/97 (introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/01), passou a exigir, nas ações coletivas propostas por entidade associativa contra a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, a apresentação da ata da assembléia que autorizou a propositura da ação, acompanhada de relação nominal e endereço de todos os associados. Além disso, a mesma lei introduziu restrições à concessão de liminares e medidas antecipatórias da tutela contra o Poder Público.

<sup>52</sup> Medida Provisória nº 2.108-35/01, que acrescentou um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347/85.



### 5. Alguns aspectos da *class action* norte-americana<sup>53</sup>

No direito norte-americano, a ação de classe dá lugar a um tipo de processo no qual uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas atuam em juízo na qualidade de *representantes* de um grupo maior, uma *classe*, em razão de compartilharem um interesse comum. No plano da jurisdição federal, a matéria é regulada pela Regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure* – FRCP, cuja redação data, no essencial, de 1966<sup>54</sup>. Ali se estabelecem, no art. 23 (a), os pré-requisitos gerais de cabimento de qualquer ação de classe, que são os seguintes:

- (1) *número de pessoas envolvidas*: a classe tem de ser numerosa, tornando impraticável a reunião de todos os seus membros;
- (2) *questões comuns*: a existência de questões de fato e de direito comuns a toda a classe;
- (3) *teses jurídicas típicas*: os argumentos deduzidos pelos representantes da classe devem corresponder (devem ‘ser típicos’) aos interesses de toda a classe;
- (4) *representatividade adequada*: os representantes da classe deverão proteger de maneira justa e adequada os interesses da classe<sup>55</sup> (tradução nossa).

As normas federais nos Estados Unidos admitem três modalidades de *class action*, para as quais são estabelecidos requisitos específicos diversos. O primeiro tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b; 1) é para as hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de: decisões contraditórias; ou afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe<sup>56</sup>. Trata-se de figura próxima à do

<sup>53</sup> Sobre *class action* na doutrina brasileira, v. Tucci (1990); Grinover (2001); Pinho (2002); Bueno (1996). Na literatura jurídica norte-americana, v. Friedenthal, Kane e Miller (1993); James, Hazard e Leubsdorf (1992); Crump (1998).

<sup>54</sup> Os itens *c*, *e*, *g* e *h* da Rule 23 foram recentemente alterados pela Suprema Corte, em 27.03.03, após deliberação da *Judicial Conference of The United States*. Trata-se do exercício de atribuição deferida pelo Congresso.

<sup>55</sup> FRCP, Rule 23 (a): “Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

<sup>56</sup> FRCP, Rule 23: “(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests;”.

litisconsórcio unitário do direito brasileiro<sup>57</sup>. Característica desse tipo de situação é a impossibilidade de algum interessado pretender ficar excluído dos efeitos da decisão. Na expressão em inglês, os membros da classe não podem proceder ao *opt out*.

O segundo tipo de ação de classe, previsto na Regra 23 (b; 2), é aplicável a situações nas quais alguém age – ou deixa de agir – de maneira inadequada em relação à classe, fazendo nascer uma pretensão consistente em obrigação de fazer ou não fazer<sup>58</sup>. Ilustração típica desta hipótese, no direito norte-americano, são os casos relacionados com os *civil rights*, nos quais uma classe – negros, mulheres, imigrantes – alegam discriminação por parte, por exemplo, de seu empregador. A decisão judicial será uma *injunction* ou um *declaratory relief* – vale dizer, a proibição ou a imposição de determinada conduta – não se prestando este tipo de ação de classe a pedido de indenização. Também aqui não é possível a um membro da classe eximir-se dos efeitos do julgado (*opt out*). O terceiro tipo de ação de classe norte-americano, regulado pela Regra 23 (b; 3), é o mais comum, conhecido como *class action for damages*. A ela se dedica a parte final deste tópico. Os requisitos específicos de admissibilidade nesta hipótese são dois:

(3) *predominância das questões comuns*: as questões de direito ou de fato comuns a todos os membros deverão predominar sobre as questões que afetam os membros apenas individualmente; *superioridade da tutela por ação de classe*: a ação de classe é mais adequada que outros mecanismos disponíveis para o julgamento justo e eficiente da controvérsia<sup>59</sup> (grifo nosso, tradução nossa).

Essa modalidade de *class action* é frequentemente empregada no caso de conduta inadequada de instituições financeiras e corretoras no mercado de capitais (*securities fraud*) e também de comportamentos abusivos ou anti-competitivos por parte de

<sup>57</sup> O termo litisconsórcio unitário – que se opõe ao chamado litisconsórcio simples – identifica a hipótese em que existe a obrigatoriedade de uma mesma decisão para todos os litisconsortes. Sobre o assunto, v. Moreira (1972), especialmente p. 11-13.

<sup>58</sup> FRCP, Rule 23 (b): “(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole;”.

<sup>59</sup> A Regra 23 (b; 3) procura fornecer parâmetros de avaliação a serem considerados pelo juiz para admissibilidade da *class action* nesta hipótese. Confira-se a íntegra do dispositivo: “(3) *the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action*”.

empresas, causando lesão a consumidores (*antitrust cases*). Nos casos de litígio de massa (*mass torts*)<sup>60</sup>, a ação tem sido admitida em algumas situações<sup>61</sup>, embora a jurisprudência venha sendo bastante restritiva<sup>62</sup>. A seguir, comentários sobre alguns dos seus aspectos principais.

No tocante à legitimação ativa ou *representatividade adequada*, caberá ao juiz da causa, tão logo seja possível após o início da ação, determinar se a classe deve ser mantida, isto é, se o processo deve prosseguir como *class action*. Esse momento processual decisivo é denominado *certificação* da classe (*class certification*). Se o juiz negar a certificação, não haverá ação de classe, embora seja possível a continuação do processo apenas pelos *representantes*, mas já então a título individual.

Quanto aos aspectos do procedimento e do devido processo legal, cabe registrar, em primeiro lugar, o mecanismo pelo qual será dada ciência aos membros da classe sobre o ajuizamento da ação. De acordo com manifestação expressa da Suprema Corte, a notificação deverá ser feita individualmente a todos os interessados e pelo correio, às expensas dos autores da ação<sup>63</sup>. Desnecessário enfatizar as dificuldades práticas daí resultantes. A notificação deverá informar aos interessados terem eles direito a requerer sua exclusão da ação. Em caso de acordo (*settlement*), exige-se prévia aprovação da corte, para que seja verificado se os interesses dos membros da classe que não figuram no processo foram adequadamente protegidos<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> A expressão *mass torts* refere-se a dois tipos de situação: a de um acidente (*single accident cases*), do qual resultem inúmeras vítimas, como a queda de um avião ou a explosão de uma fábrica de produtos tóxicos (como ocorreu em Bhopal, na Índia); e a de *responsabilidade por fato do produto* (*product liability*), como no caso de um medicamento que cause lesão grave nos pacientes ou da contaminação por exposição ao amianto.

<sup>61</sup> A ação de classe foi admitida no caso de danos causados pela contaminação da água por resíduos tóxicos despejados por indústria química. A classe tinha 128 membros e foi representada por cinco autores. A corte reconheceu a responsabilidade e fixou os danos devidos a estes cinco. Quanto aos demais integrantes da classe, cada um deles instaurou o seu próprio processo (*mini-trials*), no qual deveria provar o seu dano específico. V. *Sterling v. Velsicol Chem. Corp.*, 855 F.2d. 1188 (6<sup>th</sup> Cir. 1988).

<sup>62</sup> Uma *class action* proposta por hemofílicos que contraíram AIDS em transfusões de sangue não foi admitida, nem mesmo para o fim limitado de reconhecer a negligência de hospitais e produtores de derivados de sangue no controle do sangue utilizado. V. *In the matter of Rhone-Poulenc Rorer Inc.*, 51 F.3d 1293 (7<sup>th</sup> Cir. 1995). Em outra *class action* ajuizada no interesse de vítimas da exposição ao amianto, a classe foi certificada para fins de acordo apenas. Nesse caso, em apenas um dia, foi ajuizada a ação, apresentada defesa e firmado acordo entre as partes, aprovado pela corte federal. A Suprema Corte, todavia, anulou a certificação da classe, sob os argumentos de que não havia predominância das questões comuns e que a representação era inadequada. Embora não tenha sido este um dos fundamentos da decisão, a Suprema Corte observou, igualmente, que havia problemas relativos à impossibilidade de dar notícia da ação a todos os possíveis membros da classe. V. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 117 S.Ct. 2231 (1997).

<sup>63</sup> V. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 117 S.Ct. 2231 (1997).

<sup>64</sup> Regra 23 (c). Há preocupação de que os réus não estejam *comprando* sua tranquilidade, mediante pagamento de honorários de êxito aos advogados, em detrimento dos interesses da classe. V. Steven (1999, p. 339).

A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão. Relembre-se que uma das características dessa terceira modalidade de ação de classe é, precisamente, o direito de *opt out*. Em fevereiro de 2005, foi aprovada lei federal denominada *Class Action Fairness Act of 2005*, com o propósito declarado de coibir abusos no emprego das ações de classe<sup>65</sup>. A lei, de caráter claramente restritivo, institui regras de limitação ao recebimento de honorários em determinados tipos de acordo – *coupon settlements* (Section 1712), de proteção contra perdas pelos membros da classe (Section 1713) e de proteção contra discriminação dos membros da classe em razão do Estado de seu domicílio (Section 1714), além de impor exigência de notificação a autoridades estaduais e federais de qualquer acordo proposto (Section 1715). Ademais, a lei amplia a competência das cortes federais na matéria.

## 6. Conclusão: distinções essenciais entre os dois sistemas

Ao fim dessa exposição vai-se constatar que a ação civil pública brasileira e a *class action* norte-americana deram solução diversa para três questões fundamentais relacionadas à proteção coletiva dos direitos. Quanto à legitimação para agir, a ação civil pública pode ser proposta por órgãos públicos – com destaque para o Ministério Público –, por pessoas jurídicas de direito público – como a União, os Estados e os Municípios – e por pessoas privadas – como as associações de defesa do consumidor ou de proteção do meio ambiente; a *class action* pode ser proposta por um indivíduo ou por um grupo de indivíduos aos quais se reconheça representatividade adequada. No caso brasileiro, portanto, a ação não pode ser proposta por pessoas físicas e, como regra geral, presume-se a representatividade adequada de determinadas pessoas ou órgãos. No caso norte-americano, a ação será normalmente proposta por pessoas físicas e cabe ao juiz da causa decidir acerca da representatividade adequada dos autores, certificando ou não a classe.

Quanto ao procedimento e ao devido processo legal, a ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos tem seu procedimento dividido em duas etapas: na primeira, postula-se uma decisão de caráter genérico, que fixe a responsabilidade do réu pelos danos causados; na segunda, cada vítima (ou seus sucessores) individualmente promoverá a quantificação e execução de seus danos. A notificação de todos os interessados se faz por publicação na imprensa oficial e a decisão não afetará negativamente quem não tenha sido parte no processo. A *class action* exige a notificação de todos os interessados e, ao menos no caso de *damages*, tal notificação deverá ser individual e pelo correio. A decisão proferida na *class action* irá afetar todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem tenha requerido expressamente sua exclusão (*opt out*). O sistema norte-americano de

<sup>65</sup> Public Law 109-2 [S. 5], Feb. 18, 2005.

notificação é mais complexo e oneroso e o direito de exclusão precisa ser exercido expressamente. No Brasil, quem não tenha participado do processo não poderá sofrer prejuízo.

Quanto aos efeitos da decisão, no sistema brasileiro, a decisão proferida na ação civil pública produzirá os seguintes efeitos: no caso de direitos difusos, em relação a todos; no caso de direitos coletivos, em relação a todos os membros da classe; no caso de direitos individuais homogêneos, em relação a todas as vítimas (e seus sucessores), se o julgado for favorável, e sem afetá-los, se for desfavorável. A regra no direito brasileiro é a de que a ação coletiva não deve afetar negativamente os direitos individuais de quem não foi parte. No sistema norte-americano, a decisão proferida na *class action* irá repercutir sobre todos os membros da classe, seja ela favorável ou não, salvo em relação a quem não tenha exercido o direito de exclusão. No direito brasileiro compensa-se a não-exigência de notificação individual a todos os interessados com a limitação dos efeitos da sentença; ela somente servirá para beneficiar, nunca para prejudicar quem não tenha sido parte no processo.

Tanto no Brasil como nos Estados Unidos, embora por motivações diferentes, a legislação, nos últimos anos, tem exibido uma tendência restritiva do uso das ações coletivas; no caso americano, ao que se noticia, como uma reação conservadora e sob a alegação de que os grandes beneficiários do sistema seriam os advogados. No caso brasileiro, como uma reação do Poder Público que, em múltiplas situações, é réu nesse tipo de ação. Sem embargo das idas e vindas, dos avanços e dos recuos, a experiência da ação civil pública do direito brasileiro ao longo dos últimos vinte anos constitui uma história de sucesso.

## 7. Referências bibliográficas

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella Bueno, As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92, 1996.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CRUMP, David; DORSANEO, Willian V.; PERSCHBACHER, Rex R. *Cases and material on civil procedure*. New York: Matthew Bender, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIZ, Nelson Nascimento. Apontamentos sobre a legitimação das entidades associativas para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos individuais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 350, p. 113, abr./jun. 2000.

EMANUEL, Steven L. *Civil procedure*. Aspen Publishers, 1999.

FLEMING JUNIOR, James; HAZARD JUNIOR, Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil procedure*. 4. ed. Boston: Little Brown, 1992.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 2. ed. Missouri: West, 1993;

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

HANKS, Eva H.; HERZ, Michael E.; NEMERSON, Steven S. *Elements of law*. Cincinnati: Anderson Publishing, 1994.

HARRIS, Jim. Towards principles of overruling: when should a final court of appeal second guess. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 10, n. 2, p. 140, Summer 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. (Primeira Série).

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. (Terceira Série).

PATERSON, Alan. *The law lords*. London: Macmillan, 1982.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. As ações de classe: direito comparado e aspectos processuais relevantes. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 141, 2002.

RORIVE, Isabelle. La rupture de la *House of Lords* avec un strict principe du *stare decisis* dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique. In: Gérard, F. Ost; KERCHOVE, M. Van de. *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires St-Louis, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

## 2.2 AS SENTENÇAS QUE DEPENDEM DE EXECUÇÃO

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR

Mestre e Doutor pela PUC/SP

Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão

Advogado em Curitiba e em Brasília

**SUMÁRIO:** 1. Os significados de conceito e de classificação. A razão para se classificar as sentenças; 2. Tutela e sentença; 3. Classificação a partir da suficiência da sentença à prestação da tutela jurisdicional do direito; 4. O critério que foi utilizado para a classificação da sentença condenatória; 5. O conceito (clássico) de condenação; 6. Elementos presentes e excluídos no conceito de condenação; 7. Elementos incluídos no gênero sentença não-satisfativa e presentes nas novas modalidades de sentenças; 8. A sentença dependente de execução; 9. Novamente a importância da distinção entre tutela do direito e sentença; 10. A necessidade de classificar as sentenças que dependem de execução; 11. Critérios para a classificação das sentenças dependentes de execução; 12. A influência do princípio da tipicidade sobre o poder jurisdicional; 13. A sentença que tutela o direito constringendo a vontade do réu e a sentença que, independentemente da vontade do réu, tutela o direito mediante atos ulteriores de execução; 14. Conclusão: sentença condenatória, sentença mandamental e sentença executiva. 15. Referências bibliográficas.

### 1. Os significados de *conceito* e de *classificação* – a razão para se classificar as sentenças

Antes de se propor uma nova classificação das sentenças, é preciso deixar bastante clara a função de classificar na teoria geral do direito. Toda classificação trabalha com conceitos, objetivando agrupá-los de forma lógica e cientificamente didática. Para que a discussão em torno das classificações não se perca ou se torne estéril ou infrutífera, é preciso cuidado para não se confundir conceito com terminologia ou *nomen iuris*. Embora se possa fazer uma distinção entre conceito e definição, considerando a primeira uma realidade jurídica e a segunda sua descrição, o certo é que essa diferenciação não é usual e aqui não tem importância<sup>1</sup>.

O grande problema está na confusão entre conceito (ou definição) e *nomen iuris*. O conceito pode ser definido pela lei, pela doutrina ou ainda pela jurisprudência. No caso de sentença condenatória, figura imprescindível para se classificar as sentenças, *o conceito é eminentemente doutrinário* (MONTELEONE, 1989), pois nunca houve qualquer esforço legal ou jurisprudencial para conceituá-la. Quando se procura saber

<sup>1</sup> Também não é própria, nesse momento, a conhecida distinção entre definição nominal e definição real, até porque já está superada a ideia que se fundava na possibilidade de se extrair a natureza essencial dos objetos. V. Bobbio (1950a); Tarello (1967).



o significado de um conceito doutrinário, há que investigar, evidentemente, a doutrina que o formou. Tratando-se do conceito de sentença condenatória, a doutrina que o concebeu, isto é, a doutrina italiana. Nada há para estranhar em considerar a doutrina italiana para precisar o conceito de condenação. É que os conceitos doutrinários podem ter validade universal. É certo que o conceito de condenação, se houvesse tomado em conta a lei italiana, não teria serventia. Acontece que o conceito de condenação não se formou a partir da lei, mas sim sob a influência dos valores da sociedade e do Estado da época em que foi moldado, revelando uma posição doutrinária inserida em um contexto histórico. Se um conceito doutrinário não pode descartar a doutrina e os valores do momento em que foi delineado, é evidente que a modificação da sociedade e do Estado implica o surgimento de outro conceito. No entanto, os conceitos, quando distintos, devem também possuir nomes diferentes. Se isso não acontece, a discussão *pensa ainda tratar do mesmo conceito, quando na realidade apenas supõe um mesmo nome*. Ocorre que o entendimento entre os intérpretes somente é possível quando não se dá o mesmo nome a duas realidades distintas<sup>2</sup>.

A classificação constitui um agrupamento de conceitos. O valor da classificação depende de sua utilidade ao reunir os conceitos que têm certas particularidades. Ela tanto será melhor quanto maior for sua capacidade de tornar os conceitos compreensíveis, sem que cada um deles *perca sua identidade*. Por isto mesmo, as classificações não podem ser pensadas como *verdadeiras ou falsas*<sup>3</sup>. É que as classificações não se destinam a conceituar ou a descrever realidades, mas somente a agrupá-las.

Porém, os conceitos que podem explicar uma classificação *somente podem ser aqueles que levaram à sua formação e não outros*. Portanto, se a sociedade e o Estado se alteram, e isto implica o surgimento de novos conceitos, as classificações, por mera consequência lógica, *necessariamente também tem que se modificar*. O que vale em uma classificação *é o conteúdo, e não o nome* dos conceitos agrupados. A partir do momento em que *se altera o conteúdo* de um dos conceitos, *modifica-se a classificação*, aceitando-se – ainda que inconscientemente – que a classificação modificada *não mais serve para explicar os fenômenos*.

<sup>2</sup> Como há muito tempo demonstrou Bobbio (1950b).

<sup>3</sup> “[...] *las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a sus fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como test una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida*” (CARRIÓ, 1973. p. 72-73).



Não obstante, é exatamente isso que vem ocorrendo em relação à sentença condenatória. Ainda que tenham surgido sentenças – a partir das novas necessidades de tutela e do próprio CPC – completamente distintas da condenatória, parte da doutrina ainda as chama de condenatórias, *como se o nome tivesse mais importância do que os conceitos e do que as realidades*. Quando parte da doutrina propõe *outro conceito* para sentença condenatória, preservando somente o nome *condenação*, obviamente passa a existir *um novo conceito*. Mas, como foi explicado, quando se modifica um dos conceitos da classificação, ela também é alterada. *A mudança do conceito de condenação, assim, implica a alteração da classificação das sentenças*.

Se tudo isso é óbvio, cabe perguntar a razão para a insistência na pseudomanutenção do conceito de condenação e da classificação clássica das sentenças, elaborados a partir do impacto de outros valores. Isso somente pode ser explicado a partir de um *entendimento equivocado a respeito da função das classificações*. Os doutrinadores do direito – e não apenas os processualistas – imaginam que a classificação elaborada por doutrina de prestígio *é verdadeira*, e por essa razão deve ser mantida *intocada para sempre*<sup>4</sup>. Acontece que, como já dito, *não existe classificação verdadeira ou falsa, mas sim classificação capaz de agrupar vários fenômenos com particularidades comuns, de modo que nenhum deles perca identidade e significação*.

Ora, não é porque uma classificação, há várias décadas, constituía uma forma *adequada* para explicar as várias sentenças, que, cem anos depois, diante de novas realidades, ela poderá explicar as novas técnicas de prestação de tutela jurisdicional dos direitos (ou seja, as sentenças) e os valores nela impregnados. Isso não significa qualquer contestação à antiga classificação das sentenças, até porque ela estava perfeita quando formulada – *e apenas nessa perspectiva pode ser analisada* –, mas somente a constatação de que o surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e estes, por consequência absolutamente lógica, *devem dar origem a uma nova classificação*. *A menos que se pense que os novos fenômenos é que têm que se adaptar às classificações*, como se elas fossem dotadas de força perene. Porém, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo que imaginar que a realidade é imutável. Portanto, *é fácil concluir que não são as novas realidades que têm que ser encaixadas nas classificações*<sup>5</sup>. *Ao contrário, as novas realidades, para que possam ser adequadamente explicadas, devem gerar novos conceitos e classificações* (MARINONI, 2004, p. 113).

<sup>4</sup> “Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos. Tal vez ello se deba a que la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria” (CARRIÓ, 1973, p. 72).

<sup>5</sup> “[...] los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos – se cree – deben acomodarse a las clasificaciones, y no a la inversa” (CARRIÓ, 1973, p. 72).



## 2. Tutela e sentença

É preciso insistir na distinção entre tutela e sentença para evidenciar que a sentença é apenas uma técnica, elaborada pelo legislador, para propiciar as tutelas prometidas pela Constituição e pelo direito material (MARINONI, 2006, p. 241). Quer dizer que a sentença existe para amparar o direito hegemônico, ou seja, o direito que regula a sociedade e o Estado de determinado momento histórico. Alterando-se as necessidades sociais e as razões do Estado, e assim as necessidades do direito substancial, certamente devem variar as sentenças ou as técnicas processuais destinadas a viabilizar a sua proteção.

Portanto, não há como confundir a classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos com a classificação das sentenças. Como já dito, não existe como equiparar sentença condenatória com tutela ressarcitória, por exemplo. A classificação das sentenças, assim como acontece em relação ao conceito de ação – como a doutrina já fez questão de dizer (CALAMANDREI, 1939; ORESTANO, 1959) –, tem uma visível relatividade histórica. A compreensão das técnicas processuais – que podem ser chamadas de sentenças, provimentos etc. – capazes de permitir a tutela dos direitos depende do ordenamento jurídico, da consideração do Estado e do momento social e político nas quais operam.

A legislação processual deve variar na medida em que se diversificam as necessidades do direito substancial. É por isso que a classificação das sentenças há que tomar em consideração o tecido normativo processual e as tutelas prometidas pelo direito material, visualizando as duas realidades – de direito processual e de direito material – a partir da Constituição ou mais precisamente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

## 3. Classificação a partir da suficiência da sentença à prestação da tutela jurisdicional do direito

Nem toda sentença, para prestar a tutela jurisdicional do direito, necessita de atividade ulterior, ou seja, de execução. As sentenças que prestam, por si, a tutela jurisdicional, são chamadas de satisfativas. As outras sentenças, que dependem de atividade executiva, merecem a designação de não-satisfativas. As sentenças que prestam as tutelas declaratória e constitutiva prescindem de atividade ulterior, sendo satisfativas. Já as demais tutelas que exigem, além da sentença, execução, são prestadas apenas em parte pela sentença, pois dependem, para serem efetivamente prestadas, de meios de execução adequados. É por esse motivo que se diz que o direito fundamental de ação, ou seja, o direito à obtenção da tutela prometida pelo direito material, tem como corolário as modalidades executivas capazes de permitir a efetiva tutela do direito.

Quer dizer que, conforme a necessidade de meios de execução para a prestação da tutela jurisdicional do direito, as sentenças podem ser classificadas em satisfativas e não-satisfativas. Note-se, porém, que essa classificação *toma como critério a capacidade de o processo prestar a tutela jurisdicional dos direitos*, evidenciando que a sentença é uma técnica processual que pode necessitar de complemento através de meios de execução.

#### 4. O critério que foi utilizado para a classificação da sentença condenatória

Se é certo que as sentenças satisfativas sempre foram classificadas, e de modo praticamente unânime, em sentenças declaratória e constitutiva, a doutrina clássica cuidou de conceituar a sentença condenatória como sentença não-satisfativa, a qual, por muito tempo, ocupou o lugar de única sentença dependente de execução no sistema jurídico processual. Todas as sentenças – satisfativas e não-satisfativas – obviamente foram classificadas a partir de critérios exclusivamente processuais, como era natural a uma doutrina preocupada em evidenciar a autonomia do processo em relação ao direito material.

O centro do sistema processual clássico foi ocupado pela ação, à qual foi dada uma feição totalmente autônoma diante do direito material, sendo que ao seu redor passaram a girar as sentenças – classificadas em declaratória, constitutiva e condenatória –, logicamente definidas a partir da mesma preocupação posta no centro do sistema, qual seja, a de construir um sistema exclusivamente com base em critérios processuais<sup>6</sup>. A doutrina italiana clássica ou chiovendina desenvolveu o conceito de sentença condenatória a partir de elementos unicamente processuais, preocupando-se, fundamentalmente, com a função processual da condenação diante da sentença declaratória. Ou seja, a doutrina clássica classificou as sentenças a partir de critérios formais ou internos ao processo, desligando-se da importância dos efeitos produzidos pelas sentenças no plano do direito material. É por isso que o ponto chave do conceito de condenação está na sua eficácia executiva e no princípio da tipicidade dos meios de execução.

#### 5. O conceito (clássico) de condenação

Como dito anteriormente, o conceito de condenação é eminentemente doutrinário, devido à doutrina italiana, que o formulou à luz de valores de determinado instante histórico. Frise-se que a própria doutrina italiana contemporânea já confessou que

<sup>6</sup> O caráter panprocessualístico da classificação das sentenças nada mais é do que um corolário da teoria da ação como direito autônomo em relação ao direito substancial, transmitida pelo ensinamento chiovendiano. Ao colocar no centro do sistema um direito de ação totalmente desvinculado do direito material ameaçado ou violado, os processualistas da escola chiovendiana firmaram a base para uma teoria geral das tutelas voltada a colocar em destaque somente os seus aspectos processuais ou formais (RAPISARDA, 1987).

a condenação é um conceito de elaboração exclusivamente científico-doutrinário<sup>7</sup>. De modo que, para se chegar ao real conceito de condenação, é imprescindível a análise da doutrina italiana clássica, a qual não só inspirou a doutrina italiana que lhe foi posterior, como também a doutrina brasileira. Ou seja, não importa, para se compreender o conceito de condenação, elaborar um raciocínio destinado a formular um conceito de condenação, o qual obviamente se desenvolveria a partir de dados normativos e valores que são completamente estranhos ao conceito doutrinário (originário, portanto) de condenação.

Segundo a clássica e importante lição de Liebman (1968, p. 16), a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: declara o direito existente e, além disso, “[...] faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora)”. A sentença condenatória, na definição de Liebman, caracteriza-se por aplicar a sanção. Segundo Liebman (1968, p. 16),

[...] a execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos desta atividade só a podem exercer quando houver uma regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as do direito penal), quer latentes na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente.

Liebman (1968, p. 14), ao caracterizar a condenação pela aplicação da sanção, evidencia que a sentença condenatória está muito longe de ser uma ordem para que o devedor cumpra sua obrigação. Para o autor, essa ordem já existe na lei, de modo que o juiz, mesmo na sentença declaratória, “[...] ao declarar existente entre as partes uma relação jurídica, pela qual uma delas deve dar ou fazer alguma coisa em favor da outra, declara e formula como vigorante entre as partes uma regra jurídica concreta que exige de uma delas o cumprimento da prestação devida”. Nesse aspecto, a sentença declaratória não seria diferente da sentença condenatória: o que distingue a condenação, na concepção do autor, é a aplicação da sanção. Liebman (1934, p.

<sup>7</sup>A doutrina italiana já deixou claro que condenação é um “[...] *concetto di elaborazione esclusivamente scientifico-dottrinale*” (MONTELEONE, 1989, p. 166).

137) afirmou que a condenação opera um fenômeno complexo e vasto, que consiste na constituição de uma nova situação jurídica, autônoma no que concerne à relação substancial obrigacional, fundada na concreta vontade do Estado de que a sanção executiva seja atuada, e que se resolve subjetivamente no poder do órgão processual de proceder à atuação da sanção executiva, no poder do credor de provocá-la (ação executiva) e na sujeição do devedor a suportá-la (responsabilidade executiva).

Calamandrei (1972, p. 490), aliás, deixou claro que a condenação, na perspectiva de Liebman, seria necessária para fazer entrar em vigor a *sanzione delle sanzioni*, que seria exatamente a execução forçada. De acordo com a lição do mestre de Florença, a condenação – para Liebman – não é necessária para determinar a entrada em vigor de qualquer sanção, “[...] mas é necessária para colocar em ação aquela sanção extrema (aquela que, poderia ser dito, é a sanção das sanções) que consiste na execução forçada”. Sublinhe-se que Calamandrei, embora anteriormente tenha salientado a importância dos efeitos que as sentenças produzem no plano do direito material, acabou excluindo expressamente da sua definição de condenação os aspectos que não têm ligação com a sua função processual<sup>8</sup>. Ao dizer que *il carattere essenziale* da condenação está na execução forçada, Calamandrei (1972, p. 496) fez referência ao caso da sentença que condena o pintor a fazer um quadro ou o autor a escrever um livro:

A sentença que condena o pintor a realizar um quadro ou o autor a escrever um livro, não é uma sentença de condenação em sentido próprio; esta, qualquer que seja a fórmula que se adote no dispositivo da sentença, é simplesmente uma sentença que declara a obrigação (substancial) de realizar o quadro ou de escrever o livro. Esta sentença, ainda que seja chamada de condenação, não tem qualquer efeito prático além daquele (próprio às sentenças declaratórias) de tornar indiscutível a relação jurídica: mas a obrigação, não obstante esta condenação puramente verbal, resta aquela que era segundo o direito substancial; submetida à vontade do obrigado e não traduzindo, nem sendo suscetível de traduzir, por si, sujeição.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cf. Rapisarda (1987, p. 116).

<sup>9</sup> “Deriva da questo che non sono sentenze di condanna (anche se nel dispositivo si adopra la parola ‘condannare’) quelle sentenze che contengono soltanto un ordine di prestazione, cioè il comando rivolto all’obligato di adempiere volontariamente. La semplice formulazione ufficiale della concreta volontà di legge che esige dalla volontà dell’obligato un determinato comportamento, non è, se all’accertamento del comando non si accompagna l’assoggettamento alla coazione e quindi la eliminazione di ogni richiamo alla volontà dell’obligato di compiere una determinata prestazione di natura infungibile, per la quale l’ordinamento giuridico non appresti mezzi adeguati di esecuzione forzata, non è una sentenza di condanna. La sentenza che condanna il pittore a eseguire il quadro o l’autore a scrivere il libro, non è una sentenza di condanna in senso proprio: essa, qualunque sia la formula che il giudice adopra nel dispositivo, è semplicemente una sentenza che accerta l’obbligo (sostanziale) di eseguire il quadro e di scrivere il libro. Questa sentenza, anche se si chiama di condanna, non ha praticamente altro effetto che quello (proprio delle sentenze di mero accertamento) di rendere indiscutibile il rapporto giuridico: ma l’obbligo, nono-

É relevante constatar que a doutrina italiana clássica sempre estabeleceu uma correlação entre a condenação e a execução forçada<sup>10</sup>. Como observou, por exemplo, Micheli (1959, p. 48), a condenação, como forma de remédio jurisdicional, possui a sua eficácia característica não especificamente na declaração em si, “[...] mas na ligação eventual entre o provimento do juiz e a possibilidade, oferecida ao vencedor, de obter, se for o caso, uma outra forma de tutela, a execução forçada”.

De acordo com a doutrina clássica, na ação de execução forçada, o autor apenas poderia se servir dos mecanismos executivos tipificados na lei. Chiovenda (1901) destacou esse elemento do conceito de condenação, afirmando, na sombra dos valores do Estado liberal, a sua importância como garantia de liberdade do réu, tendo Mandrioli (1976) reafirmado a sua importância como característica da sentença condenatória e “[...] regra fundamental da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor”<sup>11</sup>.

## 6. Elementos presentes e excluídos no conceito de condenação

Como restou claro, o conceito clássico de condenação é caracterizado por abrir oportunidade para a propositura da ação de execução forçada. Liebman (1984) disse que a condenação aplica a sanção, autorizando a propositura da ação de execução forçada, ficando o Estado investido do poder de realizá-la e o condenado sujeito a suportá-la. Tal execução forçada apenas pode se realizar mediante os meios executivos tipificados na lei, os quais não são predispostos para viabilizar a tutela preventiva ou a tutela específica dos direitos.

O conceito de sentença condenatória não teve qualquer preocupação com a prevenção do ilícito, mas apenas com a necessidade de reparação do direito violado. A função preventiva ficou reservada à ação declaratória. Chiovenda (1930), para demonstrar a sua teoria da ação, argumentou que a ação declaratória poderia ser exercida ainda que um direito não houvesse sido violado. Para tanto, acolheu a teoria de Adolf Wach, sustentada perante o direito alemão, que afirmava que a existência da ação declaratória, que não existe para realizar um direito violado, constituiria uma prova da autonomia da ação (MARINONI, 2006).

*stante questa condanna puramente verbale, resta quello che era secondo il diritto sostanziale; rimesso alla volontà dell'obbligato e non tradotto nè traducibile, di per sè, soggezione. Lo stesso si può dire per le sentenze cosiddette di condanna pronunciate dalle giurisdizioni amministrative: anch'esse, che pur si chiamano sentenze di condanna, sono di fatto sentenze di mero accertamento, perchè manca ad esse quella possibilità di esecuzione forzata che della condanna resta il carattere essenziale ed indefettibile” (CALAMANDREI, 1972, p. 496).*

<sup>10</sup> V. Mandrioli (1976, p. 1.344); Calamandrei (1972, p. 493); Liebman (1984, p. 145 et seq.); Montesano (1965, p. 19 et seq.); Garbagnati (1955, p. 333); Monteleone (1982, p. 281 et seq.); Borrè (1966, p. 138 et seq.); Rapisarda (1987).

<sup>11</sup> V. Denti (1993, p. 808 et seq.).

Embora Chiovenda tenha se valido do argumento da ação declaratória com o objetivo de demonstrar a autonomia da ação perante o direito material, o certo é que a demonstração de uma ação que independia de violação para ser exercida, fez também com que se deixasse claro que a violação do direito seria requisito apenas da sentença condenatória, e não da sentença declaratória. Foi exatamente nesse sentido que Chiovenda (1930, p. 16) posicionou-se em sua célebre *proluzione* sobre a *ação no sistema dos direitos*, proferida na Universidade de Bolonha em fevereiro de 1903:

É verdade que a ação pode ser coordenada à satisfação de um direito subjetivo, mas não necessariamente. Aqui interessa expor sumariamente os casos nos quais o poder de pedir a atuação da lei aparece coordenado a um simples interesse, portanto como um direito em si mesmo, independente de algum outro direito [...]. O mesmo ocorre nas ações declaratórias positiva e negativa, admitidas também em nossa lei, seja em casos particulares, seja como figura geral [...]. Quando alguém pede que se declare a existência de uma relação jurídica, sem aspirar a outros efeitos jurídicos, que não aqueles imediatamente derivados da declaração, não afirma algum direito subjetivo contra o adversário que não o próprio direito de ação, coordenado a um interesse de declaração; qualquer tentativa de dar um outro conteúdo a este direito é inútil, porque precisamente a declaração judicial a que se tende não é prestação que se possa pretender do réu. E isto por razões mais fortes, quando a ação é coordenada a um interesse de declaração negativa, isto é, à declaração da não existência de uma relação jurídica.

Liebman e Carnelutti (apud LIEBMAN, 1968)<sup>12</sup> igualmente partem da premissa de que a sentença condenatória pressupõe *um direito violado*<sup>13</sup>. Enquanto Carnelutti frisa que também na sentença condenatória há a *declaração da responsabilidade, deixando transparecer claramente que a condenação pressupõe a violação do direito*, Liebman (1968, p. 16) afirma que a condenação “[...] é o ato que aplica, impõe, determina in

<sup>12</sup> Liebman (1968, p. 16) lembra que Carnelutti completou a definição que havia dado anteriormente à sentença condenatória (declaração de ato ilícito), acrescentando a declaração da sanção a que o réu deve ser submetido. Argumenta, contudo, que a declaração da sanção não é suficiente e a sentença é, nesta parte, constitutiva; antes de sua prolação não falta só a certeza, como até a existência da situação jurídica que habilita à execução.

<sup>13</sup> “La concezione della condanna come tutela repressiva esprime il punto di vista più diffuso tra la dottrina processualistica tradizionale. È infatti comune, nella delimitazione dell’interesse a proporre l’azione di condanna, il riferimento ad una fattispecie già attuale di violazione del diritto posto a fondamento della domanda. Tale indicazione proviene anche dal secondo grande indirizzo interpretativo in materia di definizione della condanna, che si fonda, anziché sul collegamento con l’applicazione della sanzione, sul particolare oggetto della tutela. Si pensi, in particolare, all’ultima teoria carneluttiana della condanna come accertamento di responsabilità, che pone in luce l’idoneità della tutela ad intervenire unicamente dopo il compimento della lesione, ed anche alla teoria del Garbagnati, che fa consistere l’oggetto della condanna nell’accertamento di un diritto soggettivo *insoddisfatto*” (RAPISARDA, 1987, p. 188-189).



concreto *a sanção que o transgressor deverá sofrer pelo ato cometido*". Ou seja, não há qualquer resquício de dúvida que o conceito de condenação é insensível à tutela inibitória, uma vez que o autor tinha que, ao pedir a condenação, afirmar a violação de um direito. Exatamente por isso é que a condenação jamais se ligou a meios de execução capazes de impor um não fazer, ou melhor, a não violação do direito.

Mas não é só. A sentença condenatória, além de não viabilizar a mais importante das espécies de tutela específica (a tutela inibitória), nunca teve aptidão para permitir a tutela específica dos direitos. E não se trata, obviamente, de afirmação que vá ficar solta no ar. É Chiovenda (1901, p. 290), mais uma vez, quem nos dá suporte:

[...] se, por sua natureza ou por falta de meios de sub-rogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação *não estão autorizados na lei*, aquele bem *não é conseguível no processo*, salvo a atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta de lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; *salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano*.

O equívoco de se ligar a sentença condenatória à execução indireta – multa e prisão – foi demonstrado em artigo publicado por Mandrioli, sugestivamente intitulado de *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, quando aflorava a discussão acerca da crise da sentença condenatória diante da sua inefetividade para a tutela dos direitos não patrimoniais e da tutela de reintegração de posse do trabalhador no emprego. Ao tratar da possibilidade de se ligar a condenação à execução indireta, concluiu que o preço que deveria ser pago

[...] para incluir, no âmbito da condenação, as sentenças suscetíveis apenas de execução indireta, seria mais elevado do que a vantagem que poderia ser obtida. Enquanto esta vantagem seria pouco maior do que a terminológica, pois se reduziria a exprimir, em termos de condenação, todas as declarações nas quais se manifesta a vontade do ordenamento de obter o resultado da execução forçada através de outros instrumentos, a contrapartida deste alargamento consistiria na inevitável cisão entre a noção de condenação e a de execução forçada. E é claro que esta cisão *deixaria um espaço vazio entre a declaração e a condenação-título executivo*, que tornaria inevitável a configuração de um *tertium genus*, vale dizer, a condenação-não título executivo. (MANDRIOLI, 1976, p. 1.352).

Pisani (1988, p. 180), um dos processualistas italianos mais originais dos últimos tempos, ao se deparar com a sentença ligada à execução indireta, cogitou expressamente a respeito de uma nova espécie de sentença, distinta da condenatória, indagando se “[...] as sentenças que contêm ordens inibitórias (ou relativas a um fazer infungível) devem ser classificadas como uma espécie de condenação, ou constituem, ao contrário, *uma quarta espécie de sentença que se une à tradicional tripartição das sentenças* (declaratória, constitutiva e condenatória)?”.

### **7. Elementos incluídos no gênero sentença não-satisfativa e presentes nas novas modalidades de sentenças**

A transformação do Estado e do Direito implicou uma reforma profunda no que diz respeito à natureza da tutela jurisdicional ou do dever jurisdicional de proteção aos direitos. O cidadão deixou de se pautar exclusivamente por um direito de liberdade ou de defesa quando percebeu que o Estado – outrora seu inimigo público – passou a ter o dever de viabilizar a sua inserção em uma sociedade justa e solidária, tornando-se, assim, devedor de prestações positivas destinadas a realizar e a proteger os direitos fundamentais.

No momento em que o dever de proteção se torna a marca do Estado, surge a ele o dever de dar proteção aos direitos fundamentais materiais – como o direito ao meio ambiente – e, inclusive, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (o direito de ação), agora visto como um direito garantidor de todos os demais direitos. Resta visível que a tutela pelo equivalente monetário ao valor do dano ou da obrigação não era a resposta que deveria ser dada por um Estado realmente preocupado com a proteção dos direitos. A jurisdição passa a ter, antes de tudo, os deveres de impedir o ilícito e de remover os efeitos concretos da conduta proibida, bem como os de viabilizar – obviamente que quando faticamente possível – a tutela ressarcitória na forma específica e a tutela do cumprimento da obrigação contratual na forma específica.

A tutela pelo equivalente é vista como uma forma de mercificação dos bens e de neutralização das diferentes necessidades do direito material, ao mesmo tempo em que se ressalta, a partir da percepção da natureza não patrimonial ou predominantemente não patrimonial dos novos direitos, a imprescindibilidade da tutela jurisdicional da *integridade do direito* – que passa a ser chamada de tutela específica –, especialmente da tutela inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica, tentando-se evitar, com elas, a degradação do direito em pecúnia.

As novas necessidades de tutela logo fez com que o legislador – diante do seu dever de desenhar instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos – passasse a tratar de técnicas processuais destinadas a viabilizar a tutela específica do direito

material (art. 461, CPC). Em razão das novas necessidades, o legislador que reformou o Código de Processo Civil foi obrigado a instituir técnicas processuais voltadas a permitir a tutela específica dos direitos, aí incluída a tutela inibitória; a dar ao juiz ampla latitude de poder para lhe permitir utilizar a modalidade executiva necessária e adequada ao caso concreto; a outorgar ao juiz o poder de utilizar a multa em valor variável, necessário para constranger o demandado a cumprir a decisão judicial.

Mais tarde, foi inserido no Código de Processo Civil o art. 461-A, voltado a permitir a tutela específica do direito real e a tutela específica do direito obrigacional que depende da entrega de coisa. Tal artigo, em seu § 3º, advertiu que as normas do art. 461, respeitantes ao uso do meio de execução adequado e da multa, assim como da antecipação da tutela, podem ser empregadas quando se pretende a tutela específica que exige a entrega de coisa.

Não há como ignorar que tais sentenças são completamente diferentes da sentença condenatória. Em primeiro lugar porque *constituem técnicas voltadas à tutela específica do direito material, e assim à realização de um dever do Estado constitucional*, tendo visível diferença em relação às técnicas processuais destinadas à tutela pelo equivalente, própria a um Estado que não tem qualquer interesse em desenhar políticas públicas voltadas a proteger de forma diferenciada os direitos, preocupando-se apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado.

Em segundo lugar porque fundada em um sistema executivo que *desconhece o princípio da tipicidade das formas de execução, sustentáculo do conceito de sentença condenatória e da sua característica mais incisiva, a execução forçada e a garantia de liberdade do litigante*. Caso o juiz da sentença condenatória pudesse se valer da medida executiva necessária, como faz questão de lhe disponibilizar o art. 461, § 5º, não haveria como supor que, no conceito de condenação, está embutida a idéia de preservação de liberdade da parte, nem muito menos a execução forçada, já que agora o juiz pode – em razão do art. 461, § 5º – utilizar a multa ou qualquer medida executiva necessária para constranger o demandado a um não fazer ou a um fazer infungível, bem como qualquer medida de execução direta capaz de obstaculizar um ilícito ou remover os seus efeitos concretos.

Em terceiro lugar porque a sentença ligada à multa não tem qualquer semelhança com a sentença condenatória, como mostrou Mandrioli no direito italiano. A ligação da sentença com a multa revela uma forma de tutela jurisdicional inimaginável em um Estado que não pode invadir a esfera de liberdade do cidadão ou que está impedido de atuar mediante coerção indireta para não restringir a autonomia de vontade do réu. A correlação necessária entre a condenação e a execução forçada esconde não só uma opção pela incoercibilidade das obrigações infungíveis, mas também a própria

ideologia liberal da intangibilidade da vontade humana. O conceito de sentença condenatória está comprometido com as doutrinas que inspiraram o *Code Napoléon*, pelo qual “[...] toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor” (art. 1.142), e principalmente com a ideologia que deu origem ao dogma de que a coerção das obrigações infungíveis constitui um atentado contra a *liberdade* dos homens<sup>14</sup>.

### 8. A sentença dependente de execução

O novo artigo 475-N, ao elencar os títulos executivos judiciais, apresenta em seu inciso I o conceito de sentença civil dependente de execução. Fala em “[...] sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Em princípio, dada a dicção da norma, que alude a sentença que *reconheça a existência*, seria possível pensar que a mera sentença declaratória teria se tornado passível de execução.

Acontece que a idéia de reconhecer a obrigação tem a ver com o inadimplemento, ou melhor, com a necessidade de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia. O art. 580, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tratando do que entende ser o primeiro “[...] requisito necessário para realizar qualquer execução”, isto é, do inadimplemento, diz que “[...] considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença [...]”. Note-se que a norma afirma ser inadimplente quem “[...] não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença”.

A dicção do parágrafo único do art. 580, portanto, poderia permitir a interpretação de que aquele que não satisfaz o direito reconhecido na sentença declaratória é inadimplente, sujeitando-se à execução. Acontece que a sentença, seja a do art. 580, parágrafo único, seja a do art. 475-N, I, reconhece o direito ou a obrigação que falta cumprir, afirmando a necessidade de sua implementação através da via executiva. Tal sentença, por isso mesmo, não pode ser declaratória, mas sim dependente de execução.

Na realidade, a lamentável confusão que se faz, ou oportunamente se realiza, entre sentença declaratória e sentença dependente de execução, deita raiz na ignorância acerca da distinção entre sentença e tutela do direito, demonstrando, mais uma vez,

<sup>14</sup> Chegou-se a propor, em certo momento no qual os fundamentos da Revolução Francesa se apresentavam com mais intensidade, uma construção das obrigações de fazer pela qual a atividade pessoal do devedor não seria *in obligatione*, mas *in solutione*. A obrigação de fazer teria um objeto juridicamente impossível; seria, como obrigação natural, juridicamente não obrigatória. A hipótese não seria nem ao menos de obrigação alternativa, mas de simples obrigação facultativa para o devedor, que deveria os danos a título principal e teria a faculdade de liberar-se prestando o fazer. (MARINONI, p. 83).

a oportunidade de se compreender o processo civil a partir da teoria da tutela dos direitos.

### 9. Novamente a importância da distinção entre tutela do direito e sentença

A sentença é apenas uma técnica processual destinada à prestação da tutela jurisdicional do direito. Ou seja, a tutela ressarcitória pelo equivalente ou a tutela do adimplemento do crédito pecuniário estão para as sentenças declaratória ou condenatória, assim como o conteúdo está para o instrumento. A tutela jurisdicional do direito que não pode ser prestada pela técnica da sentença declaratória, *por necessitar de meios de execução*, obviamente não é uma tutela declaratória, isto é, uma tutela jurisdicional através da qual simplesmente se elimina uma incerteza jurídica.

A *tutela* que necessita de *fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagamento de quantia*, é uma tutela que não é prestada por uma sentença que basta por si só, como a sentença declaratória – que não pode e não precisa ser executada –, uma vez que exige meios de execução. Tal tutela é prestada *pela sentença e pelos meios executivos*, ou melhor, por uma sentença cuja natureza é delineada com base nos meios de execução que a integram. Quando se declara um efeito jurídico que requer uma prestação, evidentemente não há sentença declaratória, já que a declaração é de que a prestação faltante (pagar quantia, por exemplo) deve ser implementada mediante a via executiva. Portanto, é equivocado pensar que uma sentença que reconhece uma obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia constitui uma sentença declaratória. Essa sentença, porque presta uma tutela jurisdicional do direito *que depende de algo*, não pode ser declaratória. Tal sentença prestaria tutela declaratória, como é óbvio, apenas se essa tutela não dependesse de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.

A sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, destinando-se a prestar a tutela ressarcitória pelo equivalente, não é declaratória, uma vez que, se natureza declaratória tivesse, *não reconheceria a necessidade do pagamento de quantia para a prestação da tutela ressarcitória*. De modo que pouco importa se apegar à letra da lei, lembrando que o art. 475-N, I, fala em sentença que *reconheça a existência da obrigação, já que é imprescindível saber que tutela do direito se objetiva prestar quando se reconhece a existência de obrigação*. Ora, não há qualquer dúvida que o art. 475-N, I, alude a obrigações que ainda devem ser cumpridas, e assim, a tutelas que necessitam da fase executiva para sua implementação. *A menos que alguém imagine que o autor pode pedir tutela declaratória e o juiz proferir tutela ressarcitória e, por consequência, sentença condenatória ou dependente do cumprimento de obrigação de pagar quantia.*

## 10. A necessidade de classificar as sentenças que dependem de execução

Como está absolutamente claro, o conceito de condenação não pode mais ser utilizado, seja em razão dos valores do Estado constitucional<sup>15</sup>, das novas necessidades de tutela do direito material ou ainda da realidade normativo-processual contemporânea (artigos 461, 461-A e 475-J do CPC). Quer dizer que o conceito clássico de condenação, exatamente por ser formado a partir de uma dada realidade, não tem qualquer chance de ser utilizado no direito processual contemporâneo. Algo distinto – embora muitas vezes não percebido – é o uso da terminologia *sentença condenatória* para designar um conceito distinto, isto é, um conceito que espelha uma nova realidade.

Acontece que o jurista, ao se valer de um termo, deve estar atento para o conceito que procura expressar. Ou seja, não há como se discutir, em termos doutrinários, sem uma precisa correlação entre a terminologia e o conceito. Pretender falar em sentença condenatória, da terminologia, sem se dizer do que se está realmente tratando, do conceito, é pouco menos do que prejudicial ao tráfego das idéias. Daí a importância de se classificar as sentenças que, nos termos da Constituição Federal, das necessidades de tutela dos direitos e do atual Código de Processo Civil, dependem de execução.

## 11. Critérios para a classificação das sentenças dependentes de execução

O art. 475-N do Código de Processo Civil, ao elencar os títulos executivos judiciais, substituiu o antigo inciso que falava exclusivamente em *sentença condenatória proferida no processo civil* (art. 584, I) por um inciso que diz ser título executivo judicial “[...] a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” (art. 475-N, I).

Uma sentença que reconhece a existência de obrigação a ser cumprida apenas pode ser qualificada a partir da análise do sistema executivo. Longe dos meios de execução, tal sentença apenas declara que resta uma obrigação a ser cumprida para que a tutela do direito seja prestada. Essa sentença, que então seria declaratória, não se confundiria com a sentença declaratória da classificação clássica, pois declararia a necessidade de uma atividade ulterior para a prestação da tutela, enquanto que a sentença declaratória propriamente dita presta a tutela declaratória, satisfazendo o autor com a eliminação da incerteza jurídica. Porém, não há qualquer razão para se criar uma nova modalidade de sentença declaratória, já que a natureza da sentença é visualizada na sua extensão para a prestação da tutela jurisdicional. Se a sentença do art. 475-N, I, não é suficiente para prestar a tutela jurisdicional do direito, ficando essa na dependência do cumprimento de uma obrigação, é intuitivo que tal sentença não pode ser definida como se fosse satisfativa (como se bastasse por si mesma),

<sup>15</sup> V. Marinoni (2006).

mas sim como uma sentença que depende de meios de execução. Isso não quer dizer que os valores do Estado e as necessidades de tutela aí não importem. É que o sistema normativo-processual deve ser compreendido a partir da Constituição e das necessidades do direito substancial. Significa isso que a classificação das sentenças, ao se pautar pelo sistema executivo do Código de Processo Civil, não faz qualquer desconexão com a Constituição Federal e com a realidade de direito material. A classificação das sentenças tem o objetivo de explicar, didaticamente, com base no sistema executivo montado pelas normas dos artigos 461, 461-A e 475-J do Código de Processo Civil, quais são as espécies de sentença dependentes de execução, ou melhor, quais são as novas espécies de sentença.

Cabe deixar claro, porém, que a classificação das sentenças não se confunde com a classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos, lembrando-se que nessa última entra a tutela jurisdicional inibitória, por exemplo. Também é preciso advertir que a classificação das sentenças fica muito longe das chamadas *espécies de execução* ou das formas de execução classificadas com base na atividade física desempenhada pelo demandado – fazer, não-fazer, entregar coisa ou pagar quantia. Tais atividades, além de não espelharem a tutela jurisdicional do direito, não refletem o modo como o juiz atua para prestá-la. Note-se que o fazer pode permitir a prestação da tutela ressarcitória na forma específica ou da tutela do adimplemento da obrigação na forma específica e, além disto, não serve para expressar o que o juiz faz, a partir do sistema processual executivo, para viabilizar a sua prestação. Ou seja, o fazer não pode ser confundido – por estar em plano totalmente distinto – com a tutela ressarcitória na forma específica ou com a sentença mandamental<sup>16</sup>.

Como já foi dito, o Código de Processo Civil, ao aludir a reconhecimento de obrigação, não cria uma nova espécie de sentença declaratória, porém evidencia que tal sentença declara efeitos jurídicos no plano do direito material, no sentido de que devem ser implementadas, mediante as modalidades executivas adequadas, tutelas que dependem de fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de soma. Ora, é claro que a sentença não se confunde com o que é por ela prestado e almejado pelo autor – a tutela –, nem com o que deve ser feito pelo réu para que a tutela do direito seja prestada – o fazer, o pagar etc. Do mesmo modo, não há como confundir a sentença com o meio executivo utilizado, como, por exemplo, a coerção indireta – constrangimento da vontade – e a multa. A sentença é uma técnica processual que tem importância em si mesma – tanto é que pode ser declaratória ou constitutiva –, embora apenas adquira completa fisionomia, no caso em que a prestação da tutela do direito depende de atividade ulterior, quando relacionada com o sistema executivo.

<sup>16</sup> E isso, como é lógico, apenas por exemplo.

## 12. A influência do princípio da tipicidade sobre o poder jurisdicional

A sentença, como meio técnico através do qual o juiz presta a tutela jurisdicional, recebe influência da maior ou menor latitude de poder outorgada à jurisdição para a satisfação dos direitos. Nesse contexto, a questão que importa diz respeito à relação entre o princípio da tipicidade dos meios de execução e a extensão do poder da jurisdição. Constituiria o princípio da tipicidade dos meios executivos uma afirmação doutrinária que restringe o poder jurisdicional? Não há dúvida que sim. Tal princípio foi elaborado doutrinariamente para evidenciar a necessidade de limitação do poder executivo do juiz. Quis dizer que a jurisdição apenas pode ser exercida nos limites dos meios executivos expressamente tipificados na lei.

O princípio da tipicidade está acobertado pelo antigo princípio da supremacia da lei, que subordinava o judiciário ao legislativo (MARINONI, 2006, p. 21). Quando a validade da lei dependia apenas da autoridade que a proclamava (do legislativo), não se dava ao judiciário o poder de interpretar a lei na medida da Constituição ou de trabalhar com um procedimento judicial fora dos limites estritos da lei. No que diz respeito especialmente ao princípio da tipicidade das formas de execução, é nítida a sua relação com a necessidade de salvaguardar a liberdade do réu diante da possibilidade de uso arbitrário do poder pelo Estado-Juiz.

O processo civil da *civil law* recebeu influência do princípio da tipicidade, limitando os poderes de execução às modalidades executivas ditas pelo legislador. Já o processo civil da *common law* trilhou caminho diverso, dando maior poder ao juiz. O juiz da *common law* sempre teve o poder de sancionar as suas decisões mediante multa e prisão nos casos em que o litigante comete *contempt of Court* ou pratica um ato que significa *desprezo à Corte*. O *contempt of Court* possui duplo aspecto, no sentido de que pode se configurar como *civil contempt* ou como *criminal contempt*.

O *civil contempt* é uma medida coercitiva que atua nas hipóteses de obrigações impostas por decisões judiciais – ao final ou no curso do processo –, e que tem por fim assegurar ao credor o adimplemento específico das prestações devidas pelo demandado. O *criminal contempt* é utilizado nos casos de comportamentos que se constituem em obstáculo à administração da justiça, que interferem indevidamente nesta, ou que de qualquer forma representam uma ofensa à autoridade do juiz. O *criminal contempt*, ao contrário do *civil contempt*, atua apenas no plano do interesse público no correto funcionamento da administração da justiça, o que não quer dizer que o *civil contempt* também não objetive preservar a autoridade do Estado. O *civil contempt* abre oportunidade à imposição da multa ou da prisão no caso de simples inadimplemento do réu. O juiz possui discricionariedade na aplicação da multa e da prisão, tendo, além disso, no momento em que escolhe uma delas, a oportunidade de



graduá-la de acordo com a gravidade que circunda a violação e o grau de resistência do réu.<sup>17</sup>

Além de o juiz da *common law* ter o poder de se valer da multa ou da prisão para sancionar as suas decisões, o que lhe confere um poder de adequação às necessidades concretas inimaginável a um juiz engessado pelo modelo das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória, ele não está submetido a uma definição legal das modalidades executivas para poder utilizá-las diante dos casos concretos. Não se pensa, na *common law*, em princípio da tipicidade dos meios de execução, exatamente por se partir de uma concepção de poder jurisdicional completamente diversa daquela forjada pelo Estado legislativo e pelo direito liberal clássico. Entende-se, na *common law*, que o juiz deve dispor de meios necessários para fazer valer as suas decisões, e por isso não deve ter o seu poder cerceado pela idéia de tipicidade das modalidades executivas, pois o sistema executivo brasileiro, após 1994, quando foi dada nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil<sup>18</sup>, passou a constituir um sistema misto.

Isto porque o art. 461, além de ter dado ao juiz o poder de sancionar as suas decisões – finais ou antecipatórias – com multa (art. 461, §4º), graduando-a conforme as circunstâncias do caso concreto, conferiu-lhe o poder de determinar a modalidade executiva adequada e necessária à tutela da situação litigiosa (art. 461, §5º). O art. 461 conferiu ao juiz, através de uma norma de caráter aberto, poder para utilizar a modalidade executiva adequada ao caso concreto, eliminando a necessidade de sua expressa previsão legal e quebrando, desta forma, o princípio da tipicidade. O mesmo espírito foi adotado pelo sistema do art. 461-A<sup>19</sup>, ao outorgar ao juiz poder para trabalhar com a modalidade executiva adequada à tutela jurisdicional que depende da entrega de coisa. Frise-se que o art. 461-A dá ao juiz o poder de se utilizar dos parágrafos do art. 461, inclusive da multa.

Mas, ao lado dessas formas de exercício do poder executivo, conservou-se, para a obrigação de pagar quantia, a técnica da execução por expropriação, mantendo-se, com ela, o juiz preso aos meios de execução previstos na lei. O art. 475-J, embora tenha dispensado a ação de execução e previsto a incidência da multa de 10% para o caso de inadimplemento da condenação, não deu ao juiz o poder de sancionar com multa a sentença que reconhece obrigação de pagar quantia. A multa de 10%, prevista no art. 475-J, tem caráter punitivo e não coercitivo. Essa multa não objetiva permitir ao juiz constranger o demandado a pagar, uma vez que é previamente fixada na lei, não podendo ser graduada segundo as circunstâncias do caso concreto para dar ao juiz poder para efetivamente compelir ao pagamento.

<sup>17</sup> V. Dobbs (v. 56, p. 235); Merryman (1985, p. 73).

<sup>18</sup> A norma do atual art. 461 foi introduzida pela Lei nº 8.952/1994.

<sup>19</sup> O art. 461-A foi acrescentado pela Lei nº 10.444/2002.

Não há qualquer dúvida de que o juiz não exerce o mesmo poder quando profere uma sentença que reconhece uma *obrigação de não fazer, fazer ou entregar coisa* e quando prolata uma sentença que reconhece *obrigação de pagar quantia*. Nesse último caso, a sentença reflete um poder muito mais atenuado do que no primeiro. No primeiro caso, não só o autor, mas também o juiz de ofício, podem utilizar a medida executiva que se adequar à situação concreta. Na segunda hipótese, a realização do direito apenas pode se dar através da forma executiva previamente desenhada na lei processual.

O poder jurisdicional, exercido através da sentença que determina o pagamento de soma, é muito menos intenso do que o poder jurisdicional exercido através da sentença que trata das obrigações de não fazer, de fazer e de entregar coisa. Se isto é inegável, o único argumento que poderia justificar a não distinção entre tais sentenças seria o de que a qualidade do poder exercido, embora diversa, não tem a ver com a natureza da sentença.

Falta lembrar, portanto, que a sentença sempre reflete uma forma e intensidade de poder, e que a sentença não satisfativa, por se ligar a uma forma de execução, espelha um poder derivado da correlação da sentença com a forma executiva. Se a sentença condenatória clássica, por ser correlacionada com os meios de execução forçada expressamente tipificados na lei, reflete um poder contido e limitado por uma garantia de liberdade, além de completamente despreocupado com as tutelas preventiva e específica dos direitos, o certo é que isso ainda está presente na sentença que reconhece obrigação de pagar e tem que ser executada nos termos do art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil. A que reconhece obrigação de pagar quantia não permite que o juiz atue sobre a vontade do demandado ou opte por forma de execução diversa da prevista na lei. Os valores presentes na sentença do art. 475-J são totalmente diferentes daqueles que inspiraram o sistema executivo delineado pelo art. 461.

A sentença do art. 475-J apenas se relaciona com a obrigação de pagar quantia certa e, assim, com a execução por expropriação. Isso significa que, a partir do art. 475-J, existe uma única sentença preocupada com a obrigação de pagar, sendo que a sua principal função será a de prestar a tutela pelo equivalente em dinheiro ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida. É interessante perceber que, se a tutela pelo equivalente dissolve as particularidades do direito material, transformando o direito em dinheiro, e entende-se que basta uma única forma executiva – a expropriação – para viabilizar a satisfação do crédito, torna-se absolutamente natural a correlação da sentença do art. 475-J com uma forma de execução direta expressamente tipificada na lei.

Quando as particularidades do direito material ou as diferentes necessidades de tutela do direito substancial não importam, certamente não é preciso dar ao juiz o poder de utilizar a modalidade executiva adequada à tutela específica do direito e ao caso



concreto. De modo que a sentença que reconhece obrigação de pagar ainda conserva natureza condenatória<sup>20</sup>, com a diferença de que agora não tem mais eficácia executiva dependente de outra ação, mas sim eficácia executiva que pode viabilizar desde logo, independentemente de nova ação, a execução forçada do direito de crédito.<sup>21</sup>

De outra parte, as sentenças que reconhecem *obrigação de não fazer, fazer e entregar coisa* dão ao juiz o poder de utilizar a medida executiva, inclusive indireta, como a multa, que lhe parecer idônea ao caso concreto – quebrando o princípio da tipicidade e dando origem ao princípio da concentração do poder de execução – exatamente para viabilizar à jurisdição as tutelas preventiva e específica do direito material, lembrando-se que a tutela adequada dos direitos constitui dever do Estado constitucional, especialmente quando em jogo direitos transindividuais de natureza não patrimonial.

Acontece que, quando se pensa na sentença voltada à tutela específica e por isso marcada pelo princípio da concentração do poder de execução, esse poder de execução se manifesta através de duas formas: uma que incide sobre a vontade do demandado e outra que atua mediante meios de execução direta ou forçada, independentemente de qualquer vontade do réu.

### **13. A sentença que tutela o direito constringendo a vontade do réu e a sentença que, independentemente da vontade do réu, tutela o direito mediante atos ulteriores de execução**

Ainda que a sentença que se destina à tutela específica dos direitos possa ser correlacionada com formas de execução indireta e direta, é evidente a diferença entre estas formas de atuação do poder jurisdicional. A execução indireta, que se dá através da multa ou da prisão civil, atua sobre a vontade do demandado, visando obrigá-lo a cumprir a decisão. Portanto, a sentença que se correlaciona com a execução indireta presta a tutela jurisdicional ao constringer e não ao realizar o direito material.

<sup>20</sup> Como reconhece Silva (revista jurídica, ano), a Lei 11.232/05 generalizou, “[...] para todas as sentenças, com exceção apenas daquelas que condenem ao cumprimento das obrigações de pagar quantia certa, uma forma de cumprimento da sentença diversa da condenação”.

<sup>21</sup> Lembre-se que Liebman (1968, p. 11), ao tratar da evolução histórica da sentença condenatória, afirmou expressamente o seguinte: “Proferida a condenação, torna-se possível a execução. Mas por que meios? A *actio iudicati* indicada pelas fontes romanas, significando proposição de novo processo contraditório e portanto formalidade demorada e protelatória, foi relegada para casos excepcionais (liquidação de condenação ilíquida, pedido de juros sucessivos à sentença, etc.), ao passo que nos casos normais era suficiente simples requerimento para que o juiz, sem a audiência do devedor e lançando mão das faculdades e deveres inerentes ao seu ofício, praticasse os atos necessários a assegurar a execução da sentença por ele proferida. Denominou-se esse procedimento de ‘execução *per officium judicis*’, considerando-o simples prosseguimento e complemento do ato de prolação da sentença: *istud officium venit in consequentiam condemnationis* (Bartolo). Isto significou atribuir à sentença condenatória eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*”.



A execução direta realiza o direito material independentemente da vontade do demandado e, por isto mesmo, também é dita forçada.<sup>22</sup> De modo que a sentença que se correlaciona com meios de execução direta presta a tutela jurisdicional do direito no momento em que são adotados os meios de execução direta adequados ao caso concreto. A distinção entre a sentença que se liga a meios de execução indireta da sentença que se liga a meios de execução direta decorre do significado que cada uma tem em termos de realização do direito, bem como da diferença de poder que se concentra em cada uma delas e da distinção de impacto que provocam sobre a esfera jurídica do demandado. Recorde-se que Liebman entendeu que os meios executivos que atuam sobre a vontade do réu não constituem formas de execução, mas sim figuras a ela afins. Eis o que disse Liebman (1968, p. 6):

Vários autores consideram como sendo uma forma de execução a chamada execução indireta, que consiste na aplicação das chamadas medidas de coação, tendentes a exercer pressão sobre a vontade do devedor, para induzi-lo a cumprir a obrigação (multas, prisão, etc.) Apesar de seu caráter coativo, essas medidas visam conseguir a satisfação do credor com a colaboração do devedor, constrangido a cumprir sua obrigação para evitar males maiores. Faltam-lhes, contudo, os caracteres próprios da execução estritamente entendida. Será verdadeira execução só a atividade eventualmente desenvolvida pelos órgãos judiciários para cobrar, por exemplo, as multas aplicadas.

É claro que, diante das novas necessidades de tutela jurisdicional, não se pode concordar com Liebman, já que a coerção indireta – por exemplo, a multa – é imprescindível para constranger o demandado a não fazer e, assim, para prestar a tutela jurisdicional inibitória. A multa, nesse caso, é meio de execução da sentença que concede a tutela inibitória, sendo equivocado supor que execução somente existirá quando, havendo inadimplemento da sentença, desejar-se cobrar o valor da multa. Note-se que há uma brutal diferença entre ter a multa como meio de execução da sentença e a multa como valor a ser executado por meio de expropriação. *Em um caso a multa é meio de execução; no outro ela é objeto da execução.*

De qualquer forma, essa discordância em relação à doutrina de Liebman e de grande parte da doutrina italiana e brasileira – onde estão situados, por exemplo, Mandrioli (1976) e Silva (data) – significa apenas que se entende que a coerção indireta constitui uma forma de execução e não que as sentenças que se ligam à execução indireta e à execução direta tenham a mesma natureza. Ao contrário, a posição de Liebman, antes referida, apenas reforça a necessidade de se distinguir tais sentenças. Registre-se,

<sup>22</sup> Deseja-se dizer que tal execução permite a realização forçada do direito, isto é, independentemente da vontade do réu.

novamente, diante de sua força simbólica, a passagem da lição de Liebman que alude à *verdadeira execução* e deixa claro que a execução indireta visa conseguir a satisfação do credor *com a colaboração do devedor*, faltando-lhe, por isto, os caracteres próprios da *execução estritamente entendida*.

Se é certo que a execução direta e a execução indireta se distinguem pela circunstância de a primeira permitir a tutela do direito independentemente da vontade do réu e a segunda mediante o seu constrangimento, é também verdade que as duas revelam formas diferenciadas de exercício do poder jurisdicional e de impactos sobre a esfera jurídica do demandado. A atuação estatal sobre a vontade do cidadão tem sensível diferença em relação à atividade do Estado que prescinde de tal forma de intervenção. Basta lembrar que a própria doutrina francesa chegou a afirmar que a *astreinte* (a multa) invoca o papel que era reservado ao pretor romano e que, portanto, *faria surgir um juiz que não seria aquele que melhor se adaptaria ao princípio da separação dos poderes*. Como advertem Mazeaud, Mazeaud e Tunc (1960), parte da doutrina enxergou na possibilidade do emprego da *astreinte* a consagração dos princípios do direito romano e do antigo direito francês sobre o papel do juiz, e assim o perigo do ressurgimento de um juiz arbitrário ou destituído de controle ou de limites<sup>23</sup>. Ademais, a execução indireta tem um impacto sobre a esfera jurídica do demandado bem mais drástica do que o da execução direta. E aqui vale recordar que o Código Napoleão, em seu art. 1.142, disse que “[...] toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”, constituindo a consagração normativa dos princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista (MAZZAMUTO, 1978, p. 36). Ou seja, o direito liberal, para impedir o juiz de exercer *imperium* e para mantê-lo sob a batuta do legislativo, bem como para salvaguardar a liberdade e a autonomia privada do cidadão, impediu o juiz de atuar sobre a vontade do demandado e, assim, ordenar sob pena de coerção indireta.

Perceba-se que, enquanto a concentração dos poderes de execução revela a quebra do princípio da tipicidade, o emprego da coerção indireta significa a ruptura do dogma da incoercibilidade da vontade do particular por parte do Estado. Tudo isto é mais do que suficiente para exigir do doutrinador a distinção entre a sentença que atua mediante execução indireta e a sentença que se vale de meios de execução direta.

<sup>23</sup> “Par sa nature, la théorie des astreintes se rattache à la matière des voies d’exécution: si ce n’est pas à proprement parler une voie d’exécution, c’est tout au moins un moyen indirect d’assurer l’exécution d’un jugement. En s’en servant, les juges font usage, non de leur juridiction, mais de leur imperium” (RIPERT; BOULANGER, 1957, p. 591). V. Mazeaud; Mazeaud; Tunc, 1960, p. 640-641).

#### **14. Conclusão: sentença condenatória, sentença mandamental e sentença executiva**

É importante sublinhar que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais que variam conforme as necessidades do direito material expressas em cada momento histórico. É por isto que toda e qualquer classificação das sentenças tem uma visível relatividade histórica, já que os seus conceitos dependem do Estado e da legislação processual em que estão inseridas. De modo que toda *classificação de sentenças é transitória*, sendo desta forma equivocado imaginar que uma classificação possa se eternizar, como se as classificações devessem obrigar os juristas a ajeitar as novas realidades aos antigos conceitos.

As classificações têm a função de acomodar ou agrupar os conceitos que têm algo em comum, demonstrando o seu ponto de contato e as suas distinções. O que importa, quando se toma em consideração o novo art. 475-N, I e se analisa as sentenças que reconhecem obrigações de não fazer, fazer, entregar coisa e pagar quantia, é justamente saber se há aí distinções dignas de relevo, capazes de obrigar o doutrinador a definir diferentes espécies de sentença. A sentença, quando depende de atividade ulterior para prestar a tutela do direito, não pode ter a sua natureza definida à distância do sistema executivo ao qual é ligada. A sentença, ao se correlacionar com formas de execução, reflete o modo técnico-processual escolhido pelo legislador para dar tutela ao direito material, opção que traz em si a forma como o poder jurisdicional deve se manifestar para garantir o direito fundamental de ação.

Ora, é fora de dúvida que o poder outorgado ao juiz diante da sentença que reconhece obrigação de pagar – reflexo da forma executiva a ela correlacionada – possui natureza completamente diferente daquela que marca as sentenças que reconhecem obrigação de não fazer, fazer e entregar coisa – como é visível diante das normas que outorgam ao juiz uma ampla latitude de poder para utilizar a medida executiva adequada ao caso concreto.

Nos dois casos, não só a dimensão do poder do juiz é distinta, mas também a finalidade da sentença. O aumento do poder do juiz decorre da imprescindibilidade de o Estado outorgar tutela efetiva ao direito material. Ou seja, na hipótese em que o poder de execução é concentrado, confere-se ao juiz maior poder para lhe ser possível prestar a tutela específica do direito. Retomando o argumento em direção inversa: como o Estado tem o dever de prestar tutela específica ao direito material, o legislador confere ao juiz maior latitude de poder para tanto, instituindo mecanismos técnicos processuais bem caracterizados diante daqueles que, tendo outro fim, refletem um poder jurisdicional mais atenuado.

Como foi demonstrado acima, a sentença que, reconhecendo obrigação de pagar quantia, deve ser executada com base no art. 475-J, conservou a natureza condenatória, tendo todas as principais características presentes no velho conceito de sentença condenatória. A dispensa da execução, como é fácil perceber, nada mais é do que uma atenuação do efeito executivo, que antes apenas era produzido quando proposta uma nova ação e agora se faz presente na própria ação que hoje é instaurada para a obtenção da tutela pelo equivalente ou do crédito e não mais apenas para o alcance da condenação.

Porém, como também já foi evidenciado, não há como deixar de distinguir, no interior do sistema executivo marcado pela concentração dos poderes de execução do juiz, a sentença que se correlaciona com a execução indireta e a sentença que se correlaciona com a execução direta.

A sentença ligada à execução indireta é mandamental. Nela o juiz utiliza a força do Estado para estimular o vencido a adimplir. A sentença condenatória exorta ao pagamento, criando os pressupostos para a execução forçada do direito à soma em dinheiro. Já a sentença mandamental manda que se cumpra mediante o emprego de coerção indireta. Na condenação são apenas criados os pressupostos para a execução forçada, ao passo que na sentença mandamental há ordem para que se cumpra. Há um mandado, que não se confunde com o mandado que será expedido, já que o juiz *manda* que se cumpra e não apenas exorta ao cumprimento. Na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, porém ordem atrelada à coerção indireta.

A sentença que ordena mediante o emprego de coerção indireta já usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena apenas abre oportunidade para o uso desta força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva (MARINONI, DATA). Na sentença que se correlaciona com a execução direta, dita executiva, o emprego da força estatal se dá de forma totalmente diferente, exprimindo-se nos meios de execução voltados à realização forçada do direito.

O fato de a sentença executiva depender, assim como a condenatória, de meios de execução direta, obviamente não as torna homogêneas. Isto pela simples razão de que o fato de a modalidade executiva ser direta nas duas sentenças é algo irrelevante no contexto em que as sentenças estão sendo analisadas. Tanto é verdade que as sentenças executiva e mandamental, apesar de serem facilmente separadas em uma perspectiva técnico-processual, estão inseridas em um sistema executivo diverso do sistema em que a condenação está mergulhada. A sentença executiva tem como característica principal ser uma técnica que reflete a intenção do legislador em dar ao juiz o poder de

utilizar a medida executiva necessária ao caso concreto, reflexo da necessidade de o Estado proteger os direitos na forma específica. Aqui não importa se a execução direta substitui uma prestação (obrigacional) devida pelo demandado ou apenas implementa a tutela do direito. É certo que a sentença que se liga à execução direta, mas depende da imposição de fazer, não fazer e de entrega de coisa, pode caracterizar-se como sentença que independe de prestação do demandado ou como sentença que requer a execução para implementar a prestação devida pelo réu.

Porém, embora essa distinção seja verdadeira, tenha importado para revelar a particularidade da tutela dos direitos reais e no presente momento histórico tenha relevância para demonstrar que a tutela contra o ato contrário ao direito não depende da implementação de uma prestação, há um elemento capaz de unificar em uma só categoria as sentenças que dependem e independem de uma prestação (obrigacional, note-se bem). Tal elemento é vinculado à circunstância fundamental de que essa categoria sentencial objetiva a *tutela específica dos direitos* e, justamente por isso, funda-se no princípio da concentração dos poderes do juiz, *afastando-se do clássico princípio da tipicidade dos meios executivos*.

É preciso sublinhar que foi o escopo de tutela específica do direito material que fez com que o poder executivo do juiz fosse amplificado, quebrando-se o princípio da tipicidade dos meios de execução e outorgando-se ao litigante uma forma muito mais complexa e sofisticada de controle das decisões. Ou melhor, a base do novo sistema executivo, e desta forma a inspiração de outra classificação das sentenças, está no direito hegemônico, marcado por situações de direito substancial próprias ao Estado constitucional, as quais não podem ser adequadamente protegidas através da tutela ressarcitória e da técnica da sentença condenatória, mas apenas da tutela específica e das novas sentenças dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

A sentença executiva não decorre da estrutura do direito material tutelado, mas sim do sistema de execução em que se insere, o qual confere ao juiz poder para determinar a modalidade executiva necessária à situação de direito substancial e ao caso concreto, visando à tutela na forma específica. De modo que não se aceita, nesse instante, a tese de Satta (1950) e de Miranda (1976), que define a sentença executiva a partir da estrutura do direito tutelado, negando sentença executiva aos direitos dependentes de prestações, ou melhor, às obrigações.

Não há dúvida de que a concentração dos poderes do juiz importa especialmente para a efetividade das tutelas inibitória e de remoção do ilícito e da tutela do direito real, as quais não exigem prestações do demandado. Entretanto, não há como negar que esse mesmo sistema executivo também se aplica às sentenças cujo implemento depende do cumprimento de obrigação contratual ou do ressarcimento do dano na forma específica.



## 15. Referências bibliográficas

BOBBIO, Roberto. Scienza del diritto e analisi del linguaggio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 355 et seq., 1950a.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: Grappichelli, 1950b.

BORRÈ, Giuseppe. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. Napoli: Jovene, 1966.

CALAMANDREI, Piero. La condanna. *Opere giuridiche*, Napoli, v. 5, 1972.

CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di diritto processuale civile*, 1939.

CARRÍO, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993.

DOBBS, Dan B. Contempt of Court: A Survey. *Cornell Law Review*, v. 56, p. 235, 1971.

GARNAGNATI, Edoardo Garbagnati, Azione e interesse, *Jus*, 1955.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1984. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. *Rivista di diritto processuale civile*, 1934.

MANDRIOLI, Crisanto. Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 1.352 e ss.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. In: \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Éditions Montchrestien, 1960. v. 3.

MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978.

MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 1.

MONTELEONE, Girolamo. Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, p. 281.

MONTELEONE, Girolamo. Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna coe titolo esecutivo. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989.

MONTESANO, Luigi. *Condanna civile e tutela esecutiva*. Napoli: Jovene, 1965.

ORESTANO, Ricardo. Azione in generale. *Enciclopedia del diritto*, 1959.

PISANI, Andrea Proto. *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*. Foro Italiano, 1988.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: CEDAM, 1987.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1978.

SILVA, Ovídio Baptista da. Sentença condenatória na Lei 11.232. *Revista Jurídica*, v. 345, p. 20, 2006.

TARELLO, Giovanni. Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 430, 1967.

## 2.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

RICARDO FERREIRA SACCO

Mestre em Direito e Instituições Políticas

Professor do Curso de Direito da Universidade FUMEC

Professor da APM-MG

Servidor do TJMG

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Constituição da República Portuguesa. 3. Constituição da República Francesa. 4. Constituição da República Italiana. 5. Constituição da Nação Argentina. 6. Constituição dos Estados Unidos da América. 6.1. Análise de *Attorney General* no Estado de Massachusetts. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

O que se propõe no presente artigo é um estudo superficial da abordagem constitucional da figura análoga ao Ministério Público – MP brasileiro nas constituições de Portugal, França, Itália, Argentina e Estados Unidos da América, com ênfase na do Estado de Massachusetts, em que este estudo engloba uma entrevista bastante elucidativa sobre o funcionamento do órgão análogo ao MP naquele Estado da Federação norte-americana. Não se pretende uma análise minuciosa e detalhada que aborde legislação infraconstitucional. Muito pelo contrário, ao invés de se esgotar o assunto, o que se pretende é *arranhar o verniz* e mostrar o potencial de pesquisa nessa área, aproveitando o riquíssimo manancial que os estudos de direito constitucional comparado podem oferecer no que tange ao aperfeiçoamento do direito pátrio à luz de elementos colhidos na experiência constitucional estrangeira. Não se pode esquecer, contudo, que nesse tipo de abordagem os juízos de valor pesam menos que a real compreensão das diferenças (TAVARES, 2005).

É interessante observar, conforme descrito por Kuhn (2000, p. 92), que “[...] freqüentemente uma novidade científica emerge simultaneamente de vários laboratórios” e prepara o caminho para sua própria mudança. Dessa forma é possível permitir que algumas crenças e procedimentos sejam revistos e até mesmo substituídos por outros. Apesar do interesse e da importância do estudo de direito constitucional comparado, os textos que versam sobre essa disciplina são escassos. Observa-se, muitas vezes, a ocorrência de análise de estruturas constitucionais estrangeiras sem compará-las, fugindo, dessa forma, ao próprio objetivo da matéria (TAVARES, 2005).

Através da análise, ao menos superficial, desses textos constitucionais no que tange ao funcionamento dos órgãos análogos ao MP, será possível fornecer uma pequena

amostragem dessa dimensão do direito constitucional comparado. Como ressaltado por Kuhn (2000), o pesquisador deve seguir desde as suas origens as pistas do conhecimento científico a que se propõe pesquisar, e a investigação da experiência de outros laboratórios merece atenção especial. Conforme a lição de Soares (1999, p. 21), tem-se que: “Na verdade, o Direito, enquanto sistema normativo, encontra-se concebido e originado da cultura e da civilização de um povo e, portanto, reflete seus valores, e, sendo uma cultura de um povo ou da civilização de uma época, vale enquanto valem os valores inconfundíveis daquela cultura e civilização”.

## 2. Constituição da República Portuguesa

Começando o estudo por Portugal, verificamos que houve um total seis constituições: 1822, 1826, 1838, 1911, 1933 e, por último, a de 1976, que “[...] são produto do circunstancialismo histórico do país e o reflexo de determinados elementos políticos, econômicos, sociais e culturais” (MIRANDA, 2003, p. 246). A Constituição de 1976 instituiu o Estado democrático após a revolução de 1974. Nesse ano, conforme consta no próprio preâmbulo, um movimento partindo das forças armadas derrubou o regime ditatorial ali implantado há 48 anos, representando uma reviravolta histórica nos rumos da nação portuguesa, com seu retorno à democracia (MIRANDA, 2003). É digno de nota o preâmbulo dessa constituição, que aqui é transcrito na íntegra:

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembléia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

A Assembléia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa.

A Constituição de 1976 é a mais vasta e complexa de todas as constituições portuguesas. Recebeu os efeitos de um denso e heterogêneo processo político, aglutinando contribuições de partidos e forças sociais, sofrendo ainda influências de diversas ideologias, assim como da própria experiência constitucional do país (MIRANDA, 2003). Com um texto bastante longo, com trezentos e doze artigos, é possível observar em toda a Constituição Portuguesa sua índole democrática e a busca por uma sociedade livre e mais justa, sendo tratado dos Poderes do Estado e, de forma detalhada, dos direitos da pessoa humana, havendo abundante presença de normas programáticas (MIRANDA, 2003, p. 363). Observa-se que essa Constituição trata do Ministério Público de maneira particular e é necessário se compreender, antes de tudo, o sistema de governo implantado, qual seja o parlamentarismo, no qual se vê, dentre outras peculiaridades, a escolha de representantes do Executivo pelo parlamento.

De início, observa-se que os cinco membros do Conselho Superior do Ministério Público são eleitos pelo Conselho da República (art.163). O Conselho da República é o órgão de representação popular, o Parlamento, cabendo a ele, dentre outras atribuições “[...] aprovar alterações à Constituição”, conforme o art.161, alínea “a” da Constituição Portuguesa. O MP português está localizado na alínea “p”, dentre as matérias que possuem “[...] reserva relativa de competência legislativa”, ou seja, matérias relacionadas ao estado e capacidade das pessoas, direitos, liberdades e garantias, serviço nacional de saúde, segurança social etc. Na parte que trata do *Estatuto dos Juizes*, o artigo 215 define o acesso aos “[...] magistrados judiciais e do Ministério Público ao Supremo Tribunal de Justiça”: “4. O acesso ao Supremo Tribunal de Justiça faz-se por concurso curricular aberto aos magistrados judiciais e do Ministério Público e a outros juristas de mérito, nos termos que a lei determinar.” (PORTUGAL, 1976).

A Constituição da República Portuguesa possui capítulo específico, Capítulo IV, art. 219, para definir as funções e estatuto do Ministério Público, estabelecendo sua autonomia e estatuto próprio (inciso 2º), definindo seus membros como magistrados (inciso 4º): “Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.” (PORTUGAL, 1976). É digno de nota que a lei poderá prever as hipóteses relacionadas à transferência, suspensão e demissão dos magistrados do Ministério Público, portanto, tal assunto não possui o mesmo *status* constitucional que a inamovibilidade e vitaliciedade possuem no sistema constitucional brasileiro. Outro aspecto é que são *hierarquicamente subordinados*, ou seja, sua independência funcional também é mitigada em relação ao seu análogo brasileiro. No inciso 1º do art. 219 ocorre a previsão de que:

Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática (PORTUGAL, 1976).

Digna de nota é a competência para representar o Estado, sendo essa competência completamente alheia e distante dos objetivos de seu análogo brasileiro, de acordo com o que fora determinado pela Constituição de 1988. A função de representante do Estado, que esteve presente nas constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967 representa um paradigma no qual o MP agia focado nos interesses do Estado, portanto, diferente do novo paradigma no qual seu foco passa a ser os interesses da sociedade, ou seja, o interesse público primário (SMANIO, 2004).

O inciso 5º do art. 219 prescreve que “[...] a nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da ação disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República”. O art. 220 trata da Procuradoria-Geral da República, estabelecendo que este é o órgão superior do Ministério Público, sendo presidido pelo Procurador-Geral da República (com mandato de seis anos), “[...] e compreende o Conselho Superior do Ministério Público, que inclui membros eleitos pela Assembleia da República e membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público”. Paralela à Instituição Ministério Público, há a Instituição do Provedor de Justiça, bem sintonizada com o objetivo de se implementar o *Estado de Direito democrático*, sendo uma Instituição que interage com os cidadãos, e é o que se observa de plano no art. 23 da Constituição Portuguesa:

#### Artigo 23º

##### (Provedor de Justiça)

1. Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.
2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.
3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar.

4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.

Essa Instituição tem por fonte inspiradora a figura do *Ombudsman*, nascida na Suécia, introduzida em Portugal por Decreto em 1975 e, posteriormente, constitucionalizada no art. 23. Seus objetivos são basicamente a efetivação de direitos dos cidadãos através de meios informais (ou menos formais que os tribunais) e a atuação à margem dos mecanismos tradicionais de controle administrativo (MIRANDA, 2000). O Provedor de Justiça tem assento no conselho de Estado (art. 142), sendo eleito pela maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República, conforme previsão do art. 163, tendo uma relação privilegiada com o Parlamento, enviando anualmente relatório à Assembleia da República, de acordo com previsão infraconstitucional, que o aprecia nos termos de seu regimento. A ação do Provedor de Justiça consiste principalmente em receber queixas individuais ou coletivas dos cidadãos diretamente na Provedoria ou através da Assembleia da República. Pode atuar também por iniciativa própria quando fatos, por qualquer meio cheguem ao seu conhecimento. O provedor não tem poder decisório, não podendo anular, revogar ou modificar os atos dos poderes públicos, sendo que sua intervenção não suspende o decurso de quaisquer prazos, podendo apenas dirigir recomendações destinadas a prevenir ou reparar injustiças. Dessa forma, sua atuação é mais larga que apenas a mera correção de ilegalidades ou a melhoria dos serviços da administração (MIRANDA, 2000).

O Provedor de Justiça tem o direito de receber dos órgãos e agentes públicos todos os esclarecimentos e informações necessárias em prazo não inferior a quinze dias. Pode efetuar, até mesmo sem aviso, visitas e inspeções, requisitar documentos que lhe repute convenientes, proceder às investigações e inquéritos que lhe pareçam necessários ou convenientes, adotando, com relação à coleta de provas, procedimentos que não colidam com os direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Pode ainda colher depoimentos e informações sempre que os julgue necessários à apuração de fatos, sempre ouvindo os agentes públicos postos em causa, antes de formular conclusões (MIRANDA, 2000). Qualquer órgão destinatário de recomendação do provedor de justiça deve comunicar sua posição no prazo de 60 dias a contar de sua recepção. Se a administração não atuar de acordo com suas recomendações ou se recusar a prestar esclarecimentos pedidos, o provedor poderá dirigir-se diretamente à Assembleia da República expondo os motivos de sua tomada de decisão.

Conforme interpretação do art. 23, n. 4 da Constituição, nem a função política nem a jurisdicional estão sujeitas ao controle do provedor de justiça, apenas a atividade de natureza administrativa o está. O referido órgão é um dos órgãos com poder de pedir ao Tribunal Constitucional que aprecie a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, possuindo a declaração força obrigatória e geral (art. 281, n.2 da



Constituição), podendo ainda pedir a apreciação de inconstitucionalidade por omissão (art. 283, n.1). Aspecto interessante e bastante inovador é a sua presença como defensor do contribuinte, instituído pelo Decreto-Lei nº 205/97, tendo por finalidade precípua a promoção e a defesa dos direitos e garantias dos sujeitos passivos de quaisquer tributos em face da Administração Tributária (MIRANDA, 2000).

Frente ao exposto, é possível observar que a Instituição MP e a Instituição Provedor de Justiça são completamente distintas, possuindo o MP atribuições mais conservadoras no que tange à atuação do órgão, condizente com a persecução penal e a defesa dos interesses do Estado. Já o provedor de justiça atua na defesa dos interesses da sociedade, sendo digno de nota por sua atuação até na defesa dos contribuintes. Certo é que, guardadas as devidas proporções, a Instituição MP brasileiro abarca as funções que foram divididas entre o Ministério Público português e o Provedor de Justiça, tendo recebido no Brasil, em nível constitucional, um tratamento realmente privilegiado, mas não dissonante ao dado pela Constituição Portuguesa.

### 3. Constituição da República Francesa

Juntamente com os Estados Unidos da América, a França foi um dos primeiros países a aplicar a idéia moderna de Constituição, contudo, apenas como curiosidade, a primeira Constituição francesa, datada de 1791, não durou um ano sequer, ao passo que a norte-americana está em vigor até os dias de hoje. Com relação à Constituição Francesa, não se pode deixar de mencionar sua importância no que tange à “[...] vocação universalista de difusão de idéias que lhe está associada” (MIRANDA, 2003, p. 161). A França conheceu, posteriormente à Constituição de 1791, uma Constituição Revolucionária em 1793, dois impérios com os Bonaparte, com uma monarquia ao estilo inglês entre os dois, uma república ao estilo americano entre 1840 e 1940, um regime ditatorial durante a ocupação alemã na Segunda Guerra Mundial, uma efêmera IV República após a libertação. Essa por sua vez durou até a crise na Argélia, quando as preocupações se voltaram à concepção de um novo texto constitucional em 1958 (DUHAMEL, 1995). Pode-se dizer, pois, que, enquanto:

[...] os Americanos tiveram até agora uma só Constituição e todas as transformações sociais e políticas ocorreram à sua sombra, os Franceses já experimentaram mais de dez Constituições e têm vivido em regimes de liberdade e de restrição de liberdade política, de concentração e de desconcentração do poder, de monarquia e república, por mais de uma vez (MIRANDA, 2003, p. 162).

A atual Constituição francesa, datada de 4 de outubro de 1958, foi revisada pela última vez através da Lei constitucional nº 95-880, de 04.08.1995. Não há dúvidas

de que se trata de uma constituição moderna e traz em seu bojo direitos e garantias fundamentais, reiterando aqueles definidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Conforme consignado por Miranda (2003, p. 170), ao contrário dos Estados Unidos, a supremacia da Constituição não era, até alguns anos, um princípio jurídico operativo na Constituição francesa, determinante da invalidade das leis, com ela incompatíveis. Os tribunais judiciais até agora não obtiveram competência para apreciar a constitucionalidade das leis, pois a idéia de lei traz embutida a vontade geral formada através das assembleias soberanas, já que não é possível órgãos estranhos à função legislativa, ou seja, os tribunais, apreciarem a validade das leis.

O que a Constituição de 1958 fez foi criar um órgão de fiscalização preventiva – Conselho Constitucional – que, embora de origem e composição políticas, funciona em moldes jurisdicionados, tendo crescido sua importância a partir de 1974. Certo é que os tribunais comuns não podem deixar de levar em conta sua jurisprudência (MIRANDA, 2003). A França segue o sistema de governo parlamentarista, possuindo peculiaridades que lhe são próprias, a ponto de Maurice Duverger classificá-lo de *semi-presidencialista*, visto que o Presidente da República é eleito pela maioria absoluta dos votos e dispõe de atribuições constitucionais de escolher o Primeiro Ministro e, se quiser, dissolver a Assembleia Nacional. Contudo, o Primeiro Ministro dirige a ação governamental e a maioria da Assembleia pode derrubá-lo. Percebe-se aí que o modelo concebido pela atual Constituição encontra-se realmente fronteiro entre o presidencialismo e o parlamentarismo, pois o Parlamento além de votar as leis também controla o governo (DUHAMEL, 1995). É interessante e vale a inclusão no presente trabalho o preâmbulo, em tradução livre, da Constituição da República Francesa de 1958.

#### PREÂMBULO

O povo francês proclama solenemente a sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946.

Em virtude destes princípios e do princípio da livre determinação dos povos, a República oferece aos Territórios Ultramarinos que manifestem vontade de a ela aderir novas instituições baseadas no ideal comum de liberdade e fraternidade, concebidas com vistas a sua evolução democrática.

A Constituição da República Francesa (1958), como já demonstrado, possui peculiaridades, e dentre elas se tem o trato do MP. Ele vem inserido dentro do Título VIII – Da Autoridade Judiciária, sendo tratado em um único artigo, o art. 65, transcrito em tradução livre:

Art.65

O Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente da República. O Ministro da Justiça é o vice-presidente de direito. Ele pode substituir o Presidente da República.

O Conselho Superior da Magistratura compreende duas subdivisões: uma de competência sobre os magistrados dos tribunais e outra sobre os magistrados do Ministério Público.

A subdivisão cuja competência é relativa aos magistrados dos tribunais compreende, além do Presidente da República e do Ministro da Justiça, cinco magistrados de tribunal e um magistrado do Ministério Público, um conselheiro de Estado, designado pelo Conselho de Estado, e três personalidades que não façam parte do Parlamento ou da ordem judiciária, designados respectivamente pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado.

A subdivisão cuja competência é relativa aos magistrados do Ministério Público compreende, além do Presidente da República e do Ministro da Justiça, cinco magistrados do Ministério Público e um magistrado de tribunal, o conselheiro de Estado e as três personalidades mencionadas no parágrafo precedente.

A subdivisão do Conselho Superior da Magistratura que possui competência sobre os magistrados dos tribunais faz propostas para as nomeações dos magistrados do Tribunal de Cassação, para a de primeiro presidente do Tribunal de Recursos e para a de presidente de Tribunal de Grande Instância. Os outros magistrados dos tribunais são nomeados sob a aprovação do Conselho.

Ela estatui como conselho disciplinar dos magistrados dos tribunais.

Ela é então presidida pelo primeiro presidente do Tribunal de Cassação.

A subdivisão do Conselho Superior da Magistratura que possui competência sobre os magistrados do Ministério Público dá o seu parecer sobre as nomeações dos magistrados do Ministério Público, excepto para os cargos providos em Conselho de Ministros.

Ela dá o seu parecer sobre as sanções disciplinares relativas aos magistrados do Ministério Público. Ela é então presidida pelo procurador geral do Tribunal de Cassação.

Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

Verifica-se que o Conselho Superior da Magistratura é subdividido em dois, um de competência dos Magistrados dos Tribunais e outro cuja competência refere-se aos Magistrados do Ministério Público. Há que se observar que o MP é tratado dentro do Título VIII, ou seja, como autoridade judiciária. Contudo o Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo Presidente da República, ou seja, pelo chefe do Executivo, sendo o Vice-Presidente do Conselho o Ministro da Justiça. É interessante observar que a referida Constituição, com oitenta e nove artigos, é bastante sintética se cotejada, por exemplo, com a Constituição da República Portuguesa que possui trezentos e doze artigos, e também a Constituição da República Federativa do Brasil, com duzentos e cinquenta artigos. Ela não trata de nada referente às hipóteses relacionadas à independência funcional, transferência, suspensão e demissão dos magistrados do MP, não tratando também de outras garantias como inamovibilidade e vitaliciedade. Deixa claro também que uma lei orgânica determinará as condições de aplicação deste artigo. Nas palavras de Kerche (2002):

[...] no caso francês, os fortes laços com os Poderes eleitos não se restringem ao Ministério Público, mas se prolongam inclusive aos magistrados. Neste sentido, os juízes deveriam ser 'executantes' da vontade popular. Se o Judiciário não é considerado um Poder totalmente independente de Estado; e se a soberania está no povo, delegada ao governo, os promotores funcionam como uma espécie de 'porta-voz' desta soberania. Ou seja, o promotor é aquele que transmite a posição do Ministro da Justiça – e, portanto, do próprio governo – ao juiz.

E enfatiza que o MP acaba sendo um órgão submisso ao governo:

Apesar da 'liberdade da palavra', ou seja, a possibilidade do procurador desobedecer verbalmente durante o processo as instruções dadas por seu superior, sua carreira será prejudicada já que é o Conselho Superior da Magistratura, controlado pelo Ministro da Justiça, que indica, por exemplo, as promoções. Isto garante, portanto, uma interferência do governo sobre a atuação dos promotores.[...] Não parece ser por outro motivo que os promotores franceses detém razoável doses de discricionariedade, mas, em contrapartida, devem prestar contas de suas escolhas.

Portanto, a instituição é controlada pelo Ministro da Justiça e pelo parlamento, mesmo com a liberdade de palavra assegurada aos promotores – já que, como vimos, isto poderia prejudicar a carreira do integrante da organização. Deste modo, a agência responsável pela ação penal na França não é uma instituição independente de controle dos Poderes políticos do Estado.

Por certo, como se pode observar, o *status* constitucional do MP francês está bem longe do que pode ser observado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quer pela subserviência ao governo, quer pela ausência de independência funcional prevista constitucionalmente.

#### 4. Constituição da República Italiana

O Estatuto Albertino, ou seja, a Constituição do Reino da Itália, de 4 de março de 1848, esteve em vigor até 27 de dezembro de 1947, e estabeleceu em seu preâmbulo a irrevogável Monarquia. Essa Constituição era flexível e seu texto esteve profundamente deturpado a partir de 1922 em decorrência das alterações que legitimaram a sedimentação do fascismo (MIRANDA, 2003). A nova Constituição da República Italiana, de 1947, em vigor a partir de 1948 até os dias de hoje, é uma Constituição rica em princípios, de caráter eminentemente compromissório e fundada na democracia, sendo isso bem claro logo no art.1, que expressa ser a soberania pertencente ao povo que a exerce nos limites da Constituição. “*Art. 1. L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.*”

Garante ainda o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem, tanto individualmente quanto nas formações sociais em que desenvolve sua personalidade e requer ainda o cumprimento dos inderrogáveis deveres da solidariedade política, econômica e social. “*Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.* Na segunda parte da Constituição, no Título IV (*La Magistratura*), aparece a figura do Ministério Público (*Pubblico Ministero*). Como se constata, o *Pubblico Ministero* aparece inserido dentro do Poder Judiciário. As garantias a esse Poder são absolutamente explícitas e claras, restando de forma decorrente que as garantias se estendem ao *Pubblico Ministero*. *Art. 101. La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*

De plano, vê-se que, conforme consignado no art.1, a soberania pertence ao povo, sendo que no art. 101 fica consignado que a Justiça é administrada em nome do povo e afirma também a sujeição dos juízes apenas à lei. Como proteção, o art. 107 traz

garantias como a inamovibilidade e que as decisões concernentes à remoção de serviço ou sede se darão apenas por decisão do Conselho Superior de Magistratura, com todas as garantias à defesa, ou então, a pedido do mesmo. O mesmo artigo prescreve que o MP goza das garantias estabelecidas em seu favor pelas normas da organização judiciária.

*Art. 107*

*I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso.*

*Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare. I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni.*

*Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.*

A lei também regulará as normas de organização judiciária de cada magistratura, bem como a independência dos juízes das jurisdições especiais assim como do MP e dos estranhos que participem da administração da justiça. *Art. 108. Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia.* No art. 109 da Constituição Italiana ocorre a previsão de subordinação e direção da polícia judiciária ao MP, ou seja, os magistrados não judicantes do MP são na verdade como magistrados investigadores que também exercem a ação penal prevista no art. 112 da Constituição. *Art. 109. l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria.* (Subordinação da polícia judiciária à magistratura). *Art. 112. Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.*

O *Codici di Procedura Penale* de 1988 regulamenta a matéria constitucional no que refere ao comando investigativo exercido pelo MP perante a polícia judiciária chefiando e conduzindo as investigações. De acordo com Turone (2005), Procurador Nacional Antimáfia Substituto, determinados tipos de crime somente conseguem ser investigados por Instituições funcionalmente independentes e ressalta que:

[...] em Itália a independência do MP está fortemente salvaguardada pela unidade entre as carreiras julgadora (judicante) e investigadora (inquirente): enquanto a carreira se mantiver unitária, enquanto juizes e MP forem governados por um mesmo Conselho Superior da Magistratura, qualquer ameaça potencial à independência do MP poderá ser neutralizada,

porque os valores e a cultura da independência do juiz - e as correspondentes garantias - tenderão natural e automaticamente a proteger de maneira adequada também a independência do MP.

O *Pubblico Ministero* aparece inserido no título referente à Magistratura dentro, pois, do Poder Judiciário. É nítido que a Constituição Italiana trata do judiciário de maneira a estabelecer os princípios gerais de seu funcionamento e das garantias aos magistrados e, de forma decorrente, o MP acaba gozando das mesmas garantias. O *Pubblico Ministero* não recebeu nessa Constituição um tratamento diferenciado, no que concerne às garantias, em relação à *magistratura giudicante*. Sua competência, em nível constitucional, é bastante clara no que concerne ao exercício da ação penal e no comando da polícia judiciária, chefiando as investigações, ficando sua organização e funcionamento a cargo de lei.

A Itália ofereceu um bom exemplo de que investigações bem conduzidas por um órgão com independência funcional podem gerar na cúpula política de um país. A partir do início da década de 90, mais precisamente em 23 de março de 1992, iniciou através do MP de Milão a *Operazione Mani Pulite* (operação mãos limpas) que inaugurou uma dura campanha contra a corrupção, lavagem de dinheiro e caixa dois. A operação mãos limpas cuidou basicamente da corrupção na política partidária italiana, mas também se apurou o envolvimento de dirigentes de estatais e grandes grupos econômicos.

As investigações deixaram claro que nas obras públicas o percentual de *comissões* ilícitas variava de 3 a 4% sobre o valor da obra, qualquer que ela fosse: metrô, hospitais, aeroportos, cemitérios etc. O Deputado Vincenzo Balzamo, administrador do partido socialista, reconheceu: “[...] *si, ho rubato, ma rubavano tutti*” (sim, roubei, mas todos roubavam). O ilustre Deputado se referiu às vantagens patrimoniais destinadas ao *caixa dois* do partido e também ao enriquecimento de seus líderes. Nos primeiros dez anos de *operação mãos limpas*, foram investigadas um total de 3.175 pessoas, tendo sido condenadas 1.223 e 160 foram absolvidas, sendo que a prescrição beneficiou 228 réus. Pode-se dizer que essa *operação* ainda não acabou, pois a luta contra a corrupção deve ser contínua (MAIEROVITCH, 2006). Em excelente artigo que trata sobre crime organizado e atuação do MP, Conceição (1999) ao comentar a respeito da ação do MP italiano consignou que:

A Itália utilizou a delação premiada, escutas telefônicas, a penalização dos caixa-dois, punição à corrupção, dentre outros instrumentos para combater o crime organizado, mas nada se comparou com a manifestação popular exigindo um basta à corrupção através do apoio às atividades investigatórias realizadas pelo parquet, mediante envio de telegramas e cartas aos parlamentares.

Pode-se observar que as garantias dadas ao MP pela Constituição da República Italiana, tratando-os como *magistrados investigadores* e estando acobertados pelas mesmas garantias dos *magistrados judicantes* acabam não sendo tão diferentes das garantias dadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Na Constituição italiana, contudo, fica claramente consignado o comando da polícia investigativa pelo MP, sendo essa uma substancial diferença. Sem adentrar no assunto no que concerne à capacidade do MP brasileiro atuar em procedimentos investigativos, é possível se observar na verdade incríveis similaridades entre a situação política da Itália nos anos 90 e revelações que tomaram conta dos noticiários no ano de 2006 no Brasil. Tal fato não merece maiores explicações, mas o exemplo – de que um MP independente, sério e investigativo pode ser bastante perigoso para aqueles que desejam usar o poder como óbice às investigações – é um tanto quanto eloquente.

### 5. Constituição da Nação Argentina

A Constituição da Nação Argentina data de 25 de maio de 1853, tendo sido elaborada por um Congresso Nacional Constituinte e sofreu inspiração do modelo norte-americano, sendo uma república federativa que reparte competências entre o governo central, cujo chefe do Executivo é um presidente e as províncias, cujo chefe do Executivo é o governador. Sofreu várias reformas ao longo da história do país, como em 1860, 1866, 1898, 1949 e, por último, a de 1994. Certo é que a operatividade dessa constituição sofreu constantes interrupções, reduzindo em boa medida sua aplicação, em decorrência de golpes que implantavam governos à margem da legalidade constitucional. É digno de nota que o peronismo, sob pretexto de uma reforma à Constituição de 1853, em 1949 elaborou um novo texto, que vigeu até 1956, quando um movimento cívico-militar implantou novamente o texto de 1853 em sua integralidade. O que acabou acontecendo foi uma sucessão de governos aparentemente constitucionais, mas de caráter militar. Em 1976 toma o poder o Comandante em Chefe das Forças Armadas, tornando o regime muito autoritário e repressivo. Somente durante o mandato presidencial de Raúl Alfonsín (1983 a 1989) é que se tem a plena recuperação do regime democrático (PICÓN, 2001).

Resumidamente, pode-se dizer que, após a reforma constitucional de 1994, o Presidente da República é eleito por um período de quatro anos, possível uma reeleição. O *Congresso Legislativo* é bicameral com representantes do povo (deputados) e das províncias e Capital Federal (senadores). O Poder é descentralizado, sendo que cada uma das províncias e a cidade de Buenos Aires (Capital Federal) detêm competência para elaborar suas próprias constituições. Na cúpula do Poder Judiciário têm-se o Tribunal Supremo, composto por nove juízes, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado. A administração da justiça é compartilhada entre a *Nación* e as *Provincias*; cada uma das províncias e a cidade de Buenos Aires possuem um



judiciário local e autônomo, com divisão de competências em razão da pessoa e da matéria (BRONSTEIN, 2000). Ao judiciário de cada província cabe a administração da justiça comum dentro do território provincial, aplicando a legislação, dependendo da jurisdição sob a qual estejam vinculados assuntos ou pessoas. De acordo com a Constituição, no seu art.116, cabe: “[...] *a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación*”, com exceção dos assuntos que caibam às jurisdições provinciais.

O MP localiza-se na segunda parte da Constituição, que trata dos Poderes da Nação, no Título Primeiro. O Título Primeiro dedica-se às *Autoridades de la Nación*, ou seja, as Autoridades Federais, enquanto o segundo dedica-se aos *Gobiernos de Provincia*. A Seção Primeira do Título Primeiro cuida do Poder Legislativo, a Segunda do Poder Executivo, a Terceira do Poder Judiciário. O MP está disposto na *Sección Cuarta*, portanto inserido no título que trata dos Poderes da Nação, e contém um único artigo, o *Artículo 120* da Constituição:

*Artículo 120.- El ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.*

Em primeiro lugar, de plano observa-se que está garantida a autonomia do MP, com garantias à Instituição, como autonomia financeira e também garantias aos seus membros, como imunidade funcional e irredutibilidade de vencimentos. Quanto a estes aspectos não há maiores problemas. Mas qual é a sua locação dentre os poderes estatais? A este aspecto a doutrina ofereceu interessante resposta. Antes da última reforma constitucional levada a efeito pela Convenção Nacional de 22 de agosto de 1994, já se discutia sobre a locação do MP dentro dos poderes estatais, havendo os que defendessem que ele se localizava no âmbito do Poder Executivo, passando pelos que o inserissem na órbita do Poder Legislativo, e outros ainda que o incluíam na esfera do Poder Judiciário. A última corrente doutrinária era aquela que o concebia como *órgão extrapoder*.

A questão doutrinária foi superada após a referida reforma de 1994, quando se eliminou a indefinição anterior e acabou prevalecendo a última tese, ou seja, o MP, à

luz da Constituição vigente, tem a natureza de um órgão *extrapoder* com autonomia funcional e financeira posicionado na Constituição como um órgão não vinculado, de nenhuma forma, aos demais Poderes constitucionais (CAMINHA, 2004). Conforme ressaltou Caminha (2004) em seu estudo de direito comparado:

O Ministério Público Federal da Argentina, portanto, é um órgão ‘extrapoder’, mercê de sua independência, que tem como corolários a autonomia funcional e a autarquia financeira. Aliás, outra não poderia ser a posição do Legislador da reforma de 1994, dado que a Lei n. 24.309, que autorizou a empreitada da reforma constitucional, ‘[...] habilitou a Convenção Reformadora da Constituição Nacional para debater a inclusão na mesma ‘do Ministério Público como órgão extrapoder’.

Ao comparar a natureza do Ministério Público Federal argentino como um órgão *extrapoder* vem a ser, *mutatis mutandis*, a mesma do MP brasileiro. Contudo essa natureza não é identificada quando se examina os Ministérios Públicos das províncias e da cidade de Buenos Aires (que têm prerrogativas iguais às das províncias). Como um estado federal que é, a Argentina possui províncias que se auto-organizam por constituições próprias e que detêm autonomia para tratar do MP de forma singular. A análise do funcionamento da Instituição MP na Argentina reveste-se de maior complexidade em relação, por exemplo, ao Brasil, que possui as normas gerais de seu funcionamento na Constituição. É possível estudar a Instituição a partir de uma análise da Constituição Federal, sendo de menor importância o exame das normas estaduais, pois as normas contidas na primeira valem para o MP da União e dos Estados, indistintamente.

Na Constituição Argentina não há princípios aos quais as províncias devam obediência na estruturação do seu MP. Nas províncias argentinas, os respectivos Ministérios Públicos têm perfis que nem sempre são coincidentes entre si, ou mesmo com o perfil do Ministério Público Federal. O que se observa na posição tradicional e majoritária no direito comparado provincial é que há uma tendência de inserção do MP dentro da estrutura do Poder Judiciário (CAMINHA, 2004). Ao se examinar como exemplo alguns artigos pertinentes da *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires* verifica-se esta peculiaridade:

## TÍTULO QUINTO

### PODER JUDICIAL

*ARTÍCULO 107.- El Poder Judicial de la Ciudad lo integra el Tribunal Superior de Justicia, el Consejo de la Magistratura, los demás tribunales que la ley establezca y el Ministerio Público.*

*ARTÍCULO 110.- Los jueces y los integrantes del Ministerio Público conservan sus empleos mientras dure su buena conducta y reciben por sus servicios una retribución que no puede ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores. Pagan los impuestos que establezca la Legislatura y los aportes previsionales que correspondan.*

### CAPÍTULO SEXTO - MINISTERIO PÚBLICO

*ARTÍCULO 124.- El Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial. Está a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor o Defensora General y un Asesor o Asesora General de Incapaces, quienes ejercen sus funciones ante el Tribunal Superior de Justicia, y por los demás funcionarios que de ellos dependen.*

*ARTÍCULO 125.- Son funciones del Ministerio Público:*

- 1. Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.*
- 2. Velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.*
- 3. Dirigir la Policía Judicial.*

*ARTÍCULO 126.- El Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces son designados y removidos en la misma forma y con los mismos requisitos que los miembros del Tribunal Superior de Justicia.*

Como visto, o MP, nesta hipótese, integra o Poder Judiciário. Outras duas peculiaridades são visíveis: No inciso três verifica-se que incumbe ao MP, como na Constituição

Italiana, a direção da polícia judiciária. Outra observação é que não há nenhuma menção com relação à ação penal pública, simplesmente porque na Argentina, (*Nación*) e na cidade de Buenos Aires, o MP não é o titular privativo da ação penal pública. Outro aspecto a ser tratado é que, diferentemente do Brasil, em que o controle de constitucionalidade das leis ocorre pela via difusa (sistema americano) e concentrada (sistema austríaco), no qual o MP exerce relevante papel como um dos legitimados do art. 103 da CF/88 a propor ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição Argentina apenas prevê o controle pela via difusa. Neste cenário, pode o MP agir no controle de constitucionalidade das leis apenas quando for parte em algum processo (CAMINHA, 2004).

Complementando o determinado constitucionalmente, a Lei nº 24.946/1998, que funciona como a Lei Orgânica do Ministério Público Federal da Argentina, consigna que o MP acumula as funções de advogar para pobres e incapazes, contudo o proíbe de exercer a advocacia e representação do Estado ou do fisco em juízo, assim como veda o assessoramento permanente ao Poder Executivo. Não obstante isso, o Poder Executivo poderá dirigir-se ao Procurador ou ao Defensor Geral da Nação, conforme o caso, a fim de emitir instruções no sentido de coordenar esforços para tornar mais efetiva a defesa da causa pública, da persecução penal e da proteção dos incapazes, inabilitados, pobres e ausentes (CAMINHA, 2004). Com relação aos interesses transindividuais, não possui o MP atribuições para agir, pois a Constituição argentina atribuiu tal função a outro órgão. Trata-se do *Defensor del Pueblo*, órgão que passará a ser analisado. A primeira peculiaridade é que o *Defensor del Pueblo* encontra-se localizado no Título Primeiro – *Gobierno Federal* – e na Seção Primeira – *Del Poder Legislativo*. Portanto, de plano verifica-se que institucionalmente é diferente do MP e suas funções são elencadas no art. 86 da Constituição Argentina:

*Artículo 86.- El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.*

*El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.*

Com relação aos interesses coletivos e difusos tutelados pelo *Defensor del Pueblo*, os arts. 42 e 43 expressam diretamente sua legitimação:

*Artículo 42- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

*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.*

O dispositivo acima transcrito deixa claro que, não apenas os direitos coletivos e difusos podem ser protegidos pela ação do *Defensor del Pueblo*, mas também direitos humanos ou qualquer direito ou garantia assegurado pela Constituição (PAVAN, 1997). Ao que tudo indica, o *Defensor del Pueblo* age como um *ombudsman*, possuindo também legitimação para agir em juízo, conforme observou Magalhães (2000):

Outros países americanos se inspiraram na figura do ‘Ombudsman’, para criar um defensor dos direitos humanos. A Constituição Argentina, por exemplo, traz a figura do defensor do povo no seu artigo 86 (capítulo sétimo que trata especificamente deste defensor do povo). Esse artigo traz o defensor do povo, como um órgão independente instituído no âmbito do Congresso da Nação, atuando com plena autonomia funcional, sem receber instruções de nenhuma autoridade. Sua missão é a defesa e proteção dos direitos humanos e demais direitos, garantias e interesses tutelados na Constituição daquele país, diante de fatos, atos ou omissões da Administração, exercendo o controle das funções administrativas públicas.

Ante ao exposto, tornam-se possíveis algumas conclusões, e não poderia deixar de ser mencionada uma peculiaridade do sistema argentino que difere bastante do brasileiro. No que diz respeito aos interesses difusos e coletivos, o sistema argentino depositou essa incumbência ao *Defensor del Pueblo*, mas todo cidadão também tem a possibilidade de ingressar em juízo e representar um universo de pessoas que tenham o mesmo direito, conferindo essa mesma legitimidade às associações. Difere, pois, do sistema brasileiro, pois nele pode atuar o MP, a União, os Estados, os Municípios, o

Distrito Federal e os territórios, além das associações legalmente constituídas há mais de um ano, que incluam entre as suas finalidades, objetivos relacionados à tutela que pretendem prestar; ou seja, ficou de fora o cidadão isoladamente (BONICIO, 2005).

Relembrando o estudo da Constituição Portuguesa, é possível observar certa semelhança entre a figura do *Defensor del Pueblo* e do *Provedor de Justiça*. Ambos estão vinculados ao Poder Legislativo, contudo o *Provedor de Justiça* além de não ter poder decisório, não pode anular, revogar ou modificar os atos dos poderes públicos, também não possuem legitimidade para agir em juízo, como o *Defensor del Pueblo*. Sua função acaba sendo apenas de dirigir recomendações. Ao que pode se concluir, o MP argentino, na órbita federal, possui um perfil moderno, com muitas semelhanças com seu análogo brasileiro, sobretudo a independência funcional, tendo como “[...] *función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad*”. Certo é que também ocorrem pontos bastante divergentes, pois, ao que se pode perceber, o exercício da advocacia para pessoas carentes é atribuição do MP, enquanto no Brasil sua atuação nesta área é expressamente vedada pelo art. 128, II, b, da CF/88.

Percebe-se também que as funções do MP brasileiro abarcam as funções análogas às do MP argentino cumuladas com as do *Defensor del Pueblo*. O fato desse último agir como um *ombudsman* faz com que ele se aproxime de muitas das funções extrapenais do MP brasileiro, principalmente no que concerne à proteção dos interesses coletivos e difusos.

## 6. Constituição dos Estados Unidos da América

A Constituição americana data de 1787. Contudo, o direito constitucional americano começou bem antes disso. Sua semente pode-se dizer, brotou do sistema jurídico inglês e do pensamento político do século XXVIII “[...] postos perante as condições peculiares da América do Norte”. Pode se dizer que um racionalismo, bastante temperado pelo empirismo e uma ligação pelo sentimento religioso foi meio caminho para se organizar uma união de Estados livres (MIRANDA, 2003). Esse foi realmente um momento singular na história do Direito, pois a partir da independência, em 1776, e da adoção de constituições rígidas nas treze colônias americanas, surgiram na América os primeiros elementos do constitucionalismo moderno (BARACHO, 2005).

Já no seu preâmbulo, essa Constituição se mostra bem sintética e objetiva, definindo uma “[...] União mais perfeita” como objetivo; invocando os benefícios da liberdade para o presente e futuro, assim como a defesa comum e do bem-estar geral do povo (USA, 1787). É complexo produzir alterações nessa Constituição, visto que somente podem ser aprovadas mediante voto favorável de dois terços dos representantes das

duas casas legislativas (*House of Representatives*, que representa o povo e *Senate*, que representa os Estados), e devendo ser ratificadas por três quartos dos Estados. Como se pode ver, trata-se de uma constituição bastante rígida (USA, 1787). Os que conceberam essa Constituição acreditavam firmemente em uma república com limites constitucionais que propiciasse a criação de uma nação em que houvesse um perfeito equilíbrio entre ordem e liberdade, isso há mais de duzentos anos (BLAUSTEIN, 2004).

Nesse cenário, cada Estado é livre para criar a sua própria Constituição, podendo alterá-la nos limites da Constituição federal, tendo apenas que respeitar a forma republicana. Pode-se entender que esse federalismo não se transformou em regionalismo, pois são amplas e desenvolvidas as funções dos poderes estaduais (MIRANDA, 2003). O que se observa é que os poderes não delegados à União pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos próprios Estados ou diretamente ao povo, como se pode ver: “*Amendment X (1791. )The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*”. (USA, 1787).

Decorrente dessa descentralização administrativa e da possibilidade de cada Estado possuir sua própria Constituição, distribuindo competências e se auto-organizando, o MP norte-americano possui muitas peculiaridades que serão a seguir explicadas. Nos Estados Unidos, existem duas Instituições distintas que exercem o papel análogo ao MP: um ligado ao Poder Executivo Federal, no qual seus membros são indicados pelo chefe do Poder Executivo (Presidente) e outra estadual. Examinando o análogo ao MP federal verifica-se ser seu chefe indicado pelo chefe do Poder Executivo (Presidente) e deve ser aprovado pelo Senado Federal. Possui mandato de quatro anos e pode ser demitido por decisão exclusiva do Presidente, sendo um cargo de confiança.

O *U.S. Attorney General*, chefe da Instituição, é responsável também por chefiar o Departamento de Justiça. Esse por sua vez é chefiado pelo Secretário de Justiça, subordinado diretamente ao Presidente. O *U.S. Attorney General* pode, a seu critério, indicar qualquer promotor para atuar em um caso, visto não exigir o princípio do *promotor natural*, apesar dos promotores serem divididos por distritos (KERCHE, 2002). Na verdade o *U.S. Attorney General* representa o governo em questões civis e criminais, sendo o órgão responsável pela fiscalização da aplicação das leis federais, especialmente as criminais, possuindo alto grau de discricionariedade para tal mister. Seus subordinados, os *U.S. Attorneys*, ocupam cargos de confiança podendo ser demitidos *ad nutum* (KERCHE, 2002). De acordo com as palavras do Senador Patrick Leahy: “*Many people think the role of Attorney General is simply to be the nation’s ‘top cop’, the chief criminal law enforcer. But it is much more. The role of the Attorney General is to serve as America’s lawyer, in civil as well as criminal matters. He is not the President’s lawyer. He is our lawyer* (LEAHY, 2004).

Conclui-se que, a despeito das palavras do senador, os *U.S. Attorneys* exercem sua função atrelados ao comando do Presidente, pois não possuem independência em sua ação, podem ser removidos ou até mesmo demitidos, sem que o Presidente tenha que prestar contas, senão aos seus eleitores, o que é algo bastante sério naquele país. A Constituição americana não menciona absolutamente nada acerca do órgão análogo ao MP. Não existem garantias nem com relação à permanência no cargo, e a conclusão que se pode tirar é que essa Instituição está realmente presa a um paradigma que parece derivado da figura do *Attorney General* pré-revolução americana, ainda na defesa dos interesses do Estado, ou pior que isto, dos interesses do rei ou soberano.

No que diz respeito ao órgão análogo ao MP estadual, a situação muda radicalmente. Os chamados *District Attorneys* pelo nome genérico, ou *County Attorneys* são os responsáveis pela acusação penal na justiça dos distritos e dos Estados norte-americanos, mas suas funções são muito mais complexas, sendo-lhes acometidas funções extrapenais, variando caso a caso, dependendo do Estado. O *Attorney General*, que é o responsável direto pelas ações dos *District Attorneys*, com raras exceções, é eleito diretamente pelos cidadãos do Estado. Esse é o caso, por exemplo, do Estado de Massachusetts.

Com relação às funções extrapenais do *Attorney General's Office*, que seria o nome dessa Instituição, mas que pode variar, dependendo do Estado (ao todo são cinquenta Estados), destaca-se a proteção aos interesses dos consumidores. Nos EUA, há uma vasta gama de agências públicas e privadas que lidam com a proteção do consumidor, e dentro de cada Estado da Federação existem as agências federais e as estaduais. A forma como as reclamações e constatações de não conformidade são tratadas varia enormemente de Estado para Estado, principalmente no que se refere às ações promovidas pelo *Attorney General's Office*.

Em muitos Estados, dentre eles Massachusetts, o *Attorney General* – AG possui o perfil legal traçado para trabalhar como guardião do interesse público, como, por exemplo, a proteção ao consumidor. Em outros Estados, o AG não toma conhecimento da proteção ao consumidor, deixando tal trabalho para advogados privados ou contratados por fundações de proteção ao consumidor. Essa diferença de perfil entre os AG dos Estados foi recentemente demonstrada nas ações contra as companhias de cigarro, nas quais alguns Estados tiveram ações propostas pelo AG com grande força e agressividade, enquanto outros recebiam até mesmo contribuições de tais indústrias. Conforme noticiou o Marsh (1999, p. 13), em alguns Estados da federação Norte-Americana, o AG agia “[...] sided with the industry and in some cases took political contributions from tobacco interests”. É digno de nota também que alguns Estados apresentam barreiras regulatórias pobres devido à natureza das leis locais, bem como da inatividade, incompetência e até mesmo falta de dinheiro, criando um ambiente favorável às más práticas comerciais e à inatividade do AG (MARSH, 1999).



### 6.1 Análise de *Attorney General* no Estado de Massachusetts

Em decorrência de seu perfil bastante arrojado dentro da Federação norte-americana, imprimiu-se o estudo acerca do perfil do *Attorney General Office* no Estado de Massachusetts. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que, apesar do estudo de direito constitucional nos EUA revelar grande proximidade com o direito brasileiro, como, por exemplo, a existência de uma constituição rígida, forma de estado e sistema de governo similares, trata-se de sistema do tipo *common law* americano, com muitas peculiaridades em relação até mesmo com o *common law* britânico. É importante neste tipo de estudo manter a consciência de que a simples *transposição* de conceitos jurídicos deve ser efetuada com muita cautela, a fim de se evitar equívocos (SOARES, 1999).

O primeiro *Attorney General* da Colônia de Massachusetts a ser investido com os poderes que o *common law* permitia foi Benjamin Bullivant, no ano de 1686, como parte da reorganização do sistema judicial. Com a promulgação da *Constitution of Commonwealth* (Constituição da Comunidade) em 1780, a figura do *Attorney General* foi reconhecida e ele passou a ser indicado pelo Governador após a sugestão do Conselho (Mass Const., Part 2, c. 2, § 1, Art. 9). Em 1855, a décima sétima emenda da Constituição do Estado o reconheceu como tendo verdadeiras atribuições constitucionais e, para tal, deveria alcançar seu cargo pelo voto popular (FROTHINGHAM, 1916). Conforme destacado, esse Estado da federação norte-americana possui muitas peculiaridades e um AG de perfil bastante avançado, ganhando destaque dentro dos Estados Unidos em face de sua combatividade e atuação na proteção dos interesses da sociedade (MARSH, 1999).

Dentro do que já foi citado anteriormente, o AG é eleito pelo voto popular, com mandato de quatro anos, assim como o Governador, conforme disposição constitucional expressa no artigo LXIV, podendo eventualmente substituí-lo em caso de vacância deste e do vice-governador (*Lieutenant-Governor*). Sua função apresenta-se tão relevante a ponto de ser a ponte de ligação entre a sociedade e o Poder Legislativo no que concerne à apresentação de emendas à Constituição através de iniciativa popular, de acordo com a previsão constitucional inserta no art. XLVIII. Trata-se do *Initiative Petitions* (MASSACHUSETTS, 1780). Ante a leitura do texto constitucional, que trata do AG em diversos artigos, não se consegue definir sua locação em algum dos Poderes, sendo afirmado que ele não pertence a nenhum dos Poderes do Estado (KERCHE, 2002).

O que se percebe é que a autoridade e independência do AG provêm do respaldo popular conseguido pelo voto. Conforme se pode concluir, essa independência não é desprovida de mecanismos de incentivo por parte dos atores externos à Instituição,

quais sejam os próprios eleitores. Certo é que o AG busca sua reeleição para o cargo ou utiliza-se dessa posição como um trampolim para disputar outros cargos, como o de Governador, por exemplo. Portanto, o AG deve levar em conta não só aspectos legais, mas observam também os desejos de seus eleitores. Enquanto, no caso do *U.S. Attorney*, o fator de influência é o Poder Executivo, no caso do Estado de Massachusetts a principal influência é a dos eleitores (KERCHE, 2002).

Em decorrência do acima exposto, a atuação do *Attorney General's Office* reveste-se de peculiaridades que o colocam em posição extremamente avançada dentro das Instituições análogas no cenário estudado, merecendo análise alguns pormenores de sua atuação. A fim de elucidar uma série de aspectos relacionados ao *Attorney General*, foi realizada uma entrevista com Antony J. Melius, *Special Assistant to the Attorney General* Thomas F. Reilly, no dia 5 de maio de 2005. A entrevista foi transcrita e será reproduzida aqui com seus textos traduzidos para facilitar a leitura. Foi perguntado a Melius qual seria a função básica do AG no Estado de Massachusetts, ao que ele respondeu que o AG é o *advogado chefe* e o oficial para o cumprimento da Lei no Estado, representando a comunidade na maior parte das questões em que haja relevante interesse social. O *Office of the Attorney General* é localizado na cidade de Boston, a capital, e é composto de cinco agências (*bureaus*) a fim de que a especialização dos profissionais seja melhor aproveitada. Os *bureaus* são os seguintes: *Executive, Business and Labor Protection, Criminal, Government, and Public Protection*, sendo que cada um é subdividido em seções e unidades que se reportam ao *Attorney General*. Melius informou que, apesar do escritório principal ser localizado em Boston, o AG é representado em outras regiões por escritórios regionais localizados no centro, oeste e sudeste do Estado e que possuem total infra-estrutura para permitir aos cidadãos o mais conveniente acesso em sua região. São conhecidos como *escritórios satélite*. Foi questionado se o AG pertencia efetivamente ao Poder Executivo ao Legislativo ou ao Judiciário, ou não está filiado a nenhum Poder, ao que Melius respondeu que:

[...] o AG não está locado formalmente, nem subordinado a nenhum dos três poderes. Em tempos históricos havia uma subordinação ao Poder Executivo, que posteriormente foi transferida à vontade popular. Na história de nosso Estado é bem possível perceber quando ocorreu a transição do poder concentrado no Rei e no Parlamento Britânico para o poder concentrado no povo. A história de nosso Constitucionalismo é bem interessante e mostra a forma como tudo ocorreu nessa transferência de poder, sendo que nós temos bastante orgulho disso. Hoje o AG é eleito pelo voto popular.

O fato de termos como lei suprema da comunidade (*Constitution of Comonwealth*) a mais antiga Constituição escrita do mundo, traz impactos significativos na vida política, e tais influências

marcaram aqueles que dela participam. Como curiosidade aponto nos tempos modernos a figura de John F. Kennedy que aqui nasceu e começou sua vida pública.

Mas, voltando ao assunto, é possível afirmar que o AGO age de forma independente e funciona inclusive dentro de uma estrutura própria, e esta é a função do *Executive Bureau* (Agência Executiva). Sua função é o desenvolvimento e manutenção da infra-estrutura da agência, habilitando o escritório para trabalhar produtiva e efetivamente no benefício da Comunidade e dos cidadãos. Seria como uma 'agência de serviços' dentro do *Attorney General's Office* que supre toda a administração, faz a supervisão e treinamento dos funcionários, além de funções especializadas como a coordenação de negócios legislativos, que busca o aprimoramento da legislação através de sugestões ao Poder Legislativo, relações com a mídia e informações ao público [...].

Argumentou-se com o entrevistado que era perceptível a amplitude das competências do AG e que elas envolviam a fiscalização das relações e do meio ambiente de trabalho, sendo-lhe então questionado como funcionava a *Business and Labor Protection* (Agência de Proteção aos Negócios e ao Trabalho). O entrevistado informou que essa agência, assim como as outras, é ligada diretamente ao AG e trabalha em ações no combate a crimes que gerem repercussão econômica contra empresas, trabalhadores, seguradoras, pacientes que necessitam de cuidados médicos e contra menores. Portanto, vai além da fiscalização de relações de trabalho. É uma agência que trabalha com setores bastante sensíveis e com direitos que se incluem entre os direitos coletivos e é subdividida. Dentre as divisões merece destaque as seguintes:

a) a *Fair Labor and Business Practices Division* (Divisão de Práticas Honestas no Trabalho e nos Negócios) – essa divisão é encarregada de proteger trabalhadores de condições ilegais de trabalho e de promover um justo ambiente de trabalho dentro da comunidade. Verifica o cumprimento das leis trabalhistas do Estado, o pagamento de um salário mínimo aos trabalhadores e investigações sobre o não pagamento de salários, trabalho infantil, etc;

b) unidade de controle de fraudes no seguro-saúde (*Medicaid Fraud Control Unit*) – essa unidade é responsável pela investigação e persecução penal dos fraudadores de seguro saúde (*Medicaid*) e de outros programas de seguro social do governo. O trabalho é feito em conjunto com investigadores federais, promotores e força policial. O trabalho também é concentrado na investigação e persecução penal a instituições e profissionais que recebem fundos governamentais de saúde e mantêm práticas abusivas, atuam com negligência ou exploram pacientes.

Sobre a preocupação que se percebeu existir não apenas com relação à prática delituosa em si, mas também com as repercussões que essas atividades causam à sociedade, foi perguntado ao entrevistado qual seria o foco que o AG busca: a eliminação de atividades criminosas porque simplesmente violam a lei ou porque geram consequências negativas na sociedade, ao que Melius respondeu:

Acredito que os dois, mas as repercussões que as atividades criminosas geram na sociedade é algo que possui enorme importância, pois um crime não punido gerará outros mais, mas as consequências geradas pela ação criminosa precisam também ser combatidas. Para nós, tanto é verdade que foi criada, dentro do *Criminal Bureau*, a *Victim Compensation and Assistance Division* (Divisão de Compensação e Assistência às Vítimas), que provê assistência financeira às vítimas de crimes e a seus familiares em caso de homicídio, buscando aplicar a Lei Estadual de Compensação às Vítimas de Crimes Violentos (*State's Victims of Violent Crime Compensation Act*) [...]. Outra importante iniciativa dentro do mesmo Bureau foi a criação da *Victim/Witness Assistance Division* (Divisão de Assistência às Vítimas/Testemunhas), que foi criada em 1994 com o objetivo de conceder assistência psicológica e emocional às vítimas e testemunhas a fim de facilitar sua recuperação e participação na persecução penal do autor do crime. Outro objetivo é construir parceiros na comunidade que possam auxiliar o Estado nestes objetivos. Por falar em trabalho junto à comunidade, um importante projeto criado em 1993 pelo *Office of the Attorney General* foi o *Safe Neighborhood Initiative*, ou seja, a Iniciativa para a Vizinhança Segura, que propiciou um modelo de trabalho direto entre os residentes na comunidade e as forças governamentais visando a ação coordenada de prevenção e intervenção, além da revitalização de vizinhanças deterioradas. Junto com este projeto, pode-se citar iniciativas de reinserção de ex-apenados à sociedade, trabalho para jovens, treinamento de pessoal intercultural nas comunidades etc.

Nesta mesma linha de raciocínio foi criada a Divisão de Fraudes Contra Seguros (*Insurance and Unemployment Fraud Division*). Esta divisão é encarregada de atuar no cumprimento da lei e evitar atividades fraudulentas no pagamento de benefícios de seguro desemprego e nos demais seguros, como seguros contra incêndio, acidentes pessoais, vida, saúde, etc, sejam públicos ou privados. O objetivo maior é evitar que o público em geral carregue o peso de pagar prêmios inflados devido aos custos representados pela atividade fraudulenta. As perdas relacionadas às fraudes atingem inicialmente a companhia, sendo em um segundo momento repassadas à sociedade.

Sobre o poder de investigação do *Attorney General's Office*, Melius informou que a investigação é fundamental à atividade do AG, visto não ser possível promover a persecução penal sem uma investigação bem feita. Aquele que vai fazer a acusação deve participar da colheita da prova de forma que essa prova esteja dentro da conformidade, pois, do contrário, não será útil. Essa é uma segurança para a comunidade e para a correta aplicação da lei, ademais, não é possível fiscalizar o cumprimento da lei sem investigação. A maior parte das atividades envolve investigação e muitas dessas atividades são atribuídas a policiais especializados. Existe no *Criminal Bureau* a *State Police Detective Unit* que é formada por oficiais da Polícia Estadual de Massachusetts cedidos ao AG, com a finalidade de investigar crimes em toda a sua jurisdição, além de assistir os *District Attorney* e outras unidades da polícia estadual e municipal na investigação de crimes. Essa unidade também trabalha, muitas vezes, em conjunto com forças federais em casos de mútuo interesse. Outro exemplo de atividade investigativa é o *Special Investigations and Narcotics Division* (Divisão de Investigações Especiais e Narcóticos) que investiga e faz a persecução penal de indivíduos e organizações envolvidas em condutas criminosas continuadas ou que envolvam mais de uma jurisdição. Essa Divisão atua no combate a numerosas atividades criminosas, como distribuição de drogas em larga escala e distribuição ilegal de armas de fogo. Possui uma unidade encarregada de buscar o confisco de bens utilizados nessas atividades criminosas (*Asset Forfeiture Unit*), que, após serem recuperados, são aplicados de acordo com a legislação a respeito.

Com relação ao combate à corrupção, Melius relatou que o AG também atua muito utilizando sua capacidade investigativa. A corrupção dentro do Estado é um dos maiores males a serem combatidos, pois leva ao descrédito das instituições. O AG atua fortemente no combate a essas práticas, através da *Corruption, Fraud & Computer Crime Division*, que investiga uma ampla variedade de crimes de *colarinho branco* como corrupção de autoridades estaduais e locais, desvio de fundos públicos, fraude em relações de consumo praticadas em larga escala, desfalques cometidos por *hackers* etc.

Foi questionado ao entrevistado sobre a atuação do AG em crimes ambientais e ele respondeu que, ao se estudar a história recente do Estado, é possível verificar que a industrialização desordenada fez com que o Estado de Massachusetts estivesse dentre os mais poluídos do país. Chegou-se a ter noventa por cento das águas superficiais poluídas. O Porto de Boston, um motivo de orgulho pela sua história, estava completamente poluído, o *Charles River* que corta a cidade e é um dos cartões postais estava fortemente poluído e exalava odor pútrido. A virada de mesa se deu ao final da década de 1970, quando se percebeu o quanto se estava perdendo com esse estado de coisa. A legislação foi alterada e ações duríssimas contra os poluidores foram tomadas, além da implementação de vários projetos de recuperação. Hoje o

*Boston Harbor* voltou a ser motivo de orgulho e o *Charles River* está completamente despoluído podendo ver as pessoas se banhando nele no verão, além, é claro, das águas de superfície que hoje possuem qualidade bastante satisfatória.

A manutenção desta situação tem um preço, que é a constante vigilância, e o AGO possui um papel fundamental. No que se refere a atividades criminosas contra o meio ambiente, dentro do *Criminal Bureau* existe a *Environmental Crimes Strike Force* - ECSF (Força Tarefa Contra Crimes Ambientais), que é uma equipe formada por múltiplas agências, que, ao mesmo tempo, investiga e promove a persecução penal aos que violam as leis de proteção ao meio ambiente. O trabalho ocorre em cooperação entre o AGO, o *Secretary of Environmental Affairs* (Secretário de Negócios do Meio Ambiente), o *Department of Environmental Protection* (DEP) e *Massachusetts Environmental Police*. O ECSF fornece profissionais preparados legal e cientificamente na identificação de violações ao meio ambiente, avaliação do impacto na saúde pública e no meio ambiente, a fim de bem conduzir a persecução penal dos crimes ambientais.

Com respeito à atuação do AGO na proteção de direitos constitucionalmente assegurados, Melius informou que esta é a parte mais nobre do trabalho. Com relação à proteção do público em geral, existe o *Civil Rights/Civil Liberties Division*, integrado ao *Public Protection Bureau*, que busca formas de implementar e fiscalizar o igual acesso à justiça, igual acesso ao crédito, educação, serviços públicos e a empregos. Esta divisão também ingressa com ações que visem assegurar a aplicação da Primeira Emenda à Constituição Americana, visando a proteção à liberdade religiosa, privacidade, liberdade de escolha, além de investigar e punir má conduta policial.

Foi ponderado ser nacionalmente conhecida a ação do AG de Massachusetts com relação à proteção aos direitos dos consumidores, ao que Melius confirmou que a atuação é bastante reconhecida e isso é motivo de orgulho para eles. A atuação do AG com relação à proteção ao consumidor se dá de várias formas de atuação através de agências especializadas. A primeira delas está inserida no *Public Protection Bureau*, que é a *Consumer Protection/Antitrust Division*, que fiscaliza a correta aplicação da Lei de Proteção ao Consumidor (*Consumer Protection Act*) e outras afins, tanto federais quanto estaduais. Essa Divisão investiga denúncias de consumidores de práticas desleais e ilegais, ingressando com ações que visem ao ressarcimento dos danos e a imposição de penalidades civis. Seu campo de ação é qualquer relação de consumo, ou seja, compras e serviços, englobando aquisição de casas, veículos, educação, crédito, serviços de saúde, sendo dada especial ênfase aos consumidores mais vulneráveis como idosos e outros particularmente vulneráveis, sujeitos a esquemas fraudulentos.

Ao ser questionado se o AG pode então advogar como meio para atingir seus objetivos Melius informou que o AG funciona como um grande escritório de advocacia, buscando sempre o bem comum da comunidade. Como visto esse *escritório* é compartimentalizado a fim de concentrar profissionais especializados nas áreas pertinentes, aproveitando os potenciais de cada um. Além das áreas já descritas, o AG também atua representando em juízo autoridades e agências estaduais nas cortes estaduais e federais, inclusive em grau de recurso, a respeito da legalidade das ações governamentais, inclusive emitindo os pareceres legais do AG. Essa Divisão chama-se *Administrative Law Division*.

Foi argumentado então que, já que o AG é incumbido de representar autoridades do Estado, mas também investigar e processar eventualmente tais autoridades, tais incumbências se chocam e são incompatíveis. Melius respondeu afirmativamente que, realmente, tratam-se de atribuições incompatíveis. Contudo, a atuação na defesa de autoridades se resume a ações como representantes do Estado, agindo dentro de suas atribuições e competências. Fora do âmbito de atuação dentro da legalidade, uma autoridade será investigada e processada pelo AG com o maior rigor possível, pois atividades ilícitas não estão dentre as atribuições das autoridades.

Perguntou-se acerca da autonomia funcional no AG, já que o AG é quem detém as atribuições constitucionais para agir e o faz com independência, ao que Melius respondeu afirmativamente. O AG delega as atribuições e permite que os promotores ajam com independência, de acordo com suas convicções, sendo inaceitável qualquer intromissão no trabalho que esteja se desenvolvendo. O entrevistado informou também que o AG atua na fiscalização dos Poderes do Estado. Suas atribuições são no sentido de representar a comunidade para que os limites constitucionais e legais sejam respeitados. Qualquer um que desrespeite limites constitucionais e legais que gerem repercussões negativas ao bem comum poderá ser investigado e processado. Informou, ainda, que quem atua na fiscalização do AG é toda a comunidade. Devido às suas próprias funções, o AG está sob uma fiscalização constante por parte de todos, e a liberdade de imprensa é fundamental neste aspecto. O *Attorney General* deve explicações de suas ações a toda a comunidade, pois, sendo um cargo eletivo, se ele não cumprir bem o seu papel haverá muitos a apontar seus erros, e, com certeza, não será mais eleito.

Essa entrevista foi muito esclarecedora sob os aspectos até então desconhecidos, visto que, em geral, os estudos de direito comparado se concentram na análise comparativa de legislações e constituições de Estados soberanos, raramente chegando ao detalhismo de se abordar constituições estaduais ou provinciais. Nos Estados Unidos da América, a maior parte dos estudos de direito comparado requer uma abordagem à Constituição e legislação infraconstitucional dos Estados, visto que, pelas peculiaridades de

como foi formado o país, através da agregação de Estados independentes, ocorreu o surgimento, ou melhor, a manutenção de Estados com muita autonomia política.

No que se refere ao estudo do AGO no Estado de Massachusetts, percebe-se que ela é uma Instituição avançada, ligada e fiscalizada diretamente pela sociedade, possuindo atribuições extremamente relevantes e, ao que tudo indica, bastante ligada à atuação extrapenal. Essa atuação revela seu comprometimento com os interesses sociais e com os interesses coletivos e difusos, na medida em que se revela preocupada com questões relacionadas ao meio ambiente, consumidores, idosos e incapacitados, assim como com a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Essa atuação revela-se imensamente ligada a uma atuação política e comprometida, sendo que no cumprimento de seu papel tem na atividade investigativa sua grande arma.

## 7. Conclusões

A pura e simples comparação de sistemas jurídicos e realidades diferentes não é a forma de se trabalhar com direito comparado, mas o estudo de tendências pode ser bastante esclarecedor, principalmente quando se traçam cenários prospectivos e se estudam mecanismos de aprimoramento do Direito (TAVARES, 2005). A análise desses textos constitucionais, no que tange ao funcionamento dos órgãos análogos ao MP, forneceu uma pequena amostragem dessa dimensão do Direito Constitucional Comparado. Tal estudo reveste-se de especial importância na medida em que o pesquisador deve seguir as pistas do conhecimento científico a que se propõe pesquisar, e a investigação da experiência de outros laboratórios merece atenção especial (KHUN, 2000).

O estudo de Direito Constitucional Comparado pode oferecer subsídios no que tange ao aperfeiçoamento do Direito pátrio à luz de elementos colhidos na experiência constitucional estrangeira. Tal experiência torna-se importante pelo fato de se permitir a análise de tendências e, além disso, verificarem-se os efeitos causados por determinadas ações e procedimentos no que concerne ao funcionamento de Instituições análogas ao MP brasileiro. É importante estar atento que, neste tipo de abordagem, os juízos de valor pesam menos que a real compreensão das diferenças (TAVARES, 2005).

Ante a análise empreendida, percebe-se uma tendência de vanguarda do MP, como Instituição, estar em um processo de deslocamento contínuo em direção à sociedade civil nas democracias ocidentais, atuando como seu órgão e assumindo, em muitos casos, amplas funções extrapenais. Suas ações revelam-se, em regra, intensamente ligadas a uma atuação política e comprometida com os interesses sociais. Certo é que o MP brasileiro revela-se bastante avançado quando comparado a seus análogos nas importantes democracias ocidentais estudadas, tendo o estudo mostrado que seu *status* constitucional revela-se à altura dos desígnios traçados pelo legislador constituinte originário ao conceber essa Instituição como o fez.



## 8. Referências bibliográficas

ARGENTINA. *Constitución de la Nacion Argentina de 25 de maio de 1853*. Disponível em: <http://www.portalabogados.com.ar/biblioteca/>. Acesso em: dezembro de 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.101, n. 380, p. 149-177, jul./ago. 2005.

BLAUSTEIN, Albert P. *A Constituição dos EUA: o produto de exportação mais importante do país*. Constitucionalismo e Democracias Emergentes. Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0304/ijdp/blaustein.htm>. Acesso em: 21 jan. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2006.

BUENOS AIRES. Constitución (1996). Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/index.htm>. Acesso em: dezembro de 2005.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. *O Ministério Público no Brasil e na Argentina*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4800>. Acesso em: 28 set. 2005.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação civil pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. *O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1018>. Acesso em: 16 jan. 2006.

DUHAMEL, Olivier. *O espírito da república*. Disponível em: <http://www.france.org.br/abr/label/label21/index/i21.html>. Acesso em: 25 set. 2005.

FRANÇA. Constituição (1958). Disponível em: <http://www.premier-ministre.gouv.fr/pt/p.cfm>. Acesso em: 15 set. 2004.

FROTHINGHAM, Louis Adams. *A brief history of the Constitution and Government of Massachusetts*. Cambridge: Harvard University, 1916.

ITÁLIA. Constituição (1947). Disponível em: <http://www.circoloitalianodiamparo.uli.com.br/event>. Acesso em: 15 set. 2004.



ITÁLIA. Codice di Procedura Penale. 22 settembre 1988. Disponível em: <[http://www.tutticodici.it / Codice % 20p.p. % 20libro%20I%20art%201-108.html](http://www.tutticodici.it/Codice%20p.p.%20libro%20I%20art%201-108.html)>. Acesso em: 20 dez. 2005.

KERCHE, Fábio. *Controle democrático e o sistema judicial: o Ministério Público brasileiro em perspectiva comparada*. Disponível em: <[http://www.cienciapolitica.org.br / encontro / instpol1.3.doc](http://www.cienciapolitica.org.br/encontro/instpol1.3.doc)>. Acesso em: 20 dez. 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEAHY, Patrick. *The role of the attorney general and why history will repeat itself*. Disponível em: <[http://talkleft.com / new\\_archives / 008728.html](http://talkleft.com/new_archives/008728.html)>. Acesso em: 22 jan. 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O diretório não partidário, o legislativo municipal e o ombudsman*. Disponível em: <[http://www.juxtalegem.com.br/artigos/O\\_Diretorio\\_Nao\\_Partidario.php](http://www.juxtalegem.com.br/artigos/O_Diretorio_Nao_Partidario.php)>. Acesso em: 18 jan. 2006.

MAIEROVITCH, Walter Fonganiello. Mani pulite: fim de uma geração: magistrados históricos do MP de Milão deixam o pool da operação mãos limpas. Disponível em: <http://www.ibgf.org.br/>>. Acesso em: 15 jan. 2006.

MARSH, Gene A. *Consumer protection law*. 3.ed. West Group, St. Paul, MI, 1999.

MASSACHUSETTS. Constitution (1780). Disponível em: <<http://www.mass.gov/legis>>. Acesso em: 8 set. 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 7.ed. Tomo I. Lisboa: Coimbra Editora. 2003.

PICÓN, Fernando Reviriego. *Las Constituciones de Iberoamérica*. Disponível em: <[http://www.uc3m.es / uc3m / inst / MGP/consibam.htm](http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/consibam.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2006.

PORTUGAL. Constituição (1976). Disponível em: <<http://www.presidencia-republica.pt/pt/republica/constituicao>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2004.



SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14\\_analucia.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_analucia.html)>. Acesso em: 20 dez. 2005.

TURONE, Giuliano. *O problema da coordenação entre vários organismos do ministério público em Itália*. Disponível em: <<http://www.smmp.pt/artigos/artigo3.html>>. Acesso em: 21 dez. 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution (1787). Disponível em: <<http://www.house.gov/house/Educate.shtml>>. Acesso em: 21 jan. 2005.

## 2.4 OS NOVOS CONQUISTADORES – AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO

Promotora de Justiça do Estado do Maranhão  
Mestre e Doutora em Ciências Penais pela UFMG  
Professora da Pós-Graduação do CEUMA e da  
Escola Superior do Ministério Público do Maranhão  
Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os mecanismos da conquista. 3. O conceito e a caracterização de crime organizado e organização criminosa. 4. Sugestões político-criminais. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

Em sua obra *Origens do totalitarismo*, Arendt (1989, p. 155-156) distingue a *expansão* como escopo maior e permanente da política, apresentada como idéia central do imperialismo, da *conquista*, não implicando a primeira a pilhagem temporária ou a assimilação duradoura, traços da segunda. A expansão imperialista, sob o lema *expansão por amor à expansão*, defendido pela burguesia, objetivaria o permanente aumento da produção industrial e das transações comerciais, considerados alvos principais do séc. XIX. Nesse sentido, explica a autora, os britânicos, adeptos do modelo grego de colonização, mas não da arte romana de forjar um império, buscaram moldar seu império abandonando os povos conquistados aos mecanismos de sua própria cultura, religião e lei, conservando-se à distância e evitando a difusão da cultura e do direito britânicos. Por conseguinte, ao invés da conquista de povos estrangeiros pela imposição de sua lei, os colonizadores ingleses fixavam-se nos territórios recém-conquistados, preservando, em qualquer lugar onde se estabelecessem, a condição de membros da mesma nação britânica. Os franceses, por sua vez, diversamente dos britânicos e de outras nações européias, teriam chegado a tentar, mesmo antes da Segunda Guerra Mundial, uma composição de *ius* com *imperium*, que lhes permitisse criar um império dentro da antiga tradição romana, apto à propagação da cultura francesa, de forma a procurar converter a estrutura política da nação em uma estrutura política imperial. Esclarece, ainda, que o imperialismo tem como marca o fato de as instituições nacionais se manterem separadas da administração colonial, possibilitando-se-lhes, todavia, o exercício de controle, em contraposição às estruturas imperiais genuínas, nas quais as instituições da nação-mãe se integram de diversos modos às do império que forjam (ARENDR, 1989, p. 158-161). Assim, o imperialismo “[...] não é construção de impérios, e expansão não é conquista.” (ARENDR, 1989, p. 160).

Voltemos mais no tempo. Ao tempo da conquista da América. Ao tempo dos lendários conquistadores espanhóis. Ao tempo de Francisco Pizarro e Fernão Cortés. Partindo de versos do poeta Pablo Neruda, Ruggiero Romano analisa os três elementos que, configurando um mecanismo quando vistos em seu conjunto, teriam possibilitado a conquista do Novo Mundo, nos séculos XV e XVI, pelos europeus, com destaque para os espanhóis: a espada, a cruz e a fome. Quanto ao elemento da *espada*, ressalta que a superioridade do armamento dos brancos sobre o dos índios pode ser identificada em três pontos fundamentais, isto é, pelas armas de fogo, representando uma grande superioridade de natureza psicológica e uma possibilidade maior de luta à distância; pelos meios de transporte, *in casu* o cavalo, oferecendo uma extraordinária mobilidade; e, finalmente, pela utilização do aço, significando armas de ataque e de defesa portadoras de resistência infinitamente maior. A *cruz* faz alusão ao papel da religião na conquista espiritual e mesmo material, militar, da América (ROMANO, 1995, p. 13-17). A *fome*, o último elemento, aparece como consequência de um processo de desestruturação, em que toda “[...] uma certa ordem de coisas foi levantada: ritmos de trabalho; tipos de cultura; tipos de vida: tudo foi mudado ou, ao menos, consideravelmente modificado” (ROMANO, 1995, p. 21), de maneira que a desestruturação constitui um elemento determinante da conquista, tornando-se, após sua efetivação, “[...] um instrumento da manutenção da supremacia de certos grupos que surgem como dominadores da conquista.” (ROMANO, 1995, p. 23).

Terceiro milênio, séc. XXI. Na era da globalização, os impérios e os conquistadores de ontem não são uma mera lembrança perdida nas areias do tempo. Os impérios, é verdade, são outros, com novos templos e fachadas, como são outros os conquistadores, com novos atores e roupagens, mas ainda sim são impérios forjados por novos protagonistas e velhas estratégias<sup>1</sup>. Estratégias adaptadas aos novos tempos. Não nos referimos aqui ao imperialismo exercido pelas nações hegemônicas de hoje. Referimo-nos ao império ou, mais exatamente, aos impérios edificados por outra espécie de conquistadores, aqueles para quem, ao contrário da distinção de Arendt (1989), a expansão é conquista: as organizações criminosas, dimensão essa mais claramente detectável quando elas atingem o patamar da transnacionalidade. Os novos conquistadores não perseguem terras, mas mercados. São empresas do crime, em busca do lucro incessante<sup>2</sup>. Concentram-se em uma ou em várias atividades ilícitas.

<sup>1</sup> Um paralelo interessante com esse fenômeno de sobrevivência transfigurada dos impérios pode ser encontrado na observação de Freud (1997, p. 18-19) com respeito à vida mental: “Talvez devêssemos contentar-nos em afirmar que o que se passou na vida mental *pode* ser preservado, não sendo, *necessariamente*, destruído. [...] Podemos apenas prender-nos ao fato de ser antes regra, e não exceção, o passado achar-se preservado na vida mental”.

<sup>2</sup> Kelsen (2000, p. 276) assenta, entretanto, que os objetivos econômicos são sempre meios para outros objetivos: “Não é possível separar a esfera econômica das outras esferas da vida humana, pois, para a realização de outros fins que não os econômicos, os meios econômicos são necessários e os fins últimos nunca são econômicos; os fins econômicos são sempre meios para novos fins.” Não é muito diferente a opinião de Aristóteles (1979, p. 52), pelo prisma do indivíduo: “Quanto à vida consagrada ao ganho, é uma vida

Não conhecem fronteiras e não respeitam a soberania dos Estados. Organizam-se segundo uma hierarquia, dentro de uma estrutura preponderantemente vertical ou horizontal. Em regra, a partir de um *território* que lhes serve de base – que pode ser uma cidade, um estado, uma região ou um país –, expandem-se por cobiça de dinheiro<sup>3</sup> e poder<sup>4</sup>, mediante redes, que os tornam, já em estágios mais avançados, impérios transnacionais, em conexão com outros impérios igualmente sedentos de lucro<sup>5</sup>. Não operam unicamente no mercado ilícito; compram negócios lícitos, possuem participação em bancos e empresas legítimas, dedicam-se ao *branqueamento* do dinheiro *sujo* e à sua reciclagem para fins de reutilização tanto em atividades lícitas como ilícitas, manipulam mercados financeiros. Sugam os recursos das nações, por intermédio de roubos, furtos, apropriações indébitas, peculatos, sonegações fiscais, fraudes<sup>6</sup> difusas.

Mas o que os faz imensamente danosos aos Estados e às suas sociedades e à democracia em particular não é somente a sua capacidade de penetração no mercado econômico-financeiro local, nacional ou mundial, nem tampouco o expressivo grau de lesividade patrimonial, econômica, fiscal ou financeira em potencial de suas operações, porém, sobretudo, a sua habilidade de infiltração nos pilares do Estado e das instituições

forçada, e a riqueza não é evidentemente o bem que procuramos: é algo de útil, nada mais, e ambicionado no interesse de outra coisa”.

<sup>3</sup> “O dinheiro é o elemento mais abstrato e ‘impessoal’ que existe na vida humana. Quanto mais o mundo da economia capitalista moderna segue suas próprias leis imanentes, tanto menos acessível é a qualquer relação imaginável com uma ética religiosa de fraternidade.” (WEBER, 1980, p. 245). Essas palavras bem se aplicam ao capitalismo praticado pelas organizações criminosas.

<sup>4</sup> A busca e a consecução de lucro está ligada à busca e à consecução de poder, como nota Dworkin (2000, p. 31): “O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere”.

<sup>5</sup> Vários autores indicam a busca do lucro como característica do crime organizado, por exemplo, Maia (1997, p. 16-17; 26); Gomes (2000, p. 8); Sznick (1997, p. 26); Pellegrini e Costa Junior (1999, p. 39); Caciagli (1996, p. 114). Assaz emblemáticas são as palavras de um desertor mafioso de alto escalão à Comissão Parlamentar Antimáfia, em testemunho de 9 de fevereiro de 1993, reproduzidas e comentadas por Sterling (1997, p. 222): “O que nos aborrece mais é quando vocês tiram nosso dinheiro. Preferimos ficar na cadeia e guardar o dinheiro a ser livres sem ele – isto é a coisa mais importante”, explicou o desertor de alto escalão Gaspere Mutolo à Comissão Parlamentar Antimáfia. Em poucas palavras, esse é o problema e a solução, em ordem inversa. O dinheiro é a razão da existência dos grandes sindicatos do crime e, como os cabelos de Sansão, a origem de sua força. Tirá-lo é a solução. Encontrá-lo é o problema.” A persecução do lucro configura, inclusive, fator distintivo das organizações criminosas em relação aos grupos terroristas: “A busca do lucro é outra característica da organização criminosa que a diferencia de grupos terroristas que possuem um cunho eminentemente ideológico e subversivo da ordem constituída, mediante atos terroristas.” (LAVORENTI, 2000, p. 24).

<sup>6</sup> A título de curiosidade, a fraude está presente no Inferno visualizado por Alighieri (1998, p. 86): “*D’ogne malizia, ch’odio in cielo acquista, / ingiuria è ’l fine, ed ogne fin cotale / o con forza o con frode altrui contrista. / Ma perché frode è de l’uom proprio male, / più spiace a Dio; e però stan di sotto / li frodolenti, e più dolor li assale*”. “De malícia qualquer que o Céu malquista, / o fim sempre é uma afronta que, afinal, / com violência ou com fraude outrem contrista. / Sendo a fraude do próprio homem um mal, / Deus mais a execra, e exacerba os tormentos / dos dolosos no círculo abissal.” (Tradução de Italo Eugenio Mauro).

sociais e políticas. Assim, tecem arditamente teias que comprometem as mais sólidas estruturas estatais. Procuram conquistar o Estado por dentro, corroendo suas entranhas com o ácido da corrupção, do tráfico de influência, da troca de favores. Financiam campanhas políticas, elegem membros de suas hostes ou pessoas comprometidas com seus objetivos, subornam agentes do Poder Público. Intimidam e matam<sup>7</sup> jornalistas, policiais, políticos, membros do Ministério Público, juizes e quaisquer outros que lhes oponham resistência, além de submeterem seus afiliados a uma estrutura hierárquica e a um regime disciplinar. Menos recorrem à violência ou dela dependem para assegurar-lhes a impunidade quanto mais conquistam poder via corrupção<sup>8</sup>. Objetivam a neutralização da eficácia da atuação de agentes do Estado e, especialmente, do seu aparelho de persecução penal. Sua lei é a do silêncio, a *omertà*. Quando estabelecidos em um território negligenciado pelo Poder Público, sujeitam as populações sob seu domínio a um regime de medo, ao mesmo tempo em que buscam ganhar-lhes a tolerância, a condescendência, a simpatia ou até o apoio, conforme prevaleça o exercício do lado *amedrontador* ou *generoso* – com o escopo de conquista de alguma espécie de *legitimação popular* –, prestando-lhes assistência social, mediante relações clientelistas, nos campos da saúde pública, alimentação, segurança, habitação, entre outros, salientando-se ainda a oferta de empregos, bem precioso em um mundo atormentado pelo fantasma onipresente do desemprego. Seus valores não são exatamente estranhos à comunidade ou à sociedade em que primeiro espalham os seus tentáculos, pois transbordam da mesma fonte donde jorram os valores da cultura local.

Quanto ao seu *modus vivendi*, como bons conquistadores, assimilam e são assimilados, recrutando o seu exército tanto das camadas economicamente inferiores da sociedade como das mais privilegiadas. Com respeito ao seu *modus faciendi*, ao se expandirem, tornam-se mais sofisticados em termos de organização interna, com a geração e manutenção de novas células, e estabelecem relações cada vez mais complexas com o mundo circundante. São conquistadores sem pátria, no senso de que não justificam suas ações *em nome* do Estado, embora se façam presentes em sua engrenagem, direta ou indiretamente, o que dificulta sobremaneira o seu combate. Para eles,

<sup>7</sup> Na imagem poética de Alighieri (1998, p. 86), os homicidas e os assaltantes ocupam o mesmo círculo no Inferno: “*Di violenti il primo cerchio è tutto;/ma perché si fa forza a tre persone,/in tre gironi è distinto e costruito./A Dio, a sé, al prossimo si pòneffar forza, dico in loro e in lor cose,/come udirai con aperta ragione./Morte per forza e ferute dogliose/nel prossimo si danno, e nel suo avere/ruine, incendi e tollette dannose;/onde omicide e ciascun che mal fiere,/guastatori e predon, tutti tormenta/lo giron primo per diverse schiere*”. “O círculo primeiro é o dos violentos/e, sendo em três pessoas sua incidência,/este, em giros, tem três repartimentos./A Deus, a si e ao próximo a violência/pode ofender – pessoas ou suas fruições –/como ouvirás com maior minudência./Morte violenta e pungentes lesões/dão-se às pessoas, enquanto, aos seus valores/ruína, incêndio e duras extorsões;/e portanto: homicidas, malfeitores,/ladrões, falsários são os que atormenta/o primo giro, grupos de infratores.” (Tradução de Italo Eugenio Mauro).

<sup>8</sup> “De se ver que a utilização da violência normalmente diminui na razão direta da obtenção pela OC de maior poder político através da corrupção.” (MAIA, 1997, p. 16).

decididamente, a expansão *é* conquista, conquista de mercados, de poder<sup>9</sup>, de adeptos, dentro e fora dos aparelhos estatais. Não estabelecem uma relação de paralelismo com o Estado, porquanto o paralelo significa linhas que jamais se tocam, o que não traduz a conexão estrutural ou funcional das organizações criminosas com o Poder Público ou com seus representantes.<sup>10</sup> Esses novos conquistadores não surgiram com a globalização, mas certamente, em sua estratégia expansionista de busca de poder e lucro, são por ela extremamente favorecidos. Não teriam a dimensão de danosidade social que alcançaram sem a rede por ela proporcionada. Isso não quer dizer, por exemplo, que todas as organizações criminosas sejam transnacionais, porém que as mesmas, à medida que se sofisticam e ostentam uma estrutura mais complexa, em moldes sempre empresariais, caminham para a transnacionalidade, servindo-se da globalização econômico-social e cultural e adaptando-se às configurações variadas e às novas oportunidades do mercado. Aproveitam-se do capitalismo em sua feição desorganizada e das vulnerabilidades da democracia, mas não são exclusividade deles.

## 2 . Os mecanismos da conquista

No melhor estilo dos antigos conquistadores espanhóis do séc. XVI, as organizações criminosas empregam mecanismos efetivos para a conquista: a *espada* (todo o arsenal tecnológico, todas as armas, todas as técnicas e estratégias utilizadas para abalar as estruturas econômicas, sociais, políticas e jurídicas, os alicerces do Poder Público e das instituições em geral, seja pela intimidação, seja pela corrupção, seja pela manipulação do sistema financeiro, seja pela lavagem de dinheiro), a *cruz* (a imposição de sua *religião*, de sua cultura, de seu *código de honra*, enfim, de suas regras e normas, que se espelham em valores *ajustados* da própria sociedade, incluindo a *lei*

<sup>9</sup> Além da persecução do lucro, a busca do poder também figura entre os objetivos das organizações criminosas. Sobre o assunto, ver, a título de exemplificação, Maia (1997, p. 17; 24; 26); Gomes (2000, p. 6; 8); Caciagli (1996, p. 109). Pellegrini e Costa Junior (1999, p. 22), referindo-se à Cosa Nostra siciliana, vão adiante e defendem que a consecução de mais poder e não tanto a persecução do lucro é que anima os seus membros. Lavorenti e Silva (2000, p. 23), por outro lado, sustentam que a organização criminosa não visa à obtenção do poder estatal, mas ao “comprometimento dos agentes públicos e infiltração de seus homens”, exercendo influência sobre a postura e conduta oficiais e, em certos casos, conforme a sua força e desenvolvimento, chegando a determiná-las, de modo a usufruir, oculta e sub-repticiamente, das benesses a serem oferecidas.

<sup>10</sup> Mingardi (1994, p. 3) rechaça veementemente a tese do Estado “paralelo”, para tal empregando dois argumentos básicos. No primeiro, ele parte de uma definição weberiana de Estado – “Comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física” – para sustentar que ela “[...] implica que só pode existir um Estado de cada vez, representado por aquele grupo detentor do monopólio de violência física”, de sorte que, caso “[...] o crime organizado o detivesse seria ele próprio o Estado”; no segundo, ele utiliza precisamente a explicação das linhas paralelas, que “[...] são aquelas que nunca se encontram. Isso significaria dizer que o poder do Estado e do crime organizado também nunca se encontram. Para refutar isso basta levar em conta o número de funcionários públicos, de todos os escalões, envolvidos com organizações criminosas. Com frequência a própria imprensa acusa membros do Executivo, Legislativo ou do próprio Judiciário desse envolvimento”.



e o *voto* do silêncio, com o propósito de garantir a impunidade e a disciplina de suas *tropas*) e a *fome* (não há mercado sem consumidores, não há empresas criminosas direcionadas para a expansão de seus negócios, sem clientes ávidos pelos produtos proibidos, como a droga, ou escassos, como os objetos de contrabando, oferecidos pelo mercado ilícito).

A *espada* reúne todos os instrumentos, como os tecnológicos, todos os meios e estratégias, como a violência, o clientelismo (ou assistencialismo) e a corrupção, e todas as modalidades diretas e indiretas de infiltração no Estado, na política e na economia legítima e de conexão com o Poder Público e com seus agentes, à disposição das organizações criminosas para a consecução de seus fins de lucro e poder. No atinente aos instrumentos tecnológicos usados, são eles variados e cada vez mais sofisticados. Os novos conquistadores utilizam meios informáticos e de telecomunicação de que nem mesmo o Estado dispõe. Exemplificam esse elevado grau de tecnificação, comumente fora do alcance dos órgãos oficiais incumbidos da persecução penal, as antenas parabólicas de escuta à distância, os gravadores com capacidade para a captação de sons a grande distância, traspassando até paredes, a aparelhagem de comunicação telefônica e radiofônica intercontinentais, a comunicação por microondas ou satélites, os receptores clandestinos de emissões de imagem, as câmeras fotográficas auxiliadas por raios *laser*, as fotocopiadoras de alta resolução freqüentemente empregadas para a alteração do teor de documentos, as microimpressoras de precisão utilizadas na falsificação de cheques e cartões de crédito, entre outros instrumentos.

A *cruz* reflete todo o conjunto de comportamentos (como os rituais de iniciação), símbolos, regras e normas (como a *lei do silêncio*), alguns dos quais sob a chancela do sagrado, que promove a hierarquia, estimula a obediência e orienta a disciplina dos membros da organização criminosa, que mimetiza regras e normas da sociedade e do próprio Estado, que procura afirmar valores sociais em seu benefício, perseguindo um certo nível de *legitimidade*, e que dissemina um clima de medo ou uma espécie de respeito *reverencial*, no seio da comunidade, visando assegurar a impunidade.

O terceiro mecanismo, a *fome*, significa que esses novos conquistadores necessitam de um mercado de consumidores<sup>11</sup> dos bens e serviços ilegais por eles fornecidos. A *fome* se refere tanto à ação das organizações – sempre à procura de novos mercados, continuamente em busca da expansão de seus negócios – quanto às *necessidades* dos *consumidores*, ávidos pelos produtos ilegais oferecidos.

<sup>11</sup> “Assim, o fundamento da ordem internacional é a liberdade dos indivíduos. Desta forma, o reinado do mercado gera o reinado do consumidor, substituto comercial (despolitizado) do cidadão: o bem público é o bem privado” (FERRAZ, 2002, p. 23). A asserção, conquanto não se refira propriamente ao mercado ilícito operado pelo mundo do crime organizado, para ele é válida, guardadas as peculiaridades, mas acentuadas as afinidades, até porque as organizações criminosas também podem ser encontradas em atuação no mercado lícito, mesclando atividades legais com ilegais.

### 3. O conceito e a caracterização de crime organizado e organização criminosa

Sob a âncora, em especial, de Sutherland (1983) e Hassemer (1994; 1998), e a partir do exame e da comparação de estudos, teorias e posicionamentos, no campo da doutrina jurídico-penal e da pesquisa histórica e criminológica, de várias legislações e diplomas estrangeiros e internacionais, da legislação penal e processual-penal em vigor no Brasil e de alguns projetos de lei concebidos no país, consideramos como características da organização criminosa as seguintes: a) estabilidade e permanência da associação; b) número mínimo de três membros, sendo mais comum a existência de numerosos integrantes, geralmente, contando com a colaboração eventual de outras pessoas; c) sofisticação estrutural, embora mínima, com molde e planejamento empresarial, capacidade de adaptação, padrão hierárquico, liderança definida, sistema implícito ou explícito de normas comportamentais, regime próprio de disciplinamento, especialização e divisão de tarefas, seleção rigorosa de novos membros e tendências expansivas e monopólicas no tocante à exploração de certas atividades ilícitas; d) fim de cometimento de uma série indeterminada de infrações penais, muitas sem vítimas diretas ou com vítimas difusas, pelo objetivo prioritário do lucro, da acumulação de riqueza e da obtenção de poder que facilite a consecução do lucro e assegure a impunidade; e) ligação estrutural ou funcional com o Poder Público ou com alguns de seus representantes, preferencialmente autoridades públicas, sobretudo pela corrupção, visando à neutralização da persecução penal e da ação política e governamental direcionada à repressão, para a sobrevivência e otimização de seus negócios e a garantia de impunidade<sup>12</sup>; f) penetração no sistema econômico, marcada pela formação e promoção do desenvolvimento e da manutenção de mercado econômico paralelo, mediante o atendimento da demanda de consumidores por bens e serviços ilícitos e por bens e serviços lícitos, porém produzidos ou distribuídos ilegalmente, e pela infiltração no mercado econômico oficial, por intermédio da utilização de empresas legítimas;<sup>13</sup> g) grande capacidade de perpetração de fraude

<sup>12</sup> “Fundamental nas estratégias de organização de crimes desta natureza, emerge o componente *conexão com o poder público*, elemento este que se destina a neutralizar as ações do Estado, tendentes a combater o crime organizado.” (GOMES, 2000, p. 3).

<sup>13</sup> Deveras pertinente é a asserção de Maia (1997, p. 24): “Reafirme-se, todavia, que, mais grave do que este fornecimento de bens e serviços ilícitos no mercado econômico paralelo e ilegal, é a segunda estratégia de obtenção de lucro e poder consubstanciada na imbricação do crime organizado com as empresas atuantes no mercado legítimo.” Essa participação das organizações criminosas no mercado lícito objetiva a obtenção de uma cobertura insuspeita para as suas atividades, acompanhada dos benefícios de semelhante “legitimação”: “*Es muy importante dentro de este tópico señalar que toda organización criminal desarrollada, además de procurar esa planificación estratégica y táctica, un modo de actuar racional y cierto nivel de distribución de roles, pretende establecer dependencias recíprocas estrechas entre las actividades ilegales y legales; le interesa participar también en el mercado legal para tener así una ‘segunda pierna’ de apoyo o ‘cobertura táctica’ para poder encubrir y ocultar sus negocios ilícitos y, fundamentalmente, para obtener grandes beneficios operando en la ‘zona gris’ de la economía. A efectos de ‘legitimar’ parte de sus actividades resulta imprescindible esa telaraña de protectores y patrocinantes en las esferas de la policía, justicia, política y economía, que forman una fundamental zona intermedia en torno al grupo delictivo sin la cual*”

difusa; h) considerável poder de intimidação, com imposição da regra do silêncio e recurso à violência<sup>14</sup> e a ameaças contra quaisquer pessoas, interna ou externamente, que lhe possam representar ameaça à existência como associação ilícita ou à preservação ou expansão dos negócios; i) uso de instrumentos e recursos tecnológicos avançados, principalmente em termos de telecomunicação, informática e armas; j) emprego do assistencialismo, objetivando alcançar algum grau de *legitimação* social, pela conquista da simpatia, do respeito, da tolerância ou, pelo menos, do silêncio das comunidades carentes sob sua área de influência, dificultando os mecanismos da persecução penal; k) cultivo de valores e padrões comportamentais compartilhados por uma parcela social; l) territorialidade<sup>15</sup>, isto é, delimitação de *território*, que se refere ao monopólio ou compartilhamento acordado da exploração de atividades ilegais em determinadas zonas de influência e/ou de determinados ramos de atividades ilegais, permanecendo os espaços físicos sob a tutela oficial do Estado, em regra, ainda que negligenciados por este, por opção deliberada ou não de seus agentes, havendo situações, todavia, de crescente ameaça aos pressupostos de soberania do Estado; m) estabelecimento de uma rede<sup>16</sup> de conexões com outras organizações ou grupos criminosos do país e com instituições e setores sociais, econômicos, políticos

*estas organizaciones perderían su capacidad de adaptación y de integración, dentro de ciertos marcos, a las actividades legales.*” (CERVINI, 1997, p. 267-268). “É muito importante dentro deste tópico assinalar que toda organização criminosa desenvolvida, além de procurar essa planificação estratégica e tática, um modo de atuar racional e certo nível de distribuição de papéis, pretende estabelecer dependências recíprocas estreitas entre as atividades ilegais e legais; interessa-lhe participar também do mercado legal para ter assim uma ‘segunda perna’ de apoio ou ‘cobertura tática’ para poder encobrir e ocultar seus negócios ilícitos e, fundamentalmente, para obter grandes benefícios operando na ‘zona cinza’ da economia. Com a finalidade de ‘legitimar’ parte de suas atividades, resulta imprescindível essa teia de protetores e patrocinadores nas esferas da polícia, justiça, política e economia, que formam uma fundamental zona intermediária em torno do grupo delituoso, sem a qual estas organizações perderiam sua capacidade de adaptação e de integração, dentro de certos marcos, às atividades legais.” (Tradução nossa).

<sup>14</sup> Entre os homicídios conhecidos como “excelentes” na história do crime organizado na Itália, praticados pela Cosa Nostra siciliana, sobressaem-se os dos magistrados Giovanni Falcone (na carnificina de Capaci, na qual pereceram cinco pessoas) e Pietro Borsellino (na carnificina de via D’Amelio, na qual tombaram seis pessoas), do prefeito de Palermo, General Dalla Chiesa, do presidente da Região Siciliana Mattarella e do deputado La Torre. (PELLEGRINI, 1999, p. 15). A Colômbia, como muitos outros países, tem igualmente sofrido com a ação de suas organizações criminosas, tendo sido assassinados, nos últimos anos, doze ministros da Suprema Corte, quatro candidatos à Presidência da República, dois ex-ministros da Justiça, quase uma centena de promotores de justiça e juizes, uma dezena de jornalistas, além de 2000 policiais, pela tentativa de resistência ao avanço do poder do narcotráfico. (CATTANI, 2003).

<sup>15</sup> Chiavario (1994, p. 28) enfatiza a territorialidade como característica das organizações criminosas, sem olvidar uma outra, a transnacionalidade, que não é incompatível com aquela. Daí a sua menção às organizações “[...] robustamente radicadas sobre o território mas já também com estreitas ligações e ramificações internacionais”.

<sup>16</sup> O nível de análise da rede nos possibilita, na visão de Cervini (1995, p. 139), por um lado compreender as conexões existentes entre o setor do crime organizado e os quadros legítimos da vida social, econômica e política da comunidade, fazendo, por outro, com que avaliemos o real alcance de outras duas características essenciais do crime organizado, que seriam a coordenação de atividades por meio de uma estratégia global e a transnacionalização.

e culturais; n) transnacionalidade ou tendência à transnacionalidade, significando a internacionalização de suas atividades ou operações ilegais, a exemplo da lavagem de dinheiro, e o estabelecimento de alianças com organizações ou grupos criminosos de outros países, formando uma rede de conexões.

Algumas anotações se fazem necessárias. Procuramos aí reunir os traços peculiares a grande parte das organizações criminosas reconhecidas no mundo. Nem todas as características elencadas são essenciais à identificação de uma organização criminosa, algumas tendo incidência eventual, como é o caso do assistencialismo e da transnacionalidade. Alguns dos atributos listados pertencem ao núcleo comum compartilhado pelas organizações criminosas e por meras quadrilhas, como se dá em relação ao cunho de estabilidade e permanência inerente à associação ilícita e à finalidade de prática de uma série indeterminada de infrações penais (ou especificamente crimes, conforme o tipo do art. 288, *caput*, do Código Penal brasileiro). Outros traços podem ser também encontrados nas indigitadas quadrilhas, conquanto apareçam em maior escala nas organizações criminosas, o que é válido, *exempli gratia*, para o emprego de instrumentos e recursos tecnológicos avançados, para a utilização abusiva da violência e para a territorialidade, as duas últimas caras às tradicionais gangues que assombram muitas cidades pelo mundo.

Não há qualquer fator étnico na caracterização de uma organização criminosa. Nem tampouco é uma questão de procedência socioeconômica. A pobreza não é um fator decisivo para a configuração do crime organizado. Os fatores biológicos e psicológicos, em associação aos sociológicos, podem oferecer explicações razoáveis e baseadas em critérios científicos para a identificação parcial ou total da(s) causa(s) do engajamento de determinados indivíduos em práticas delituosas, incluindo as relacionadas ao crime organizado, contudo somente os fatores sociológicos podem fornecer subsídios para a apreensão do fenômeno *sub examine* como um todo, em face do seu caráter sociológico. E, tratando-se de ilícito associativo, a noção de crime organizado conduz à constatação de que o comportamento das pessoas envolvidas no crime organizado é, sobretudo, aprendido – o que implica a convicção de que as pessoas não treinadas nas técnicas e atividades do crime organizado não inventam tal comportamento – em interação com aqueles que definem esse comportamento criminoso de modo favorável, a parte mais relevante da aprendizagem acontecendo no seio da organização criminosa, e em isolamento daqueles que o definem de maneira desfavorável, sendo que a opção pelo comportamento criminoso se verifica se o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis, tanto para o traficante de drogas das favelas, quanto para o criminoso de colarinho branco e o agente público corrompido a ele ligados. As organizações criminosas arregimentam seus membros e colaboradores eventuais, indistintamente, do *underworld* e do *upperworld*. A conexão com o *upperworld*, aliás, revela-se inevitável, pela infiltração no mundo *engravatado*

dos negócios e pela conexão de natureza estrutural ou funcional com o Poder Público ou com alguns de seus agentes, como autoridades públicas e políticos, maiormente pela via da corrupção. Sem tal conexão, não há organização criminosa possível, podendo, no máximo, constituir uma quadrilha organizada, dependendo de seu nível estrutural. Essa é a característica primordial, o fator mais distintivo, das organizações criminosas. Outro atributo diferencial é exatamente a ligação estreita com o sistema econômico, propiciando a formação de um mercado econômico paralelo e a infiltração na economia legal.

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

Nossa opção pela quantidade mínima de três integrantes deve-se à constatação de que *três* é um número que melhor expressa o caráter de associação do que *dois*, este mais apropriado para a noção de mero acordo (DIAS; ANDRADE, 1992, p. 35). E *três* já pode traduzir uma associação com especialização e divisão de tarefas, razão pela qual deixamos de lado o *quatro*, número mínimo adotado pelo art. 288, *caput*, do Código Penal pátrio. *Três* é igualmente a quantidade mínima de pessoas prevista nos artigos 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a *associação para delinquir* e a *associação de tipo mafioso*; no art. 282 *bis*.4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, diploma processual espanhol, sobre a *delinquência organizada*; e no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre a *associação ilícita*.

Quanto à estruturação da organização criminosa, pode ela ser prevalentemente vertical (piramidal) ou horizontal. A configuração de uma estrutura predominantemente horizontal não implica, de maneira alguma, a ausência de qualquer tipo de relação hierárquica, esta inerente a qualquer organização criminosa, independentemente de seu nível de sofisticação ou formato estrutural<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> A opção por uma estrutura horizontal no seio de uma organização criminosa não implica desconsideração pela hierarquia. É o que evidencia Gomes (2000, p. 5), ao apontar características comuns do crime organizado na doutrina. Para ele, um ponto comum reside na “[...] associação de um número determinado de pessoas”, a qual “[...] pode ocorrer de forma circunstancial ou estável e permanente, agindo em conjunto ou

No que tange ao fim de cometimento de *infrações penais*, pensamos abranger a expressão todo o universo de ilícitos penais visado pelas organizações criminosas no mundo, evitando-se eventuais discussões sobre o significado e o alcance de termos como *crime* ou *delito* nas diferentes legislações.

O objetivo prioritário de lucro e poder voltado para a obtenção de mais lucro – o cunho não ideológico, como preferem Kenney e Finckenaue (1994, p. 3) – é o que efetivamente distingue as organizações criminosas *stricto sensu* das organizações terroristas, que, por sua vez, podem ostentar vários dos traços essencial ou eventualmente atribuídos às primeiras, como o considerável poder de intimidação, este inerente à própria natureza dos métodos das últimas (tática do terror), a utilização de instrumentos e recursos avançados, o cultivo de valores compartilhados por uma parcela social, o estabelecimento de uma rede de conexões, a transnacionalidade e o assistencialismo, entre outros, além do traço básico da estabilidade e permanência.

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

através da divisão de tarefas, dentro de uma estrutura hierarquizada verticalmente, ou mediante ações decididas através de uma estrutura horizontal, o que, neste caso, não invalida a hierarquia, do momento em que sempre constata-se (sic) que um ou alguns dos integrantes deste estrato horizontal possuem *status* de maior relevo, através da idade, antiguidade, influência, inteligência ou qualquer outra manifestação de poder”. Muitas organizações criminosas ainda hoje adotam a estrutura vertical. Um exemplo clássico é a Máfia siciliana. Vejamos a estrutura típica de uma célula familiar mafiosa: “A estrutura organizacional foi descoberta pelo depoimento dado por Buscetta ao juiz Falcone. Para muitos, Buscetta conhecia o organograma vigente até 1980. Daí a importância do pentito Messina e a visão atualizada da organização: toda célula familiar tem uma cabeça e uma cauda. A cabeça é integrada, na ordem de importância, pelo representante (chefe), sottocapo (imediato), capodecina (o chefe de um grupo de dez soldados) e consigliere (pessoa da assessoria do chefe, por vezes advogado ou contador).” MAIEROVITCH, 1995, p. 104). Todavia, conforme alguns, a tendência no crime organizado parece ser a horizontalização: “Segundo especialistas, as Máfias estão se horizontalizando, ou seja, deixando a forma piramidal de organização, propícia ao aparecimento da figura do capo, patrino etc.” (MAIEROVITCH, 1995, p. 76).

negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa.

Reconhecemos o estágio deficitário dos estudos criminológicos no Brasil acerca do tema do crime organizado e das organizações criminosas. Nosso conceito criminológico, contudo, é uma tentativa de captação da essência das organizações criminosas existentes no mundo, incluindo as brasileiras. Porque falamos de um fenômeno global, não exclusivamente brasileiro. Mais que isso, é um fenômeno que tem sido objeto de numerosos estudos em outros países, como nos Estados Unidos e na Itália, alguns dos quais, é certo, propagadores de uma visão mítica sobre o crime organizado, porém muitos propiciadores de subsídios valiosos para a sua compreensão. É natural que haja diferenças entre as organizações criminosas nativas e alienígenas, em face dos distintos fatores e circunstâncias envolvidos, entretanto, o que as identifica como parte do mesmo fenômeno está nos seus elementos em comum.

#### 4. Sugestões político-criminais

As estratégias e medidas para o enfrentamento do crime organizado devem representar contra-mecanismos, preventivos e repressivos, idealizados como um conjunto de mecanismos adequado ao controle do fenômeno, por visar evitar, atingir ou comprometer condições e circunstâncias favorecedoras de tal modalidade delituosa. A Política criminal também precisa empunhar a sua *espada*, erguer a sua *cruz* e orientar a sua *fome*. Conseqüentemente, para o correto enfrentamento do desafio imposto pelas organizações criminosas, é necessário que o Estado reconheça, em primeiro lugar, que o crime organizado não é um fenômeno restrito ao submundo da criminalidade, envolvendo igualmente o universo engravatado do crime de colarinho branco, tão bem descrito por Sutherland (1983); que é da estratégia de seus grupos perseguir a infiltração no Poder Público e a neutralização da ação de seus representantes pela corrupção, em todos os seus aspectos, ou pela intimidação; que, embora sendo da natureza dos mesmos atuar no mercado ilícito, procuram também, à medida que cresce sua sofisticação estrutural, penetrar no mercado legítimo da economia e das finanças; que é da tendência dessas associações buscar a manutenção e a expansão de seus negócios a qualquer custo, inclusive para além das fronteiras nacionais. Em segundo lugar, convém que o Estado se prepare estratégica e estruturalmente para combater as organizações criminosas, seu *modus operandi* e suas atividades ilegais.

Principiemos pela *cruz*. Como alicerce de qualquer política preventiva ou mesmo repressiva, é mister que seja implementada uma política educacional ambiciosa, em todos os níveis de ensino, desde o fundamental até o universitário, que semeie uma mentalidade baseada na ética das relações pessoais, sociais, jurídicas, políticas e econômicas e na valorização dos frutos do trabalho honesto, do esforço pessoal e

coletivo e do mérito. Uma mentalidade não macunaímica, na qual as idéias do *jeitinho brasileiro* e da confusão entre o privado e o público não encontrem guarida. Uma mentalidade própria do verdadeiro cidadão que cobra do Estado e está disposto a fazer a sua parte, que sabe que a *pequena* corrupção, a do dia-a-dia, não é melhor que a *grande* corrupção das autoridades públicas, merecendo ambas a mesma atitude de indignação e repulsa, que rechaça a concepção de que há cidadãos *acima da lei*.

Passemos à *espada*. Devem ser adotadas providências legislativas, jurídicas e/ou administrativas que propiciem uma maior seleção e acompanhamento do agente público, tendo em conta o seu histórico, as suas conexões e a sua conduta; que estabeleçam instrumentos contínuos e mais eficazes de detecção da corrupção em órgãos públicos, sobretudo os mais diretamente ligados à persecução penal, para fins de punição dos agentes públicos envolvidos e de preservação da eficiência dos referidos órgãos; que determinem um maior controle das operações financeiras e fiscais, do financiamento das campanhas eleitorais e das relações entre empresas e candidatos eleitos por elas apoiados; que criem instrumentos mais eficazes de combate à lavagem de dinheiro e à penetração das organizações criminosas em empresas legítimas; que busquem um maior nível de cooperação internacional; que ditem a perda, em caráter específico e efetivo, primeiro cautelarmente, depois definitivamente, de bens e valores acumulados pelos membros das organizações criminosas e pelos colaboradores eventuais, tendo como parâmetro máximo o dano infligido ou o proveito logrado, como resultado de suas ações ilícitas; que gerem a formulação e execução de políticas e programas socioeconômicos, educacionais e culturais que beneficiem comunidades carentes, particularmente vulneráveis à atuação de criminosos organizados, preenchendo um espaço atualmente negligenciado pelo Estado; que protejam o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Polícias de ingerências políticas; que previnam o corporativismo e o nepotismo no seio dessas instituições e de todos os órgãos públicos em geral e incentivem a integração interinstitucional de esforços, a especialização e o compartilhamento de experiências e dados; que reconheçam ao Ministério Público o legítimo e devido papel de protagonista na luta contra a criminalidade em geral e a organizada em particular, no comando das investigações criminais, com estrutura e poderes compatíveis, tendo a Polícia Judiciária e os órgãos técnicos correlatos sob sua tutela administrativa; que valorizem a instituição policial como um todo, reorganizando-a, nos moldes do grau de profissionalização da Polícia Federal, dando-lhe condições para a constituição, de maneira uniforme, de um corpo mais preparado, quantitativa e qualitativamente, para o exercício de suas funções, com setores de alta especialização, e dotando-a de recursos materiais, incluindo os de avançada tecnologia, condizentes com o nível de sofisticação estrutural e tecnológica alcançado pelas organizações criminosas; que imponham as necessárias alterações à legislação penal e processual penal, em especial, como a previsão do tipo penal da organização criminosa e da possibilidade de indisponibilidade de bens dos envolvidos em tal espécie



associativa, para garantir a concretização final da pena de perda de bens; que tornem a Justiça mais rápida, sem abrir mão da segurança, mais proporcional, sem abrir mão de sua universalidade, de sorte a reduzir ao máximo a impunidade, mormente entre aqueles que, historicamente, mais têm dela desfrutado; que autorizem a aplicação do Direito premial em casos pertinentes, ligados especificamente à incidência do crime organizado; que aperfeiçoem o sistema de proteção às vítimas e testemunhas e aos colaboradores da Justiça; que restrinjam as situações de tratamento diferenciado para determinadas categorias profissionais, quando injustificadas e favorecedoras de impunidade, afastando-se qualquer possibilidade de ampliação das mesmas, a exemplo da questão da prerrogativa de foro em razão da função para as ações de improbidade administrativa, além de tudo, inconstitucional; entre outras.

A *fome* não é menos relevante. Não é possível qualquer política criminal bem sucedida sem a correspondente vontade política para efetivá-la. Nem é possível uma efetiva política criminal desacompanhada de políticas públicas nas áreas econômico-sociais, educacionais e culturais. Outro elemento é a necessidade de conscientização do consumidor dos bens e serviços das organizações criminosas, mediante programas e campanhas ostensivas, de seu papel na manutenção e expansão das mesmas, oferecendo-lhe caminhos lícitos alternativos. Em alguns casos, de menos potencial ofensivo, a descriminalização da atividade poderia ser adotada, como é o caso do jogo em geral e do jogo do bicho em particular, que passariam a ser explorados, no Brasil, pela iniciativa privada, sob rígido controle e regulamentação do Estado. Devemos aprender com a lição deixada pela *Lei Seca* americana, que tanto fomentou o crime organizado naquelas plagas.

Como medidas concretas para o enfrentamento da questão do crime organizado – mas não limitadas a esse propósito –, sugerimos, por exemplo: a) a implantação de uma ampla política educacional, de cunho sistemático e permanente, em todos os níveis de ensino, do fundamental ao universitário, que promova uma mentalidade baseada na ética das relações pessoais, sociais, jurídicas, políticas e econômicas e na valorização dos frutos do trabalho honesto, do esforço pessoal e coletivo e do mérito, em disciplinas voltadas especificamente para a Ética e a Filosofia ou cujo conteúdo programático inclua noções nesse sentido, em todos os níveis de ensino, do fundamental ao universitário, e em todos os cursos universitários; b) a introdução do art. 288-A no Código Penal pátrio, contendo a figura típica da organização criminosa, com definição apoiada na Criminologia; c) a previsão da indisponibilidade e perda de bens, em nosso ordenamento jurídico, especificamente para casos envolvendo a incidência do crime organizado ou do crime de colarinho branco; d) a descriminalização do jogo no Brasil; e) a inserção do Ministério Público no Capítulo III, Título IV, da Constituição Federal, que trata do Poder Judiciário, via emenda constitucional, passando a integrar um de seus órgãos, mantidos os princípios da unidade, indivisibilidade e independência

funcional, as mesmas garantias e vedações e funções institucionais ampliadas, assim fortalecendo tanto o *parquet* como a Magistratura, tal como a conhecemos hoje, mas sem possibilidade de comunicação entre os dois ramos da mesma hipotética carreira jurídica, não só quanto à passagem de membros de um para outro, mas também quanto ao quinto constitucional, que seria extinto; f) a ampliação<sup>18</sup> das funções institucionais do Ministério Público, no tocante à explícita conferição, em sede constitucional, do poder de investigação e de requisição, nos procedimentos administrativos de sua competência, de dados, informações e documentos bancários, financeiros e fiscais, assegurado o seu sigilo, sob pena de responsabilização criminal, além da previsão de tutela administrativa da Polícia Judiciária e dos órgãos técnicos correlatos; g) a criação, de modo sistemático e interligado, de Promotorias de Justiça ou Procuradorias, conforme a hipótese, umas especializadas na investigação criminal e no combate ao crime organizado, outras, no combate à improbidade administrativa, no âmbito dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, atendendo à demanda dos casos; h) a formação, de maneira disseminada e integrada, de centros de apoio operacional, na estrutura do Ministério Público, especializados em casos envolvendo a configuração de crime organizado e/ou de improbidade administrativa; i) a criação, como estratégia sistemática e integrada, de grupos federais ou estaduais de combate ao crime organizado<sup>19</sup>, compostos por membros do *parquet*, com atribuições na área da apuração e repressão, dispondo de recursos humanos e materiais próprios, com o apoio de um corpo de investigadores e peritos, operando complementarmente à atuação do órgão do Ministério Público com atribuições naturais; j) a reestruturação e valorização das Polícias, com o crescimento de seus efetivos, a maior capacitação, profissionalização e especialização de seus integrantes, o aumento de recursos materiais à disposição e o fortalecimento de suas corregedorias, visando à punição ágil e eliminação do corpo policial dos envolvidos em condutas ilícitas como a corrupção; k) a sedimentação, na jurisprudência, particularmente do Supremo Tribunal Federal, do entendimento de que não há foro privilegiado para autoridades públicas, quaisquer que sejam, rés em ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, quando no exercício da função pública ou após o seu cessamento; l) a extinção ou limitação extrema dos casos ensejadores de imunidade parlamentar; m) a vinculação da nomeação para cargo em comissão à condição de concursado da pessoa a ser nomeada, devendo ser eliminada, por efeito de emenda constitucional, a expressão “[...] ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, contida no art.

<sup>18</sup> Embora pensemos que a Constituição Federal, em uma interpretação sistemática, seguida pela legislação infraconstitucional, já autoriza o Ministério Público a conduzir investigações criminais e a quebrar o sigilo bancário, financeiro e fiscal de investigados, em procedimentos administrativos de sua competência, reconhecemos que os dois assuntos são controversos, sendo preferível que haja uma “ampliação” explícita dos poderes conferidos ao *parquet*, como meio de evitar questionamentos desnecessários acerca da licitude da prova produzida e da legitimidade do órgão que a produziu, que só favorecem a impunidade.

<sup>19</sup> É o caso do Grupo Estadual de Combate às Organizações Criminosas – GECOC, criado pela Resolução nº 006/2002, do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. (MARANHÃO. *Diário Oficial do Estado*. Diário da Justiça, p. 139-140).

37, II, *in fine*, da Constituição Federal, em combate ao câncer do nepotismo, que *dribla* e compromete o processo de seleção dos candidatos ao exercício do mister público, o qual deve, *a priori*, ser rígido, impessoal, transparente, e que mina o tratamento eqüitativo e a afirmação do mérito nas fileiras do serviço público; n) a instituição de um processo de seleção mais rigoroso do agente público e de instrumentos mais efetivos de controle da admissão de candidaturas eleitorais, com a exigência de comprovação documental deveras minuciosa e acurada acerca da idoneidade dos candidatos, e do exercício do mandato de candidatos eleitos; o) a inclusão do crime organizado<sup>20</sup> e do terrorismo, quando comprovadamente revestidos do traço da transnacionalidade, no rol dos delitos sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º do Estatuto de Roma).

Deter-nos-emos aqui um pouco mais em três das sugestões listadas, que consideramos de vital relevância para a implementação de uma política criminal bem sucedida, no terreno da persecução penal dirigida contra o crime organizado: o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público, em regime próprio; o acesso direto do *parquet*, nos procedimentos administrativos de sua competência, a dados, informações e documentos bancários, financeiros e fiscais, garantido o seu sigilo; e a necessidade de não ampliação da prerrogativa de foro em razão da função para os ex-detentores de cargos públicos ou mandatos eletivos e para as hipóteses de ações de improbidade administrativa. Nas três questões, há que ser reconhecido ao Ministério Público, de princípio, o incontestável protagonismo, entre as carreiras jurídicas, no sistema brasileiro de combate à criminalidade, por delegação constitucional, seguindo a tendência mundial, ainda que muitos tentem, entre nós, sem razões justificadas, negar-lhe ou reduzir-lhe o papel e os instrumentos para o seu pleno exercício<sup>21</sup>.

É a própria Constituição Federal, não uma lei ordinária, que o define, sabiamente, como “[...] essencial à função jurisdicional do Estado”, que lhe confere a tríplice e

<sup>20</sup> É o que defendem Gomes e Bianchini (2002, p. 22), em relação a algumas espécies de crime organizado: “O TPI começará a atuar em breve (em 2003). Pode-se prognosticar que sua importância será cada vez maior. Melhor seria viver sem crimes. Como isso é impossível, será cada vez mais imprescindível a instituição de uma Justiça penal internacional para julgar (no futuro) não somente criminosos genocidas ou ditadores (que são muitos ainda hoje, principalmente na América Latina, Ásia, África etc.), senão sobretudo outros crimes que provocam consequências danosas para muitos países em razão da sua transnacionalidade, como por exemplo algumas modalidades de crime organizado (tráfico de seres humanos, de órgãos humanos, de animais, de armas etc.), o crime informático e o ecológico”.

<sup>21</sup> Bastante apropriada a reflexão de Nogueira (1995, p. 152): “Por fim, uma profunda reviravolta na mentalidade média brasileira – que ignora olímpicamente o Ministério Público, ou procura restringir-lhe os meios de atuação –, tornar-se-ia inadiável, inclusive pelo reconhecimento, de uma vez por todas, do chamado “princípio da proporcionalidade”, defendido por uma gama ponderável de juristas em todo mundo, segundo o qual os direitos individuais garantidos pelas Constituições são, efetivamente, sagrados, mas não podem tornar-se absolutos quando conflitam com direitos de maior peso social. Tudo isso – frise-se bem – sem o estabelecimento do arbítrio, da tirania ou de um Estado fascista, já que o respeito à lei e aos direitos individuais seria o fulcro da atuação estatal na luta contra a megadelinqüência internacional”.

importantíssima missão de “[...] defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, CF/88). É a própria Constituição, não uma lei ordinária, que elenca, entre suas funções institucionais, a promoção, em caráter privativo, da ação penal pública; o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela previstos; a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público; a expedição de notificações e a requisição de informações e documentos para a instrução de procedimentos administrativos de sua competência; o exercício do controle externo da atividade policial; a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial; o desempenho de outras funções compatíveis com sua finalidade; entre outras (art. 129). Como pode ser posto em dúvida o poder investigatório de um órgão que é o próprio *dominus litis*, privativamente, no campo penal? Como pode não poder o menos (investigar) um órgão que pode o mais (propor a ação penal), como pode não controlar diretamente os meios (a investigação) um órgão encarregado de perseguir o fim (acusação), como pode não poder investigar na seara penal, com seu próprio procedimento de apuração de certos delitos, um órgão que pode investigar no terreno da proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, mediante o instrumento do inquérito civil, constantemente revelador, além de ocorrências de improbidade administrativa e de lesões ao meio ambiente, de fatos criminosos? Se o *parquet* pode expedir notificações e requisitar informações e documentos em procedimentos administrativos de sua competência, como não incluir os investigatórios nessa categoria? Ademais, procedimento investigatório não é sinônimo de inquérito policial, a relação é de gênero e espécie. À instituição policial é reservada a exclusividade relativa à condução do inquérito policial, que é apenas uma, não a única, modalidade de investigação criminal, tanto que a Constituição Federal, *exempli gratia*, concede às comissões parlamentares de inquérito “[...] poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, § 3º, CF/88).

## 5. Considerações finais

A via jurídica, bem o sabemos, não tem o condão de oferecer soluções mágicas para o bem sucedido controle do crime organizado. O Direito penal, não olvidemos, é e deve ser condizentemente tratado como a *ultima ratio* do controle social, não a primeira. Nem tampouco ostentam tal condição quaisquer medidas e estratégias administrativas ou políticas que ambicionem, pelo caminho repressivo, a simples e total erradicação do problema. O crime organizado, como o crime em geral, pode ser controlado, mas não inteiramente erradicado, sob as condições sociais, econômicas, políticas e culturais hoje conhecidas, até porque, mesmo que sistemática e eficazmente combatido, pode até assumir novas feições, sem que tal signifique o seu completo desaparecimento. Pensar o contrário seria pura ilusão. O que não indica que possamos

baixar a guarda, caso algum dia cheguemos a imaginá-lo *sob controle*, como uma serpente aprisionada, cuja maior parte do veneno haja sido extraída. Porque essa serpente habita em nós. Antes de buscá-la no outro, devemos procurá-la no espelho. Ela cresce à sombra das próprias estruturas socioeconômicas e políticas de uma cidade, de uma região, de um país, uma imagem refletida no espelho da sociedade. Assim, para controlar o ímpeto, o apetite e o alcance das organizações criminosas, esses conquistadores tão influentes, tão insidiosos, tão poderosos, para quebrar-lhes a *espada*, minorando os seus efeitos perniciosos, o máximo possível, não basta apenas brandir a *espada da lei*, ainda que ela se faça necessária, contra a impunidade, mediante inovações ou alterações legislativas mais adequadas para o enfrentamento de uma macrocriminalidade com características únicas, que possibilitem ao legítimo protagonista – o Ministério Público – dirigir, coordenar e empreender os esforços em prol desse objetivo, com a assistência indispensável da Polícia. É preciso também erguer uma nova *cruz*, que propague valores éticos, de respeito ao ser humano e à sua dignidade, de cultivo dos frutos do mérito e do trabalho honesto, de repulsa às obras da esperteza e da apropriação do público por interesses privados, que traga uma nova mentalidade, em nível local e mundial, em que a busca do lucro e do poder não sejam os ídolos dominantes do mercado e da política, em que a ética da fraternidade e da solidariedade oriente o desempenho de cada profissão e o exercício do serviço público e não seja sacrificada ao altar da lógica das aparências e do ganho fácil e egoístico, enfim, que inspire a construção de um mundo mais justo e mais ético. É essa a *fome* que deve presidir as ações de controle de tal forma de criminalidade.

Somente guiados por essa *fome*, em nome dessa *cruz* e com o apropriado manejo dessa *espada*, poderemos principiar a decifrar o enigma da Esfinge do crime organizado e de seu controle, procurar evitar que emergjam novas e múltiplas cabeças da Hidra das organizações criminosas e não permitir que o olhar penetrante da Medusa da criminalidade organizada, com suas estratégicas serpentes de intimidação e infiltração nos pilares do Estado, das instituições sociais e do sistema econômico, transforme em pedra os nossos melhores esforços preventivos e repressivos, sempre em consonância com a legalidade constitucional e em observância de uma relação de equilíbrio entre os valores e interesses sociais protegidos pelo Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais do indivíduo, sob o prisma dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

## 6. Referências bibliográficas

ALIGHIERI, Dante. *A divina comédia: inferno*. Tradução Italo Eugenio Mauro. 34. ed. São Paulo: Ed. 34, 1998.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. In: \_\_\_\_\_. *Metafísica*. Tradução Vinzenzo Cocco et al. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

CATTANI, Roberto. *O Brasil, a Colômbia, e a terceirização do crime*. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pdvista/a1.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2003.

CERVINI, Raúl. Aproximación conceptual y enfoque analítico del crimen organizado. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CERVINI, Raúl. Tóxicos, criminalidad organizada: su dimensión económica. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Org.). *Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil), a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Tradução Maurício Z. de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 2, n. 5, p. 25-36, jan./mar. 1994.

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

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ, Daniel Amin. A nova ordem internacional, o Direito internacional humanitário e os refugiados. In: FERRAZ, Daniel Amin; HAUSER, Denise. (Coord.). *A nova ordem mundial e os conflitos armados*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução José Octávio A. Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Crime organizado e suas conexões com o Poder Público: comentários à Lei nº 9.034/95, considerações críticas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional, caos normativo, instrumentalização distorcionante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 25-30, jul./set. 1998.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução Vera Barkow et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KENNEY, D. J.; FINCKENAUER, J. O. *Organized crime in America*. Belmont: Wadsworth, 1994.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à Lei Federal nº 9.034/95, organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A matriz terrorista do crime organizado e o fenômeno da eversão. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Org.). *Justiça penal: críticas e sugestões: o crime organizado, Itália e Brasil, a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

MINGARDI, Guaracy. O Estado e o crime organizado. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 2, n. 21, p. 3, set. 1994.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. A Lei da “Caixa Preta”. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Justiça penal: críticas e sugestões: o crime organizado, Itália e Brasil, a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Criminalidade organizada*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ROMANO, Ruggiero. *Os mecanismos da conquista colonial*. Tradução Marilda Pedreira. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

STERLING, Claire. *A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado*. Tradução Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983.

SZNICK, Valdir. *Crime organizado: comentários*. São Paulo: LEUD, 1997.

WEBER, Max. Rejeições religiosas do mundo e suas direções. In: \_\_\_\_\_. *Textos selecionados*. Tradução Maurício Tragtenberg et al. São Paulo: Abril Cultural, 1980.



## 2.5 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: REFERENCIAIS METODOLÓGICOS E REGIME JURÍDICO<sup>1</sup>

EMERSON GARCIA

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro  
Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça  
Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais  
Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa

**SUMÁRIO:** 1. Contextualização do tema. 2. Os percursos metodológicos à dignidade. 3. A dignidade humana e sua carga semântica. 4. A positivação da dignidade humana. 5. A dignidade humana como limite material de revisão constitucional. 6. Regime jurídico. 6.1. A dignidade humana como direito subjetivo público. 6.2. A dignidade humana como mandado constitucional ou princípio diretor. 7. Epílogo. Referências Bibliográficas.

### 1. Contextualização do tema

A partir do segundo pós-guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma intangível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em refluxo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do Estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito a valores essenciais ao ser humano.

A transposição dessa concepção à realidade fenomênica, longe de ser direcionada pela estabilidade e pela universalidade indissociáveis da perspectiva idealístico-formal, tem sido caracterizada por momentos de ruptura e por uma inegável limitação de ordem espacial. Nos Estados de reduzida tradição democrática, a instabilidade política e a ausência de uma sólida ideologia participativa em muito contribuem para a não-sedimentação do respeito ao ser humano como um valor verdadeiramente fundamental. Esse quadro não sofre alterações substanciais mesmo nos casos em que, no plano internacional, o contorno essencial dos direitos humanos tenha assumido a condição de *ius cogens*. Ainda que a observância desses valores passe por períodos de confortante estabilidade, as rupturas têm sido freqüentes, o que é um claro indicador de que a perspectiva material de observância dos direitos humanos está longe de ter seus contornos sobrepostos à perspectiva idealístico-formal.

<sup>1</sup> Conforme original do autor



A exemplo do que se verifica em um governo despótico ou antidemocrático, que jamais será rotulado como tal no respectivo texto constitucional,<sup>2</sup> também nos Estados onde a inobservância dos direitos humanos é uma constante, a apologia de sua importância é contraditoriamente entusiástica. Diminutos são os Estados que não consagram o respeito aos direitos humanos como um valor fundamental, mas múltiplos são aqueles que não observam os mais mezinhos princípios relacionados à sua proteção.

Atenuar o distanciamento entre os vetores axiológico e real exige seja densificada a plasticidade retórico-semântica - da já referida perspectiva idealístico-formal dos direitos humanos - e despertada sua eficácia transformadora, permitindo aproximá-la da concretude inerente à perspectiva material. Esse *iter* metodológico, *prima facie*, não pode ser principiado e ultimado num ambiente acadêmico e, muito menos, integralmente percorrido com um mero lance de tinta. Ainda que o jurista identifique o seu fundamento e estabeleça as suas bases de sustentação, à fórmula haverá de ser integrado o componente sociopolítico, permitindo que os “*factores reais de poder*”, isto para utilizarmos a sugestiva expressão de Lassalle,<sup>3</sup> tornem efetivo aquilo que existe em potência. Ignorar a importância do componente sociopolítico redundará em imperfeição semelhante àquela que se busca combater: o distanciamento entre o discurso retórico-semântico e a realidade.

Apesar de a eficácia do discurso jurídico estar umbilicalmente ligada aos fatores de transformação social, do que decorre o esvaziamento de sua força persuasiva em níveis proporcionais ao distanciamento da realidade que tenciona regular, é inegável a sua importância estruturante na formação de qualquer iniciativa transformadora. Um alicerce sólido torna igualmente sólida a construção que sobre ele seja erguida, um alicerce frágil, do mesmo modo, transmitirá fragilidade semelhante ao que sustenta, permitindo que ao mais leve sopro se desvaneça.

A solidez do discurso, por evidente, está diretamente relacionada ao paradigma metodológico empregado na sua fundamentação e no regime jurídico a que se sujeita a dignidade humana, sendo este o *leitmotiv* da análise a ser realizada, indicação oportuna na medida em que passaremos ao largo de considerações de ordem político-sociológica.

<sup>2</sup> O art. 1º da Constituição cubana fala por si: “*Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática ...*”.

<sup>3</sup> Cf. Ferdinand Lassalle, A Essência da Constituição, Rio de Janeiro, 2000, pp. 10/11.



## 2. Os percursos metodológicos à dignidade

Além do jusnaturalismo, são múltiplas as correntes metodológicas contemporâneas, positivistas ou pós-positivistas, que podem ser invocadas para se tentar explicar o fundamento da noção de dignidade da pessoa humana. A vastidão do tema inviabiliza uma abordagem exauriente, motivo pelo qual nos limitaremos a uma mera referência às principais correntes.

De logo, vale lembrar que as correntes metodológicas não se sucedem num “*movimento lógico-temporal*” de substituição das antecedentes pelas conseqüentes; pelo contrário, “*convivem no mesmo horizonte cronológico*”, permitindo, em busca de uma maior solidez do discurso, que soluções de problemas concretos sejam fundamentadas em elementos metodológicos de correntes diversas.<sup>4</sup> Por vezes, esses elementos não só coexistem em determinado ato decisório, como se influenciam reciprocamente, terminando por integrar-se em prol da conclusão pretendida.

Na senda do direito natural, a dignidade humana seria informada por valores inerentes ao homem em um estado de natureza, originários e inalienáveis,<sup>5</sup> sendo oponíveis ao próprio poder soberano.<sup>6</sup> Quanto ao “*alicerce metafísico-teológico de que carece qualquer direito natural*”,<sup>7</sup> estaria ele associado a paradigmas de ordem religiosa, com especial deferência ao cristianismo na cultura ocidental.<sup>8</sup> Apesar da pureza dos fins,

<sup>4</sup> Cf. Marcos Keel Pereira, O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica, *Working Paper*, Lisboa, 2002, pp. 13/14.

<sup>5</sup> A referência a direitos inalienáveis ou intangíveis do homem pode ser encontrada em vários textos constitucionais, v.g.: o art. 1º, 1, da *Grundgesetz* alemã; o art. 4º da Constituição do Principado de Andorra; o art. 10, 1, da Constituição da Espanha; o art. 2º da Constituição da Itália; a primeira frase do preâmbulo da Constituição da França de 1946, integrado à Carta de 1958; o art. 11 da Constituição do Japão; e o art. 17, 2, da Constituição da Rússia. O *Bill of Rights of Virginia*, de 12 de Junho de 1776, cujo modelo se espalhou por outros Estados da Federação americana, dispunha, em seu art. 1º, que “*todos os Homens são por natureza igualmente livres e independentes e possuem determinados direitos inatos...*”.

<sup>6</sup> Essa doutrina foi desenvolvida por Locke pouco após a *Glorious Revolution* de 1688, procurando legitimar, *a posteriori*, o pensamento revolucionário. Segundo ele, o poder do soberano encontra o seu fundamento em um contrato social, que limitaria o alcance do poder aos direitos que lhe foram transferidos pelos súditos. No estado de natureza (*stare of nature*), o indivíduo possui determinados direitos considerados naturais (*property*), cujos elementos integrativos, por serem originários e inalienáveis, não poderiam ser transferidos ao soberano, o que acarretava a impossibilidade de serem subtraídos ao indivíduo. Em verdade, o indivíduo transferiria alguns direitos com o fim de melhor preservar os demais. Cf. John Locke, *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, pp. 9 e ss., publicado, em 1690, como parte da obra *Two Treatises of Government*.

<sup>7</sup> Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1997, p. 146.

<sup>8</sup> São Tomás de Aquino, na década de 1250 (in *Os Princípios da Realidade Natural*, Porto, 2003), afirmava que deveria ser entendido por natureza “*tudo o que, de algum modo, pode ser apreendido pela inteligência, pois uma coisa só é inteligível mediante a sua definição e essência.*” (p. 54). “*Tudo o que convém a qualquer coisa é causado pelos princípios da sua natureza, como a capacidade de rir no homem, ou provém de*



sendo concebida como antagonismo ao poder estatal absoluto (*absoluter staatlicher Herrschaft*), essa teoria não logra demonstrar como seria possível conceber um direito (*Recht*) dissociado de uma relação jurídica (*Rechtsbeziehung*).<sup>9</sup>

Se o fundamento teleológico mostra-se enfraquecido e cambaleante<sup>10</sup>, a tese de direitos inatos do homem, desta feita lastreada em valores sociais e acautelada pelo poder de coerção estatal, ainda mantém um sopro de vida. De qualquer modo, o alegado direito pressuposto não subsiste por si, mas integrado pelos valores diretivos das relações intersubjetivas.

Partindo da noção de sistema e de um critério de racionalidade intrínseca, a *jurisprudência dos conceitos* busca demonstrar a existência de uma “*pirâmide de conceitos*”, em cujo vértice se apõe o conceito de maior generalidade possível, no qual venham a se subsumir, como espécies e subespécies, em escala decrescente de generalidade, todos os demais conceitos, de modo que os conceitos derivados sempre possam ser reconduzidos ao originário<sup>11</sup>, dando origem a um sistema de regras logicamente claro, sem contradições e sem lacunas. O positivismo normativo de Kelsen<sup>12</sup> pode ser integrado a essa estrutura, sendo o topo da pirâmide ocupado pela *Grundnorm*, norma pressuposta fonte de legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

O processo dedutivo preconizado por essa teoria terminaria por conduzir, conforme a posição ocupada na pirâmide, à precedência, em abstrato, de uns direitos sobre outros, relegando ao ostracismo o critério da ponderação dos bens jurídicos em colisão.<sup>13</sup> Acresça-se, ainda, que a atividade jurisdicional se vê limitada à subsunção dos fatos

*algum princípio extrínseco, como a luz na atmosfera, proveniente do Sol. Ora, é impossível que o mesmo ser seja causado pela mesma forma ou quiddidade da coisa – falo como de causa eficiente – porque assim determinada coisa seria causa de si própria e se produziria a si própria na existência. Portanto, importa que toda a realidade, cujo ser é diferente da sua natureza, receba o ser de outrem. E porque tudo o que é por outrem se reduz ao que é por si, como à sua causa primeira, importa que haja alguma realidade que seja causa de ser de todas as realidades, porque ela própria é apenas Ser. Alias, ir-se-ia até ao infinito nas causas, porque tudo o que não é apenas Ser tem causa do seu ser, como se disse. É claro, portanto, que a inteligência é forma e ser e que tem o ser a partir do primeiro Ente, que é apenas Ser. Este Ser é a causa primeira: Deus” (pp. 79/80).*

<sup>9</sup> Cf. Heiner Bielefeldt, *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*, Frankfurt, 1998, p. 162.

<sup>10</sup> O pensamento dos direitos humanos, segundo Bielefeldt (*op. cit.*, p. 185), visa a um direito secular, sendo desconhecido um Direito de Deus material (*materialen Gottenrechte*), o que é um indicativo de que a liberdade humana é independente de fundamentos religiosos e que a política e o direito ultrapassam a perspectiva teológica. Quanto à invocação de Deus na *Grundgesetz*, tem ela caráter meramente simbólico, não um verdadeiro sentido.

<sup>11</sup> Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1997, pp. 310/312, p. 23.

<sup>12</sup> Teoria Pura do Direito, Coimbra, 1979, p. 269.

<sup>13</sup> Cf. Marcos Keel Pereira, *op. cit.*, p. 21.



aos contornos prefixados da norma, que está integrada em um sistema fechado de conceitos jurídicos.<sup>14</sup> Com isto, a unidade interior do sentido de direito derivaria de uma idéia de justiça de matiz lógico-formal ou axiomático-dedutivo, o que não se compadece com a sua real feição, de tipo valorativo ou axiológico.<sup>15</sup>

Rompendo com esse critério subsuntivo, a *jurisprudência dos interesses*, contrariamente à *jurisprudência dos conceitos*, que preconiza o “*primado da lógica do trabalho juscientífico*”, sustenta o “*primado da indagação da vida e da valoração da vida*”.<sup>16</sup> Essa teoria, direcionada à “*ciência prática*” ou “*dogmática do Direito*”, tem o mérito de conferir maior mobilidade ao juiz, viabilizando que tanto a investigação da norma como das relações da vida - o que permite identificar os interesses reais que levaram à edição da norma - conflua para uma decisão objetivamente adequada, sendo especificamente direcionada à tutela dos interesses contemplados na norma, que, em si, é um produto de interesses. No entanto, como nem todos os interesses podem ser facilmente visualizados a partir de uma operação valorativa previamente realizada pelo legislador, a operação valorativa do juiz não poderia ser reconduzida a um esquema legal. Assim, a idéia de interesse mostrava-se equívoca, ora sendo “*entendida como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das valorações por ele empreendidas ou mesmo como critério de valoração*”.<sup>17</sup>

Em relação à integração da norma pelos valores inerentes ao meio social, esse viés metodológico é inerente à *jurisprudência dos valores*, que não se reconduz a uma concepção jusnaturalista. Para essa teoria, as normas, em especial as de estrutura principiológica como a dignidade humana, devem ser integradas por valores supralegais e transcendentais que alicerçam e estruturam o sistema jurídico, os quais em nada se confundem com uma ordem natural pressuposta<sup>18</sup>: a partir de um discurso *racional*, a norma, cuja parte visível até então se cingia a um furtivo padrão normativo, é integrada e seu conteúdo descortinado. Essa teoria é indicativa de uma vertente pós-positivista, em que a atividade de mera subsunção normativa cede lugar à de concretização.

A norma, ademais, haverá de ser jurídica e socialmente válida. A validade social será alcançada sempre que uma pauta mínima de valores correspondentes ao gruppamento

<sup>14</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

<sup>15</sup> Cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, 1989, p. 30.

<sup>16</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

<sup>17</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 163.

<sup>18</sup> Cf. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 167. Segundo o autor, para o reconhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos, é possível invocar “*os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1º a 3º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos lingüísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juizes tem de que é a sua missão chegar a decisões ‘justas’*”.

encontrar amparo na norma, o que será constatado a partir de sua eficácia social (*sozialer Wirksamkeit*), não necessariamente ampla e total, mas, sim, dotada de uma aceitação igualmente mínima.<sup>19</sup> No caso de colisão entre a validade social e a jurídica, essa poderá sofrer consequências, inclusive com o fenômeno da denominada derrogação costumeira (“*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*”). A norma subsistirá juridicamente, mas será socialmente inválida.

Para o positivismo, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração. Com o pós-positivismo, norte da metodologia jurídica contemporânea, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementem, automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação.<sup>20</sup> Além disso, enquanto o conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, a colisão entre os princípios é dirimida a partir de uma técnica de ponderação, consoante o peso que apresentem no caso concreto.<sup>21</sup>

Com isto, a consagração constitucional da dignidade humana não se adequará à tradicional dicotomia positivista entre os momentos de criação e de aplicação do direito. A vagueza semântica da expressão exige seja ela integrada consoante os influxos sociais e as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando uma nítida superposição operativa. A essência da Constituição, assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria a construção da vida social e política como um “*processo indefinidamente aberto*”.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Cf. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, 2002, p. 147. Voltando-se à atividade executiva, afirma Tomás Ramon Fernández (*¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, en REDA nº 83, *apud* Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, 2000, p. 154 ) que é preciso “*um esforço de indagação de um fundamento adicional à mera força, capaz de legitimar o poder, de encontrar para ele uma resposta suscetível de ser aceita no seio da comunidade, que se expressa por uma parte significativa dos seus membros, de obter um consenso mínimo, sem o qual nenhum poder pode manter-se por muito tempo*”.

<sup>20</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachussets, 1980, p. 24.

<sup>21</sup> Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1994, p. 77 e Ronald Dworkin, *op. cit.*, 1980, pp. 26/27.

<sup>22</sup> Invocando a doutrina de Peter Häberle, cf. Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 100.

### 3. A dignidade humana e sua carga semântica

Parece-nos que uma breve enunciação dos lineamentos essenciais da dignidade humana deve principiar por um elemento visível e palpável: a sua carga semântica. A razão, aliás, é simples: identificado o invólucro, será possível perquirir a essência.

A noção de dignidade da pessoa humana, como é fácil intuir, encerra o que se convencionou denominar de *conceito jurídico indeterminado*.

Os conceitos jurídicos descrevem determinadas situações, fáticas ou jurídicas, que desencadeiam conseqüências previstas no plano normativo. Essa transposição do abstrato ao concreto exige a verificação de tais situações, o que pressupõe uma atividade subjetiva do agente e a obtenção de um resultado que deve encontrar ressonância nas concepções socioculturais de determinado grupamento, requisito essencial à fixação de parâmetros de certeza e de segurança jurídicas.

Diz-se que o conceito é indeterminado quando a estrutura normativa, em razão do emprego de expressões vagas ou de termos que exijam a realização de uma operação valorativa para a sua integração, apresenta uma fluidez mais acentuada, do que resulta uma maior mobilidade ao operador do direito. Tal, longe de representar um elemento deflagrador do arbítrio, permite a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes à coletividade no momento de sua aplicação. A disseminação desses conceitos, ainda que discreta, é um indicativo de que o direito escrito deve ser identificado, unicamente, como a parte visível da norma de conduta, com o qual devem coexistir os valores externos que a integram, ínsitos na comunidade por ela regulada.

Em seus traços essenciais, os conceitos indeterminados podem derivar: a) de uma imprecisão conceitual lingüística; b) da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; ou c) da exigência de realização de um juízo de prognose.<sup>23</sup>

A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado,

<sup>23</sup> Prognose é palavra originária do grego (*pro* = antes + *gnonai* = reconhecer), consistindo na avaliação de uma situação atual com ulterior projeção de uma situação futura, sendo o ponto nuclear, por exemplo, da atividade de planificação ou de evolução da economia. Atos dessa natureza, cuja prática seja deflagrada por uma estimativa do desenvolver previsível dos acontecimentos (v.g.: projeção futura da capacidade de tráfego de um aeroporto ou de uma estrada visando à sua ampliação), apesar de normalmente ensejarem a realização de um juízo valorativo, podem gerar uma certa mitigação na esfera de discricionariedade do agente, permitindo sejam sindicadas, à luz da realidade fenomênica e de padrões de razoabilidade, as projeções realizadas. Cf. Antônio Francisco de Souza, "Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo, Coimbra, 1994, p. 112.

primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo,<sup>24</sup> além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que a noção de dignidade seja atribuído um conteúdo atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação.

Deve-se lembrar que os conceitos indeterminados, geralmente polissêmicos, podem ser integrados por um fato ou por determinado valor, o qual sempre compõe o núcleo empírico que a norma pretende alcançar. Em relação à sua estrutura, é constantemente invocada a doutrina de Philipp Heck,<sup>25</sup> segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados teriam um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou zona de certeza e um halo conceitual (*Begriffshof*) ou zona de dúvida, vago e nebuloso. O núcleo do conceito é constituído de premissas seguras, enquanto que, no halo conceitual, região de natureza periférica ao núcleo, não existe uma certeza prévia, permitindo a extensão ou a retração da idéia nuclear do conceito.

A exigência de integração do conceito de *dignidade humana* a partir de um juízo valorativo não impede sejam identificados, *a priori* (ainda que a conclusão seja temporalmente variável), uma zona de certeza ou um núcleo fixo concebido *in abstracto*, vale dizer, dissociado da situação concreta que ensejará a projeção dos efeitos a ele inerentes. A identificação desse núcleo fixo, não é exagero afirmar, é realizada com maior facilidade a partir de uma análise sentimental do que propriamente lógico-racional. Essa afirmação, aparentemente incompatível com o desenvolvimento de uma metodologia de estudo de ordem jurídica, encontra ressonância na concepção de que os componentes de determinado grupamento, em dado momento histórico, em maior ou em menor medida, apresentam um conteúdo mínimo comum em sua escala de valores - e aqui se manifesta a jurisprudência dos valores. Com isto, ainda que sejam inevitáveis as dificuldades na fundamentação do discurso, é facilmente *sentida* a sua correção.

É valor assente, independente de qualquer fundamentação e em praticamente todos os povos, que a tortura avilta a dignidade, o mesmo ocorrendo com o não-fornecimento de medicamentos ou alimentos essenciais à sobrevivência humana, conclusão a que se chega a partir de critérios meramente intuitivos e independentes de um acurado espírito científico. Esse valor comum, de indiscutível tendência à universalidade, em muito contribui para a paulatina sedimentação do respeito à dignidade, permitindo a aproximação dos vetores que consubstanciam os valores que a integram, enquanto em potência, e a sua projeção na realidade.

<sup>24</sup> Sobre a concretização das normas estruturadas sob a forma de pautas de valores que careçam de preenchimento valorativo, vide Karl Larenz, *op. cit.*, pp. 310/312.

<sup>25</sup> *Gesetzauslegung*, p. 173, *apud* Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 2001, p. 209.



Esse sentimento do justo, inerente ao *homo medius*, possibilita a identificação prévia de comportamentos que, indiscutivelmente, prestigiam ou aviltam a dignidade humana, daí se falar que o prisma sentimental, na medida em que alcança conclusões similares sem a desgastante preocupação com o complexo *iter* de fundamentação, tem suas vantagens em relação ao prisma lógico-racional. Vantagens à parte, sob uma perspectiva metodológica, não é possível justificar um *princípio fundamental do Estado* ou um *direito fundamental* tendo como base, única e exclusiva, sentimentos, por mais puros e relevantes que sejam: o método haverá de ser outro.

Não obstante sua indiscutível importância, em termos de delineamento da essência da noção de dignidade, o discurso lógico-racional não tem recebido a atenção merecida por parte dos tribunais. Quando suscitada a questão da dignidade humana, as situações fáticas e jurídicas são valoradas, as decisões proferidas e os respectivos fundamentos declinados, mas isto, em rigor metodológico, em nada se confunde com a fundamentação da dignidade. Nesse particular, as decisões, em sua quase totalidade, parecem tomar a noção de dignidade como um conhecimento pressuposto, terminando por envolvê-la em um cipoal retórico de inegável plasticidade, mas que pouco contribui para a formação de uma conclusão que permita desvendar o seu fundamento de legitimidade. Ainda aqui, o sentimento parece subjugar o tecnicismo. No entanto, a *fundamentalidade* e a *indeterminação* desse conceito aconselham sejam encetados esforços no sentido de permitir um controle racional do discurso jurídico que redunde na sua aplicação.<sup>26</sup>

O discurso jurídico somente será palpável se o *iter* percorrido for racionalmente demonstrado, se possível com a utilização de critérios que gozem de uma relativa objetividade, indicando os valores sócio-jurídicos já sedimentados no grupamento e delineadores do ideal de justiça, tendo sempre o ser humano como o epicentro dessa verdadeira atividade de densificação de um princípio dotado de amplíssima generalidade.

Sob essa ótica, não basta dizer que determinada ação ou abstenção é essencial à dignidade humana. Essa conclusão, por si, é um invólucro destituído de conteúdo. A solidez do discurso pressupõe a possibilidade de sua reconstrução lógico-racional, o que se dará, por exemplo, com a demonstração de que o comportamento está em harmonia com certos padrões institucionais da sociedade (família, religião etc.); que é aceito no cotidiano da população, estando perfeitamente adequado aos seus padrões socioculturais; que há muito está sedimentado na sociedade, tendo uma precedência histórica; que tem sido freqüentemente reconhecido pelo direito positivo, em especial no âmbito constitucional e que está disseminado em inúmeros atos de direito internacional, sendo aceito pela generalidade dos Estados, cujos hábitos sociais,

<sup>26</sup> Cf. Marcos Keel Pereira, *op. cit.*, p. 4.



jurídicos e culturais se assemelham ao meio social em que se projetará a aplicação do princípio.<sup>27</sup> As possibilidades, enfim, são múltiplas, o que permite concluir que uma fundamentação inadequada do discurso não pode ser tributada à feição hermética do princípio, mas, sim, à opção do próprio intérprete.

#### 4. A positivação da dignidade humana

A preocupação com a dignidade da pessoa humana tem encontrado ressonância numa generalizada consagração normativa, geralmente no próprio texto constitucional, assumindo o *status* de norma estruturante de todo o ordenamento jurídico. Apesar disso, não é divisada uma unidade metodológica quanto ao lugar por ela ocupado e à exata extensão da inter-relação mantida com as normas de organização estatal e com a própria disciplina dos direitos fundamentais, em especial com os direitos econômicos, sociais e culturais. A partir de uma situação aparentemente isonômica de liberdade, os Estados, por seus respectivos poderes constituintes, conferem um tratamento diversificado à dignidade da pessoa humana.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> A racionalidade do discurso foi valorizada pelo Supremo Tribunal de Justiça português ao afirmar que “I - O direito à vida é uma irrecusável conquista ética, cultural e jurídica inseparável da dignidade humana. II - É o campo nuclear da tutela da personalidade, sempre passível de aprofundamento, conforme, designadamente, o contexto e a visão actualista do direito. III - É assim que, hoje, o direito à vida não é concebível sem o seu corolário natural, o direito à qualidade de vida. IV - A nossa ordem jurídica privilegia uma visão antropocêntrica do ambiente” (Proc. nº 086918, rel. Juiz Cardona Ferreira, j. em 26/04/1995).

<sup>28</sup> Analisando o fundamento da regra do art. 30, § 4º, da Constituição portuguesa (“Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”), afirmou o Tribunal Constitucional [1ª Seção, Acórdão nº 522/95, Proc. nº 183/94, Rel. Cons. Monteiro Diniz, j. em 28/09/1995, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 32º vol., 1995, pp. 345 a 354 (352)]: “Aliás, tudo o que vem de dizer-se tem sido referido em diversos arestos deste tribunal (cfr. acórdãos nºs 16/84, 165/86 e 353/86, Diário da República, respectivamente, 2ª série, de 12 de Maio de 1984, 1ª série, de 3 de Junho de 1986 e 2ª série, de 9 de Abril de 1987) sublinhando-se aí, designadamente, que ‘no fundo, o nº 4 do artigo 30º da Constituição deriva, em linha recta, dos primordiais princípios definidores da actuação do Estado de direito democrático que estruturaram a nossa lei fundamental, ou sejam: os princípios do respeito pela dignidade humana (artigo 1º); e os do respeito e garantia dos direitos fundamentais (artigo 2º)’. E a seguir juntou-se que ‘daí decorrem os grandes princípios constitucionais de política criminal: o princípio da culpa; o princípio da necessidade da pena ou das medidas de segurança; o princípio da legalidade e o da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal; o princípio da humanidade; e o princípio da igualdade’, para se concluir assim: ‘Ora, se da aplicação da pena resultasse, como efeito necessário, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, far-se-ia tábua rasa daqueles princípios, figurando o condenado como um proscrito, o que constituiria um flagrante atentado contra o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana’”. Por outro lado, o art. 15, III, da Constituição brasileira determina a suspensão dos direitos políticos enquanto perdurarem os efeitos da condenação criminal transitada em julgado, suspensão esta que é automática, acarretando, inclusive, a perda do mandato eletivo (STF, RE nº 418.876/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Inf. 350), isto sem olvidar o art. 92 do Código Penal, que dispõe sobre a perda do cargo do agente público condenado a pena superior a 1 (um) ano nos crimes contra a administração e superior a 4 (quatro) nos demais casos. Aqui, os interesses individuais foram relegados a plano secundário, sendo prestigiado o interesse público correlato à ocupação do cargo que a condenação criminal demonstrou não ter o agente aptidões ético-morais para ocupar. A dicotomia de valores consagrados pelas Cartas brasileira e portuguesa bem demonstra que a noção de dignidade pode apresentar profundas variações de ordem espacial, o que



A Constituição brasileira, além de considerá-la um princípio fundamental da República (art. 1º, III), coexistindo, lado a lado, com a fundamentalidade igualmente reconhecida na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, consagrou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pelo Estado (art. 4º, II) e dela igualmente tratou no Título VIII, intitulado “*Da Ordem Social*”, estabelecendo que o planejamento familiar deveria fundar-se nos “*princípios da dignidade humana e da paternidade responsável*” (art. 226, § 7º) e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao idoso (art. 230, *caput*) e, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*), dentre outros direitos, o respeito à dignidade.

Também a Constituição portuguesa considerou a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental (art. 1º), remeteu à lei o estabelecimento de “*garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*” (art. 26, 2) e a obrigação de garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano, em especial nas áreas tecnológica e de experimentação científica, bem como estatuiu o dever de o Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana (art. 67, 2, e). O texto constitucional português ainda determina que as normas relativas aos direitos do homem devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, 2), documento este que, além de consagrar, logo em seu preâmbulo, o respeito à dignidade de “*todos os membros da família humana*”, dispõe, em seu art. 1º, que “*todos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*”.

Diversamente das referidas Cartas, que tratam a dignidade humana como um *princípio fundamental* do próprio Estado e, em incursões essencialmente casuísticas, voltam a exortar a sua imperatividade em outras passagens, a *Grundgesetz* alemã principia o seu texto com o título “*Os Direitos Fundamentais*” (*Die Grundrechte*), nele proclamando que “*A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la*” (art. 1º, 1). Disso resulta que “*o povo alemão proclama a sua adesão aos direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo*” (art. 1º, 2).

Ainda que o epicentro de uma comunidade politicamente organizada seja o homem, é inegável que um texto constitucional visa, primordialmente, à organização do poder político, estabelecendo uma divisão de competências, meios de participação popular e sistemas de limitação e de controle desse poder. Nessa perspectiva, vê-se que o conteúdo objetivo que ressalta da expressão “*princípio fundamental do Estado*” não apresentará, sob o prisma axiológico, dissonâncias de monta em relação à ótica subjetiva retratada na referência aos “*direitos fundamentais*”, isto porque as noções

permite concluir que, embora seja um valor inerente ao homem e transcendente ao direito posto, a constitucionalização de matérias afeitas à dignidade confere maior especificidade a esse princípio.

de *Estado e homem* guardam entre si uma relação de meio e fim. O Estado não é um fim em si mesmo, estando umbilicalmente ligado à satisfação das necessidades humanas.<sup>29</sup>

O reconhecimento do caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, desde que preservada a sua essência, conduzirá a um lugar comum, quer se parta de uma posição ativa (*o direito em sentido lato*), quer se parta de uma posição passiva (*o dever*). Não bastasse isto, a própria *Grundgesetz* encampa distintos referenciais, pois, a partir da perspectiva subjetiva enunciada com o título “*Os Direitos Fundamentais*”, harmoniza paradigmas subjetivos e objetivo-organizatórios ao se referir, no mesmo preceito - o art. 1º, 1 – à dignidade como elemento intangível do *homem* e à obrigação dos *poderes públicos* em respeitá-la e protegê-la.

Assumindo a Constituição o *status* de *pedra fundamental* da organização política, todos os direitos nela consagrados serão oponíveis, em maior ou menor medida, mas de forma indefectível, ao Estado. De igual modo, sendo o homem o epicentro da referida organização, quaisquer deveres imputados ao Estado, direta ou indiretamente, a ele alcançarão, daí resultando a existência de direitos correlatos. Assim, consagrando o dever do Estado ou contemplando o direito do homem, alcançará a Constituição efeitos axiológicos paritários. A positivação simultânea de ambos, no entanto, longe de ser uma superfetação de termos, realça o compromisso ético-jurídico do Estado em velar pela dignidade humana. Especificamente em relação à *Grundgesetz*, não é preciso ressaltar que, em 1949, ainda afloravam as cicatrizes deixadas pelo nacional-socialismo, o que justifica o realce atribuído a esse valor verdadeiramente fundamental.

## 5. A dignidade humana como limite material de revisão constitucional

Se a dignidade é um valor indissociável do ser humano, permitindo, inclusive, seja divisado um *núcleo fixo comum* entre a generalidade das pessoas, até que ponto se mostra relevante a sua positivação? Uma vez positivada, assumindo o *status* de norma constitucional, é realmente necessário que a dignidade da pessoa humana passe a integrar o catálogo de limites materiais ao exercício do poder reformador ou de revisão?

Situação comum no constitucionalismo contemporâneo, marcado pela rigidez constitucional, tem sido a fixação de limites materiais, formais, temporais ou mesmo circunstanciais para a reforma da Constituição. Especificamente em relação aos limites materiais expressos, a fórmula utilizada tanto pode consistir na referência à

<sup>29</sup> Como afirmou Aristóteles (A Política, São Paulo, 1998, p. 53), “*não é apenas para viver juntos, mas, sim, para bem viver juntos que se fez o Estado...*”.

imutabilidade de determinados preceitos constitucionais, como o faz a *Grundgesetz*,<sup>30</sup> ou na exclusiva menção a determinados princípios estruturantes do sistema, caso das Cartas brasileira (art. 60, § 4º) e portuguesa (art. 288). Os limites materiais, além de expressos, podem ser igualmente implícitos, transcendentais ou imanentes, sendo deduzidos do “telos” constitucional (v.g., a imutabilidade da própria norma que consagra o limite de revisão).<sup>31</sup>

A essência, no entanto, parece ser a mesma: garantir a intangibilidade de certos princípios estruturantes, sendo mesmo possível, para a sua clarificação ou reforço, a modificação dos preceitos que os albergam.<sup>32</sup> Deve ser estabelecida uma gradação entre os preceitos constitucionais e o “núcleo forte” da Constituição: enquanto os preceitos tornam as normas constitucionais semanticamente palpáveis, o “núcleo forte” aglutina os princípios supremos que exprimem os valores essenciais da ordem constitucional. Daí resulta a mutabilidade dos preceitos, o que, por preservar as opções políticas fundamentais do Constituinte, em nada compromete o reconhecimento da Constituição originária.<sup>33</sup>

Enquanto a *Grundgesetz* faz menção expressa à imutabilidade do princípio da dignidade humana (arts. 79, 2, e 1º), as Constituições brasileira e portuguesa, embora a ele dispensem um tratamento diferenciado, considerando-o um princípio fundamental do Estado e mantendo-o formalmente dissociado dos direitos fundamentais, somente aos últimos se referem como limites materiais de revisão (respectivamente, art. 60, § 4º, e art. 288, d). Em que pese a aparente dicotomia de tratamento, é evidente que a dignidade humana - além de intimamente inter-relacionada com os direitos fundamentais, direcionando a sua interpretação, contribuindo para a ponderação e solução das colisões e, em refluxo, tendo sua vagueza semântica por eles reduzida - é um princípio transcendente à ordem constitucional, do que deriva a sua imutabilidade.

A transcendência da dignidade humana pode ser aquilatada a partir do grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais, em sua maioria multilaterais e celebrados com a intervenção de organizações internacionais, o que bem demonstra o esforço na sedimentação de determinados direitos inerentes ao homem. Ainda que o sistema apresente debilidades, pois referidos atos, em rigor técnico - além de admitirem reservas - só vinculariam aos Estados-Partes, é inegável sua aspiração à universalidade, permitindo o paulatino reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos.

<sup>30</sup> Art. 79, 2: “Nenhuma reforma da Lei Fundamental poderá afetar a organização da Federação em Länder; ao acesso fundamental dos Länder à legislação e aos princípios proclamados nos arts. 1º e 20”.

<sup>31</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1052.

<sup>32</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra, 2003, p. 202.

<sup>33</sup> Cf. Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, Padova, 2001, p. 176.

O respeito à dignidade humana, hodiernamente concebida como um verdadeiro princípio de *ius cogens*, em muito contribui à interpenetração das ordens jurídicas nacional e internacional.<sup>34</sup> Com isto, fortalece a posição jurídica do indivíduo em relação ao Estado e, como dissemos, termina por estabelecer limitações à própria soberania estatal nesse quadrante. Dissociando-se o Estado desses valores comuns, além de estar sujeito à responsabilização internacional, inclusive sofrendo medidas coercivas em situações extremas (v.g., no caso de as violações massivas dos direitos humanos, a juízo do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com base no Capítulo VII da Carta, constituírem uma ameaça à paz internacional<sup>35</sup>), também os seus dirigentes poderão ser penalmente responsabilizados. Nesse particular, apesar de o Tribunal Penal Internacional estar assentado em bases voluntaristas,<sup>36</sup> devem ser lembrados os Tribunais Internacionais criados pelo Conselho de Segurança, de jurisdição obrigatória e não-voluntarista, para o julgamento dos responsáveis pelos ilícitos praticados nos conflitos na antiga Iugoslávia (Resolução nº 808, de 1993) e no Ruanda (Resolução nº 955, de 1994).

Os limites materiais de revisão tanto podem ter uma função essencialmente declarativa, explicitando os limites implícitos na Constituição (*rectius*: princípios fundamentais), como podem assumir uma função declarativo-constitutiva, alçando ao nível de limites materiais princípios que não “*se identifiquem com a essência da Constituição material*”.<sup>37</sup> A preservação da dignidade humana, quer seja analisada sob a perspectiva germânica, quer seja analisada sob a ótica luso-brasileira, é um limite de revisão indissociável da ordem constitucional, sendo meramente declarativos os preceitos que o reconheçam.

Nas Constituições, como a italiana,<sup>38</sup> em que não seja expressamente reconhecida a sua condição de limite de revisão constitucional, a dignidade humana tem sido tratada como um limite implícito. Invocando o art. 2º da Constituição, que considera *invioláveis os direitos fundamentais do homem*, o Tribunal Constitucional italiano incluiu, sob a epígrafe da inviolabilidade, qualquer intervenção promovida pelo legislador, inclusive de índole revisional, que atente contra os “*diritti inalienabili*

<sup>34</sup> Segundo o art. 17 da Constituição russa, “*os direitos fundamentais e as liberdades em conformidade com os princípios e as normas de direito internacional comumente reconhecidos devem ser reconhecidos e garantidos na Federação Russa e sob esta Constituição*”.

<sup>35</sup> Vide Eduardo Correia Baptista, O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial, Lisboa, 2003, pp. 977 e ss..

<sup>36</sup> A Assembléia da República, pela Resolução nº 3/2002, aprovou a adesão de Portugal ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. No Brasil, o Congresso Nacional ratificou o Estatuto do Tribunal em 6 de Junho de 2002 (Decreto Legislativo nº 112), sendo ele promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

<sup>37</sup> Cf. Jorge Miranda, Manual..., Tomo II, p. 227.

<sup>38</sup> O art. 139 da Constituição italiana prevê, como único limite explícito de revisão, que “*la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*”.

da pessoa humana”, já que “*pertencentes à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana*”.<sup>39</sup> Em rigor, a inviolabilidade de um direito não importa, necessariamente, na sua correlata imutabilidade, pois um direito pode ser inviolável tão-somente enquanto seja contemplado no ordenamento. De qualquer modo, a decisão do Tribunal italiano bem demonstra que os limites materiais de revisão não precisam estar expressos, podendo resultar de uma interpretação sistêmica que prestigie os princípios e valores fundamentais da Constituição ou mesmo transcendentais a ela.

Em resposta aos questionamentos formulados, é possível afirmar que, tanto a positivação da dignidade, como a sua contemplação no rol de limites materiais ao poder de revisão constitucional, não se mostram essenciais à sua ampla e irrestrita proteção, isto porque normas dessa natureza terão índole essencialmente declarativa.

## 6. Regime jurídico

Maiores dificuldades serão divisadas direcionando-se a ótica de análise, não à mera existência axiológica do *dever* e do *direito*, mas à sua natureza, extensão e potencialidade de concreção, vale dizer, à posição jurídica do indivíduo em face do Estado. O indivíduo tem o direito subjetivo à observância de sua dignidade? Em caso positivo, ter-se-ia um direito a prestações estatais ou uma mera interdição a um atuar estatal agressivo? Uma vez reconhecido o direito, poderia ser ele ponderado e casuisticamente afastado quando em colisão com outro direito de igual natureza? Sedimentado um dever prestacional ou implementada uma política pública concretizadora da dignidade, é dado ao Estado ab-rogá-la sem a correlata implementação de outra? Esse direito seria oponível a outros particulares? Não sendo um direito, seria tão-somente uma enunciação de tarefas ou fins a serem perseguidos pelo Estado? Ou seria um princípio diretor da Constituição, de ordem interpretativa e essencialmente voltado à preservação da unidade do sistema?

Esses questionamentos, longe de serem indicativos do norte de desenvolvimento da análise a ser realizada, enunciam as potencialidades do tema e a amplitude das omissões dessas breves linhas, essencialmente voltadas a uma visão generalista sobre a dignidade da pessoa humana e que não chegam a formar um percurso sistematicamente articulado com as múltiplas vertentes apresentadas.

Indicados os “*limites imanes*” do texto, cumpre dizer que a positivação da dignidade humana, expressão eminentemente polissêmica e que congrega uma plethora de potencialidades valorativas, além de reforçar o comprometimento estatal com os valores a ela inerentes, permite, consoante o padrão normativo, a sua análise sob

<sup>39</sup> Sentenças nº 1146/1988 e 366/1991, *apud* Giuseppe de Vergottini, *op. cit.*, pp. 181/182.

uma tríade de vertentes: poderá, conforme o caso, ensejar o surgimento de *direitos subjetivos públicos*, de *mandados constitucionais endereçados ao legislador* ou de *princípios diretores*, classificação que atenta para a essência das normas, não para a sua mera expressão lingüística.<sup>40</sup> A começar pelos direitos subjetivos, essa classificação indica uma escala nitidamente decrescente em termos de densidade normativa e de potencial exigibilidade.

### 6.1. A dignidade humana como direito subjetivo público

Não obstante a indeterminabilidade do conceito, a dignidade humana, uma vez integrada por um *núcleo duro* de valores inerentes a determinado grupamento, poderá assumir os contornos de um direito subjetivo público, quer seja sob a ótica da interdição de ações agressivas (v.g., direito de o indivíduo não ser submetido a tortura pelos agentes do Estado), quer seja sob a forma de direitos prestacionais (v.g., direito de o indivíduo receber os medicamentos vitais à sua sobrevivência).

Os direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, beneficiando-se de grande parte dos avanços experimentados pela teoria das liberdades fundamentais, têm obtido uma maior consagração jurisprudencial.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeras decisões, tem prestigiado a funcionalidade limitativa da dignidade humana. No REsp. nº 379.414/PR, reconheceu como ofensivas à dignidade humana a prisão e a tortura por motivos políticos, daí decorrendo a imprescritibilidade da respectiva ação de reparação dos danos morais.<sup>41</sup>

Inexistindo estabelecimento prisional específico para o recolhimento temporário de agente que goze da prerrogativa de “*prisão especial*” (v.g., advogado), decidiu o Tribunal, no HC nº 19247/SP, que poderia ser ele recolhido em cela comum, mas distinta dos outros presos, “*observadas as condições mínimas de salubridade e dignidade humana*”.<sup>42</sup> Esta ressalva, se é digna de encômios a um exame mais superficial, pois nada mais natural que assegurar a salubridade e a dignidade humana, torna intuitiva a realidade que, num plástico eufemismo, busca encobrir: como as prisões brasileiras são reconhecidamente atentatórias à dignidade humana, o Tribunal anui a essa premissa e retira do seu alcance determinado agente. Se o instituto da “*prisão especial*”, em sua gênese, busca preservar os agentes que, teoricamente, apresentem menor periculosidade ou cujas funções desaconselhem o contato com

<sup>40</sup> Cf. Albrecht Weber, *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue de Droit Constitutionnel* nº 24/677, (680) 1995.

<sup>41</sup> 1ª T., REsp. nº 379.414/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 26/11/2002, RSTJ nº 170/120. No mesmo sentido: 2ª T., REsp. nº 449.000/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 05/06/2003, DJ de 30/06/2003, p. 195.

<sup>42</sup> 5ª T., HC nº 19247/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. em 06/02/2003, RT nº 815/511. No mesmo sentido: 5ª T., HC nº 30202/MG, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 19/02/2004, p. 192, DJ de 03/05/2004, p. 192.



outros presos, passou ele a ser o divisor de águas entre os *indivíduos sem dignidade* (a generalidade dos presos) e os *indivíduos com dignidade* (a minoria que goze da prerrogativa da “*prisão especial*”). Esse é um exemplo típico - ainda que derivado de um atuar (propositadamente) “inconsciente” do Tribunal - do distanciamento verificado entre a perspectiva idealístico-formal e a perspectiva material da dignidade humana.

No REsp. nº 503.990/BA, não obstante a existência de leis que a restringiam, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de compensação tributária para o fim de reaver quantias pagas a título de tributo considerado inconstitucional, acrescentando que, na espécie, referidas restrições não poderiam incidir sobre pagamentos efetuados antes da sua vigência.<sup>43</sup> Segundo o Tribunal, “*os princípios fundamentais do contribuinte nascem do texto constitucional, que exige respeito à cidadania e à dignidade humana, proibindo empréstimo forçado sem autorização de lei ou de forma disfarçada*”.

Situando a questão sob a ótica do *status libertatis* do indivíduo, o Tribunal, “aparentemente”, reconheceu ofensa reflexa à dignidade humana na imposição, a adolescente infrator, de medida sócio-educativa de internação, pela prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de estupefacientes, sem que a lei de regência contemplasse tal medida quanto a essa espécie de infração.<sup>44</sup> Utilizamos o advérbio

<sup>43</sup> 1ª T., REsp. nº 503.990/BA, rel. Min. José Delgado, j. em 23/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 207.

<sup>44</sup> 6ª T., HC nº 14.359/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. em 22/05/2001, DJ de 11/06/2001, p. 261. Textualmente, assim se pronunciou o Tribunal: (1) “As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os elevados objetivos da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e a adoção de posturas demonstrativas de justiça”. (2) “Nessa linha de visão, impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da legalidade, à luz do qual não se admite a imposição de medida sócio-educativa de internação fora das hipóteses arroladas no art. 122 da Lei nº 8.069/90 – ECA.” No mesmo sentido: 6ª T., HC nº 17.156/PR, j. em 16/04/2002, DJ de 06/05/2002, p. 319; 6ª T., HC nº 25.511/RJ, j. em 20/02/2003, DJ de 24/03/2003, p. 209; 6ª T., HC nº 24.451/SP, j. em 03/12/2002, RT nº 813/559. No HC nº 8.858/SP, o Tribunal reconheceu a inadequação da internação do adolescente quando as circunstâncias do caso não aconselhavam a adoção de medida tão severa (j. em 30/06/1999, RSTJ nº 149/489). Igualmente em matéria correlata ao *status libertatis*, mas desta feita com os olhos voltados ao princípio da ampla defesa, foi reconhecida a necessidade de ser colhida a manifestação do adolescente anteriormente à regressão de uma medida mais branda para a de internação – sendo igualmente repetida a expressão referida em (1) – (6ª T., RHC nº 8.552/SP, j. em 13/09/1999, DJ de 04/10/1999, p. 108). No mesmo sentido: HC nº 23.319/SP, j. em 19/09/2002, DJ de 21/10/2002, p. 408; HC nº 17.129/SP, j. em 13/08/2002, DJ de 02/09/2002, p. 247; HC nº 21.236/SP, j. em 04/06/2002, RT nº 805/547; HC nº 14.037/SP, j. em 14/12/2000, DJ de 05/03/2001, p. 242 (nesse caso, tratava-se de manutenção da medida de internação após o decurso do prazo fixado em sentença transitada em julgado); HC nº 11.325/SP, j. em 4/03/2000, DJ de 03/04/2000, p. 170; e HC nº 8.887/SP, j. em 13/09/1997, RSTJ nº 155/459. No HC 17839/RJ, a necessidade do laudo toxicológico para fins de verificação do caráter estupefaciente da substância apreendida em poder do adolescente infrator foi considerada um imperativo da ampla defesa (j. em 11/12/2001, RT nº 800/569). Em todos os acórdãos acima mencionados, sem exceção, foi aposta a expressão referida em (1), sendo todos relatados pelo Min. Vicente Leal.

“aparentemente” por duas razões. Primeiro, pela lacônica referência à dignidade humana, o que em muito dificulta a compreensão do real enquadramento jurídico promovido pelo Tribunal – seria um direito subjetivo ou um princípio diretor? – e segundo, pela impressionante frequência com que o relator dessas decisões repete as mesmas expressões em seus acórdãos, o que faz surgir a dúvida: fá-lo no afã de contemplar a plasticidade de suas linhas ou elas efetivamente contribuíram na construção do seu discurso?

A dignidade humana, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, foi igualmente invocada para fins de reconhecimento da impossibilidade de investigação policial concernente a uma única operação bancária se prolongar por mais de um lustro.<sup>45</sup> Ainda que o Estado deva apurar a prática de ilícitos desestabilizadores das relações sociais, é evidente que ao indivíduo não pode ser imposto o dissabor de, *ad aeternum*, ver-se na condição de suspeito ou réu em potencial.

Embora a legislação penal portuguesa não puna a prostituição propriamente dita, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu que os tipos penais que combatem a sua exploração, em última *ratio*, visam a resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana, bem jurídico que, apesar da imoralidade de sua conduta, não pode ser subtraído às prostitutas.<sup>46</sup>

De forma correlata aos direitos de informação e de livre expressão do pensamento, pilares essenciais de um Estado Democrático de Direito, ressaltou o Supremo Tribunal de Justiça português que assume igual relevo “a garantia do respeito pelos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, entre os quais o da dignidade da pessoa humana (artº 1º) e os direitos à integridade moral (art. 25, n.1)”, vedando à imprensa exercê-los com ofensa dos direitos da personalidade, o que inclui o n. 1 do art. 70 do Código Civil, protegendo o “bom nome e reputação, caso em que surgem os direitos de resposta, de rectificação e ainda de indemnização que o n. 4 do artº 37 CRP expressamente contempla”.<sup>47</sup>

O Supremo Tribunal de Justiça tem associado o princípio limitativo da culpa (*nulla poena sine culpa*) à compatibilidade com a dignidade da pessoa humana, definindo que, além de não poder existir pena sem culpa, o princípio indica, “em concreto, o seu limite máximo absolutamente intransponível por maiores que sejam as exigências de carácter preventivo que se façam sentir”.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> 6ª T., RHC nº 9.970/MT, rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 13/03/2001, DJ de 13/08/2001, p. 267.

<sup>46</sup> Proc. nº 46.156, rel. Juiz Ferrera Vidigal, j. em 04/05/1994.

<sup>47</sup> Proc. nº 01B4384, rel. Juiz Oliveira Barros, j. em 14/02/2002.

<sup>48</sup> Proc. nº 98P1135, rel. Juiz Leonardo Dias, j. em 17/03/1999). No mesmo sentido: Proc. nº 98P410, rel. Juiz Oliveira Guimarães, j. em 08/10/1998.

Entendendo que a sobrevivência digna do trabalhador exige o atendimento do “*mínimo dos mínimos*”, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade do art. 824, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, “*na medida em que permite a penhora de até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor, por violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 59.º, n.º 2, alínea a e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição.*”<sup>49</sup>

Em relação à dignidade humana como fonte de direitos prestacionais, vertente especificamente direcionada aos direitos sociais, assumirá ela ares de exceção. Em regra, a dignidade humana não costuma ser interpretada como diretamente invocável a partir de normas constitucionais, pressupondo, ante o seu acentuado grau de indeterminação, a intermediação do legislador, que fixará suas condições e dimensões, bem como a respectiva fonte de custeio das prestações dela derivadas.<sup>50</sup>

No entanto, tratando-se de prestações que se enquadrem, consoante os valores vigentes no grupamento, em um núcleo, essencial e incontestável, consubstanciador da dignidade, não vislumbramos óbice à sua invocação direta com o fim de alicerçar pretensões dessa natureza. Nesse caso, como veremos, o difundido vetor principiológico da dignidade assume maior concretude e, consoante a situação específica, pode assumir o *status* de direito subjetivo.<sup>51</sup>

Os valores integrados na dignidade humana, em verdade, congregam a essência e terminam por auferir maior especificidade nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, a um só tempo, esmiúçam a idéia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida.<sup>52</sup> Essa constatação talvez justifique o fato de a dignidade humana,

<sup>49</sup> 1ª Secção, Acórdão n.º 318/99, Proc. n.º 855/98, Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, j. em 26/05/1999, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 43º vol., 1999, pp. 639 a 646 (646). No mesmo sentido: Plenário, Acórdão n.º 177/02, Proc. n.º 546/01, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, j. em 23/04/2002, Acórdãos..., 52º vol., 2002, pp. 259 a 271.

<sup>50</sup> Cf. Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 395.

<sup>51</sup> A atividade de concretização de um princípio constitucional pode prescindir de intermediação legislativa, mas deve buscar um ponto de equilíbrio entre o risco de remeter ao beneplácito exclusivo do legislador a operatividade dos mais significativos valores constitucionais ou, ao contrário, de atribuir ao intérprete uma exorbitante função de livre criação do direito, não observando a distinção fundamental entre as funções criativa e operativa do direito. De qualquer modo, atualmente, não mais é aceitável o entendimento de que a norma constitucional é endereçada ao legislador, estando a atividade do juiz vinculada à lei, não aos princípios constitucionais de justiça material. Cf. Gustave Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Volume Primo, *Il Sistema delle Fonti del Diritto*, Torino, 1987, pp. 107/108.

<sup>52</sup> O preâmbulo da Constituição francesa de 1946, incorporado pela Carta de 1958, dispõe que “*no dia seguinte à vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tinham buscado escravizar e degradar a*



conquanto absorva o núcleo essencial do direito fundamental que alicerça uma pretensão de ordem prestacional, ser normalmente invocada em caráter subsidiário, não como fundamento principal à configuração do direito subjetivo a essa prestação.<sup>53</sup> Todavia, ainda que deslocada a uma posição secundária e alçada à condição de mero “*incidente argumentativo*”, a dignidade humana não se dissocia de seu caráter estrutural, mantendo a condição de *ratio decidendi*.<sup>54 55</sup>

pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todo ser humano, sem distinção de raça, religião ou credo, possui direitos inalienáveis e sagrados”. A partir dessa disposição, o Conselho Constitucional francês, no caso *Bioéthique* (343-344 DC, j. em 27/07/1994, GD nº 47 *apud* Louis Favoreau e Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 2003, pp. 855/857), afirmou que a “*salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de ofensa ou degradação é um princípio de valor constitucional*” (cons. nº 2). Ao final, concluiu que as leis objeto de análise “*enunciavam um conjunto de princípios, dentre os quais o primado da pessoa humana, o respeito ao ser humano desde o começo da vida, a inviolabilidade, a integridade e a ausência de feição patrimonial do corpo humano, bem como a integridade da espécie humana*” e “*que os princípios assim afirmados tendem a assegurar o respeito do princípio constitucional de salvaguarda da dignidade da pessoa humana*” (cons. 18). Nessa decisão, o Conselho principiou pelo prisma referencial da dignidade humana e, após promover a abstração das regras veiculadas pelas leis sujeitas a controle de constitucionalidade, identificou os respectivos princípios de regência e a sua compatibilidade com o mencionado referencial. Merece ser ressaltado, ainda, que foi prestigiada a opção política do legislador ao reconhecer que é legítima a opção que exclui o embrião do âmbito de proteção do princípio de respeito de todo ser humano desde o começo da vida, o que, em determinadas situações previstas na lei, permitiria a manipulação, a realização de estudos e a inseminação artificial (cons. 9 e 10). A posição do Conselho Constitucional francês realça a abertura e a maleabilidade do princípio da dignidade humana, exigindo que, observados determinados valores comuns, seja assegurado um espaço de livre conformação ao legislador, do que resultará uma verdadeira concordância funcional com a atividade desempenhada por órgãos outros, como o próprio Conselho.

<sup>53</sup> No ROMS 9.6213/SP, em que Parlamentar deficiente físico pleiteava que a tribuna da Assembléia fosse submetida às adaptações necessárias, possibilitando o acesso e o conseqüente exercício do seu *munus*, o Superior Tribunal de Justiça, interpretando as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas aos direitos dos deficientes, mencionou a necessidade de serem respeitados os “*princípios da igualdade e de guarda dos valores protetores da dignidade da pessoa humana e do livre exercício do mandato parlamentar*” (1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 11/05/1999, RSTJ nº 121/56). No âmbito dos direitos subjetivos decorrentes da interdição de ações agressivas, o Tribunal decidiu que, à decretação da prisão preventiva, não basta a invocação dos motivos abstratamente previstos em lei, sendo imperativa a sua demonstração concreta, isto em respeito aos “*princípios da dignidade humana, da presunção de inocência e da fundamentação dos atos judiciais*” (6ª T., RHC nº 3.888/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 21/08/1995, DJ de 05/02/1996, p. 1442). Os mesmos princípios foram invocados em acórdão que reconheceu a nulidade de decisão que, sem a devida fundamentação, negou ao condenado o direito de recorrer em liberdade (6ª T., RHC nº 4.557/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 12/06/1995, DJ de 11/09/1995, p. 28.862). Do mesmo modo, afronta “*o princípio constitucional da dignidade humana, os direitos de liberdade e de igualdade contratual e os dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes*”, a decretação de prisão de depositário infiel, em razão do não pagamento de dívida que, em 24 meses, quintuplicou face à incidência de juros e encargos moratórios (4ª T., HC nº 12.547/DF, rel. Min. Ruy Rosa-do de Aguiar, j. em 1º/06/2000, RSTJ nº 148/387).

<sup>54</sup> Cf. Marcos Pereira Keel, *op. cit.*, p. 17.

<sup>55</sup> O caráter fundante da dignidade humana foi bem enunciado pelo art. 10 da Constituição espanhola, ao consagrar a existência de direitos fundamentais a ela inerentes: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.



Outra constatação é a de que, aparentemente, esse caráter subsidiário é verificado com maior intensidade quando a ordem constitucional consagra um catálogo de direitos fundamentais, não quando silencia ou se limita a exortar a observância da dignidade humana, o que é uma indiscutível demonstração da força persuasiva do positivismo jurídico. Ainda que a dignidade humana seja um valor ínsito ao próprio grupamento, o seu verdadeiro potencial, aos olhos de muitos, resulta, não das forças sociopolíticas do meio em que se projeta, mas da sua encampação por um singelo padrão normativo plasmado em um texto formal.

## 6.2. A dignidade humana como mandado constitucional ou princípio diretor

Os mandados constitucionais endereçados ao legislador apresentam características essencialmente programáticas e dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados. Além disso, a exemplo dos princípios diretores, servem de parâmetro ao controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), prestam um relevante auxílio na interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais e exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com eles compatíveis. Por sua própria natureza, atingem domínios potenciais de aplicação que se espalham por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de dignidade humana.

No que concerne à concepção da dignidade humana como princípio diretor, ela indica a idéia de que quaisquer dimensões do atuar humano devem prestigiar essa mesma essência, implicando o respeito, a consideração e o estímulo à integração social pela só condição de ser humano. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição.<sup>56</sup> A maior fluidez que ostenta, oriunda de sua estrutura principiológica e da não-indicação de uma diretriz específica a ser seguida, lhe confere uma densidade normativa inferior, mas não menos importante que a dos mandados constitucionais endereçados ao legislador.

Apesar dos distintos enunciados lingüísticos, parece-nos que tanto a *Grundgesetz* como as Cartas brasileira e portuguesa conferiram à dignidade humana um tratamento essencialmente principiológico, erigindo-a à condição de princípio diretor do sistema.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Ao reconhecer o dever de o órgão jurisdicional fundamentar a decisão que negue ao condenado o direito de recorrer em liberdade – ainda que a hipótese verse sobre crime hediondo – afirmou o Superior Tribunal de Justiça que os “*princípios da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e da liberdade provisória (CF, art. 5º, LXVI) se travejam na viga mestra da dignidade humana, regra estruturante de nossos direitos fundamentais (CF, art. 1º, I)*”, prestigiando o caráter fundante da dignidade humana (6ª T. RHC nº 2.898/PE, rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 17/08/1993, RSTJ nº 54/381).

<sup>57</sup> O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, apesar de propugnar a observância dos valores enunciados na Convenção Européia dos Direitos do Homem, ainda não avançou no sentido de consagrar o

As duas últimas efetivamente a ela se referem como um *princípio fundamental* do Estado, enquanto a *Grundgesetz* chega a resultado semelhante reconhecendo a sua *intangibilidade* e a obrigação dos poderes públicos em *respeitá-la* e *protegê-la*. Em ambos os casos, os contornos da norma não indicam com precisão o conteúdo da prestação passível de ser exigida, o que, *em um primeiro momento*, exclui a idéia de direito subjetivo, bem como, ressentindo-se da mesma precisão, não indicam tarefas ou fins específicos a serem alcançados, o que impede, inclusive, sejam visualizadas como mandados constitucionais endereçados ao legislador: vale ressaltar que o dever de *respeitá-la* e *protegê-la* não é propriamente a enunciação de uma tarefa estatal, mas um efeito correlato ao próprio reconhecimento da dignidade humana, independentemente, mesmo, de previsão normativa.

A conclusão diversa chegaremos com a análise do art. 227, *caput*, da Constituição brasileira, que dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, *com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente*, dentre outros direitos, o respeito à dignidade. O mesmo ocorrerá em relação ao art. 67, 2, da Carta portuguesa, que dispõe sobre o dever do Estado, *para a proteção da família, regulamentar a procriação assistida de modo a salvaguardar a dignidade da pessoa humana*. Trata-se de nítidos mandados constitucionais endereçados ao legislador, de características programáticas e que dispõem sobre determinadas tarefas e fins a serem alcançados.

No Brasil, considerando o direito à saúde um direito fundamental e realçando o fortalecimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de reconhecer o dever de o Estado fornecer medicamentos essenciais à sobrevivência de pessoas carentes, o Superior Tribunal de Justiça, passando ao largo do caráter programático das normas constitucionais que o consagram, condenou o Estado ao cumprimento desse dever. Ressaltou que, à luz das peculiaridades do caso, “a lei deveria ser interpretada de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida,” tendo acrescido a necessidade de serem sopesados “preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas do cidadão”.<sup>58</sup> Nesse precedente, a

respeito à dignidade humana como um princípio fundamental do direito comunitário. Somente no Processo C-13/94, referente a um litígio envolvendo um transexual e seu empregador, o Tribunal alargou à conversão sexual do indivíduo o campo de aplicação do direito de não ser discriminado em razão do sexo, tendo afirmado que “tolerar uma discriminação dessa natureza (no caso, licenciamento em razão da conversão sexual) importaria na inobservância, em relação a essa pessoa, do respeito à dignidade e à liberdade a que ela tem direito e que o Tribunal deve proteger” (P. c/ S. et Cornwall County Council, j. em 30/04/1996, *Recueil*, p. I- 2143). Cf. Louis Favoreau *et alii*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, p. 470.

<sup>58</sup> 1ª T., ROMS nº 11.183/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 22/08/2000, RSTJ nº 138/52. No mesmo sentido, autorizando o levantamento de verbas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço para fins de tratamento de portador do vírus HIV, hipótese não contemplada na respectiva lei de regência: 1ª T., REsp. nº 249.026/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 23/05/2000, DJ de 26/06/2000, p. 138. A dignidade humana também foi



invocação da dignidade da pessoa humana serviu de nítido vetor interpretativo.

Invocando a “*cláusula pétrea que tutela a dignidade humana*”, o Tribunal, em um primeiro momento, reconheceu a impossibilidade de concessionárias de serviço público empreenderem cortes no fornecimento de energia elétrica com o fim de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa.<sup>59</sup> Posteriormente, alterou o rumo de sua jurisprudência e reconheceu essa possibilidade.<sup>60</sup>

Em questão afeita à incidência de tributo sobre veículo que seria conduzido não por deficiente físico, destinatário de isenção legal, mas por preposto dele, o que decorria de sua total inaptidão física, o Tribunal interpretou a legislação de regência a partir do princípio da dignidade humana e reconheceu o direito do demandante, tendo acrescido que tal princípio é igualmente a fonte das ações afirmativas que visam a integrar os contornos essenciais da isonomia.<sup>61</sup>

O Tribunal, analisando a possibilidade de progressão do regime prisional fechado para o semi-aberto, deixou expresso que “*a dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária*”.<sup>62</sup>

invocada para o fim de identificar a teleologia do art. 20 da Lei nº 8.036/90 e autorizar o levantamento do FGTS para a reconstrução da casa própria parcialmente destruída por enchente (1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 09/04/2002, RSTJ nº 156/102), bem como para permitir a aquisição de aparelho auditivo para a filha menor (2ª T., REsp. nº 560.777/PR, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 04/12/2003, DJ de 08/03/2004, p. 234). Nesse último acórdão, foi decidido que “*o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*”.

<sup>59</sup> 1ª T., AGA nº 478.911/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. em 06/05/2003, DJ de 19/05/2003, p. 144.

<sup>60</sup> 1ª T., AGREsp. nº 543.020/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/03/2004, DJ de 19/04/2004, p. 160. Nesse acórdão, embora tenha se curvado ao entendimento da maioria, ressaltou o relator que o corte de energia é atentatório à dignidade humana, pois se trata de serviço essencial à vida do cidadão, *in casu*, uma pessoa “*em situação de miserabilidade*”, vivendo “*no limite da sobrevivência biológica*”. A legislação infraconstitucional deveria sofrer a necessária filtragem dos princípios constitucionais, não podendo passar ao largo dos valores que veiculam, isto sob pena de se transmutar uma responsabilidade patrimonial em uma responsabilidade sobre a própria pessoa. Por tal razão, a interpretação da norma que excepciona o corte em situações de interesse da coletividade (v.g.: universidades e hospitais) deveria resultar em uma exegese ampliativa. Tratando-se de serviço que assenta sobre base contributiva, o entendimento preconizado, se levado às últimas consequências, poderia conduzir à desestabilização do próprio sistema prestacional. Apesar disso, não nos parece que o correto seja, simplesmente, alterar o referencial de análise, centrando-o em uma ótica funcionalista de acentuada carga mercantil. Se desestabilização houver, deve o concessionário procurar, junto ao órgão concedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não prestações há muito integradas à concepção de vida digna.

<sup>61</sup> 1ª T., REsp. nº 567.873/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10/02/2004, DJ de 25/02/2004, p. 120.

<sup>62</sup> 6ª T. HC nº 9.892/RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, j. em 16/12/1999, DJ de 26/03/2001, p. 473.



Ainda que, *a priori*, ostente a forma de princípio diretor ou de mandado endereçado ao legislador, o respeito à dignidade humana pode transmudar-se em direito subjetivo quando, à luz do caso concreto, se mostrarem imprescindíveis determinadas prestações que se encontrem ao abrigo de um quadro axiológico já sedimentado no grupamento. Nesses casos, será possível exigir um *facere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

Exemplo de invocação do princípio diretor da dignidade humana, com o fim de conferir concretude aos direitos prestacionais a cargo do Estado, pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Como se sabe, a *Grundgesetz*, destoando da maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, não contemplou um extenso rol de direitos sociais.<sup>63</sup> Não obstante essa lacuna, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, combinando os princípios diretores do Estado Social (previsto no art. 20, 1.) e da dignidade humana (art. 1º, 1.), tem deles extraído, em casos específicos, o fundamento de garantia do mínimo vital.<sup>64</sup>

## 7. Epílogo

Por certo, a alguns pode parecer excesso de preciosismo uma qualquer investigação científica que busque identificar os referenciais metodológicos conducentes à fundamentação da dignidade humana, expressão verdadeiramente polissêmica e de grande potencialidade transformativa. O mesmo ocorrerá, por evidente, quanto às tentativas de individualização do regime jurídico a que deva ser submetida. Resistências à parte, os reflexos dessa vertente investigativa, como vimos, se interpenetram com a prática dos tribunais, não numa relação de mero sincretismo, mas como percurso necessário a um discurso lógico-racional densificador desse princípio aglutinante de valores essenciais ao ser humano.

Ademais, como disse conhecido jurista, *não há nada mais prático que uma boa teoria*.

<sup>63</sup> Como exceções, podem ser mencionados o art. 6º, 4 (“*toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade*”) e o art. 6º, 5 (“*a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições dos filhos legítimos quanto ao seu desenvolvimento físico e moral e ao seu estatuto social*”), que têm sido interpretados pelo Tribunal Constitucional como mandados endereçados ao legislador (*BVerfGE* 32, 273 (277) *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 683).

<sup>64</sup> *BVerfGE* 1, 159 (161); e 52, 339 (346), *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 684.



### Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 3ª ed., Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002.

\_\_\_\_\_, *Theorie der Grundrechte*, 1ª ed., Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994.

ARISTÓTELES, A Política, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BIELEFELDT, Heiner, *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt: Primus Verlag, 1998.

CÁMARA VILLAR, Gregorio, *El Sistema de los Derechos y las Libertades Fundamentales en la Constitución Española*, in *Derecho Constitucional*, vol. II, coord. de Francisco Balaguer Callejón, pp. 33 a 83, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), trad. de A. Menezes Cordeiro, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, António, Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais, Boletim da FDUC, *Stvdia Ivridica* 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CORREIA BAPTISTA, Eduardo, O Poder Público Bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DE AQUINO, São Tomás, Os Princípios da Realidade Natural (*De principiis naturae*), trad. de Henrique Pinto Rema, Porto: Porto Editora, 2003.

DE SOUZA, Antonio Francisco, “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milani: CEDAM, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachussets: Harvard University Press, 1999.

ENGISCH, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico, trad. de J. Baptista Machado, ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAVOREAU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, PFERSMANN, Otto, PINI, Joseph, ROUX, André, SCOFFONI, Guy e TREMEAU, Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 2ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2002.

FAVOREAU, Louis e PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

\_\_\_\_\_, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985.

GOMES CANOTILHO, J. J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Nachvollziehende Grundrechtskontrolle, in Archiv des öffentlichen Rechts, Band 128, heft 2*, pp. 173 a 225, 2003.

KEEL PEREIRA, Marcos, O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica, *Working Paper*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa nº 4, 2002.

KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), trad. de João Baptista Machado, 5ª ed., Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979.

LANDA, César, *Dignidad de la Persona Humana, Cuestiones Constitucionales, in Revista Mexicana de Derecho Constitucional nº 7*, pp. 109 a 138, julho-dezembro de 2002.

LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), trad. de José Lamago, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, T. II, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_, Manual de Direito Constitucional, T. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

WEBER, Albrecht, *L'État social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 24/677, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustave, *Manuale di Diritto Costituzionale, Volume Primo, Il Sistema delle Fonti Del Diritto*, Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987.

ZIPPELIUS, Reinhold, Teoria Geral do Estado (*Allgemeine Staatslehre*), trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, coordenação de J.J. Gomes Canotilho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

### 3. PALESTRA

#### 3.1 REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA A MULHER<sup>1</sup>

SUMAYA SAADY MORHY PEREIRA

Promotora de Justiça do Estado do Pará

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (MP/PA)

Professora Direito Civil – UFPA

Mestre em Direito - UFPA

Membro do IBDFam

Boa tarde a todas as pessoas presentes. Após o advento da chamada Lei Maria da Penha muitos eventos têm sido realizados no intuito de discutir as mudanças propostas e é importante que se ressalte a importância de eventos como este. Inicialmente, gostaria de dizer que eu não consigo ver essa lei como uma lei tipicamente penal. Trata-se, na verdade, de uma lei que visa regulamentar o § 8º do art. 226 da Constituição; portanto, considero-a uma lei de Direito Constitucional de Família, porque visa à proteção de direitos fundamentais nas famílias, sendo o aspecto penal apenas um dos instrumentos para se alcançar esta proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, esclareço, desde logo, que não venho aqui como uma pessoa que conhece o direito penal, venho apenas como uma Promotora de Justiça que atua em questões familiares para compartilhar com vocês as minhas dúvidas e a nossa experiência. Digo nossa, pois somos duas Promotoras de Justiça em Belém do Pará nessa área de violência familiar contra a mulher. No interior do nosso Estado ainda não há Promotoria especializada, como não há também Varas especializadas.

Acredito que diante de uma lei nova como essa - uma lei com seis meses de vigência somente - é muito prematuro apresentarmos conclusões. Estamos vivendo muito mais um momento de reflexões do que de conclusões, ou posições definidas. Por isso, intitulei essa nossa conversa de hoje como “Reflexões sobre a Atuação do Ministério Público no Enfrentamento da Violência Doméstica Familiar contra a Mulher”. Pretendo dividir essa reflexão em dois aspectos. O primeiro é sobre a atuação do Promotor de Justiça em questões familiares, a partir do nosso perfil constitucional. Em um segundo momento, o enfrentamento da violência doméstica familiar contra a mulher, especificamente a partir da Lei nº 11.340, de 07.08.2006.

<sup>1</sup> Palestra apresentada no evento Seminário de Violência Doméstica, em Belo Horizonte, em 13/04/2007.

**A atuação do Promotor de Justiça em questões familiares a partir do perfil constitucional do Ministério Público**

Quando proponho uma reflexão sobre a atuação do Promotor de Justiça em questões familiares, defendo que precisamos refletir as tradicionais Promotorias de Família e as atribuições das tradicionais Promotorias de Justiça Criminais. Desde 1988 já temos normas inseridas na Constituição Federal que exigiriam um posicionamento do Ministério Público no enfrentamento da violência doméstica familiar contra a mulher, mas sempre esperamos uma lei infraconstitucional, como se a lei viesse dar aval ao cumprimento da Constituição. Começamos a nos mexer tarde, porque desde 1988 já teríamos a obrigação de coibir a violência no âmbito da família, conforme expresso no § 8º do art. 226 da CF. Por isso, acredito que precisamos refletir sobre a atuação do Promotor de Justiça de uma maneira geral, seja ela na área cível do Direito de Família, seja na área criminal. Precisamos superar as tradicionais atribuições do Ministério Público. O Promotor de Justiça que for atuar nessas questões de violência doméstica familiar contra a mulher precisa estar consciente do perfil constitucional do Ministério Público e também consciente do perfil de família que é amparado pela Constituição.

Para se falar em garantia de direitos fundamentais em relações privadas, como as relações familiares, precisamos compreender o desnível ou a desigualdade no exercício das relações de poder nessa família. Falar em eficácia de direitos fundamentais entre o poder público e o cidadão não nos remete a muitas discussões sobre o destinatário da proteção constitucional. Mas falar em defesa dos direitos fundamentais nas relações privadas exige do profissional da área jurídica uma percepção sobre as desigualdades no exercício das relações de poder, porque quanto maior for a desigualdade no exercício do poder em uma relação privada maior será a necessidade de proteção dos direitos fundamentais.

No que diz respeito às relações de família, é muito fácil observar, na própria legislação e na própria história do direito de família, qual é o pólo mais fraco dessa relação desigual no exercício de poder. Se pudéssemos fazer uma breve evolução do Direito de Família no nosso ordenamento jurídico (infelizmente não temos tempo de fazê-lo), teríamos que lembrar desde as Ordenações Filipinas, quando a legislação reconhecia expressamente o direito do marido em impor castigos físicos a sua esposa. E mais, o direito do marido em matar a sua esposa em caso de adultério. Isso era reconhecido expressamente na lei como um direito. No interior do Estado do Pará ainda é comum assistir em júri, como tese de defesa do marido que mata a esposa, a alegação de *legítima defesa da honra*. Por que temos até hoje essa tese no Tribunal do Júri? Sem dúvida é uma herança cultural que carregamos desde as Ordenações Filipinas, porque nós tínhamos uma lei que permitia ao marido tirar a vida da esposa em caso de adultério.

Precisamos reconhecer que a igualdade constitucional preconizada hoje não é capaz, por si só, de apagar toda a herança cultural de desigualdades no exercício das relações de poder que temos presenciado nas relações familiares. As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até o nosso Código Civil de 1916 e só um pouco antes (em 1890) foi revogada essa disposição que permitia os castigos corporais e permitia ao marido matar a esposa. Foi a primeira conquista no reconhecimento do direito à vida da mulher no âmbito familiar e o reconhecimento do seu direito à integridade física. Só que o reconhecimento desse direito até hoje aguarda a sua concretização, porque o reconhecimento formal não equivale à sua concretude material. Em muitos outros aspectos, paulatinamente, foi evoluindo o reconhecimento dos direitos das mulheres na família, mas de uma forma muito lenta, concedida quase que às migalhas. Se por um lado, em 1932, a mulher adquiriu o direito ao voto, com o Código Eleitoral, por outro lado ela ainda continuava incapaz no âmbito familiar. Como sabemos, a mulher casada era considerada relativamente incapaz para o Direito Civil. Não poderia praticar nenhum ato na vida civil se não fosse com a autorização do marido. Dizia o nosso Código Civil anterior que a mulher precisava da autorização do marido para todos os atos da vida civil, exceto para as atividades domésticas. Somente estas atividades domésticas, de acordo com o Código Civil, ela poderia praticar sem a autorização do marido. A mulher só adquiriu a plena capacidade em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada. Aí sim, ela foi reconhecida pela lei como plenamente capaz de praticar os seus atos na vida civil. Mas toda essa “evolução” não alterou o modelo clássico de família. Mesmo com o reconhecimento de que a mulher era plenamente capaz, ela ainda não poderia optar pela manutenção do uso do nome de solteira, direito que só adquiriu com a Lei do Divórcio, em 1977. Apesar dessas e outras mudanças, o modelo clássico de família perdurou até a Constituição de 1988. O modelo clássico era unitário, indissolúvel, institucionalizado e matrimonializado. O destinatário da proteção constitucional era a instituição do matrimônio, e não os integrantes do grupo familiar. A nossa Constituição anterior, em seu art. 175, afirmava que “[...] a família instituída pelo casamento tem direito à proteção do poder público”. Daí se extraía que só a família constituída pelo casamento era protegida pelo Poder Público. A instituição da família matrimonial é que era titular desse direito à tutela estatal e não os integrantes da família que eram destinatários desse direito. Tratava-se de um modelo patriarcal, fundamentado na superioridade e na autoridade do pai, um modelo hierarquizado em que não se falava de família democrática, em igualdade de direitos. Esse modelo era patrimonializado porque priorizava o ter direitos e não o “ser” humano titular de direitos. E quem tinha direito nesse modelo clássico de família era somente o pai, o marido e o proprietário, os três protagonistas titulares de direito no nosso direito clássico da família.

Somente com a Constituição de 1988 passamos a ter delineado um novo perfil da família no ordenamento jurídico brasileiro. Esse novo perfil de família é a família democrática e igualitária, é a família que a Constituição quer amparar, mas ainda está muito longe do que se pretende defender. Essa nova família amparada constitucionalmente é a família plural, a família sem modelo pré-constituído, de onde se conclui que todos os núcleos familiares merecem igualmente a mesma proteção constitucional. E por que a família é destinatária de uma especial proteção constitucional? Depreende-se da Constituição Federal de 1988 que se protege a família porque ela tem uma função serviente, uma função instrumental. Essa pluralidade de formas familiares é protegida porque é na família, qualquer que seja sua constituição ou feição, que se dá a formação do ser humano. O grupo familiar merece a proteção constitucional porque ele se destina à estruturação do ser humano, porque na família se forma a personalidade de cada sujeito. É exatamente o princípio da instrumentalidade (ou da função serviente) que justifica a igualdade de todos os grupos familiares. E, portanto, qual é o objetivo da proteção constitucional da família? Não vejo outro maior senão a proteção dos direitos fundamentais. Na nossa Constituição, a proteção dos direitos fundamentais na família segue um sistema misto, porque o Estado e os próprios familiares têm o dever de respeitar e garantir os direitos fundamentais. Nesse cenário comparece o Ministério Público com uma incomensurável responsabilidade. Ao mesmo tempo em que o Ministério Público deve exigir do Estado a garantia dos direitos fundamentais, ele também deve, em relação aos próprios familiares, exigir de cada membro do grupo familiar sua função instrumental dentro daquela família, visando alcançar a responsabilização de cada membro da família que desrespeitar os direitos e garantias fundamentais de algum outro integrante do mesmo grupo familiar.

Voltando ao início da reflexão que propus, o Ministério Público deve repensar a sua função institucional no âmbito do Direito de Família. O Ministério Público deve se questionar sobre o que as Promotorias de Família já fizeram com relação à proteção dos direitos fundamentais nas relações familiares. É preciso revisitarmos o tão estudado artigo 127 da Constituição Federal - que define o Ministério Público como defensor do regime democrático - e lembrar que não existe regime democrático sem garantia de direitos fundamentais. Assim, no âmbito do Direito de Família (como de resto em todas as nossas esferas de atuação), a principal função do Ministério Público e das Promotorias de Família é a defesa dos direitos e garantias fundamentais nas famílias. Desde 1988 já tínhamos, portanto, o dever de incrementar esse dispositivo constitucional, porque desde então tínhamos a norma, inserida no caput do art. 226, a nos apontar que qualquer família é destinatária da especial proteção do Estado, não apenas a família constituída pelo casamento, bem como a determinação de que essa especial proteção se destina à pessoa de cada um dos integrantes da família, conforme o § 8º do mesmo artigo. Essa obrigação do Estado em coibir a violência dentro do grupo familiar, aliada à função constitucional do Ministério Público, impõe-

nos uma reflexão sobre as atribuições das tradicionais Promotorias de Família e das Promotorias Criminais. Acho que aqui em Minas Gerais não preciso falar muito sobre isso, pois a nova Promotoria de Justiça – aqui denominada Promotoria de combate à violência contra a mulher - foi criada a partir das Promotorias de Direitos Humanos, o que já revela a total sensibilização do Ministério Público mineiro para a compreensão do verdadeiro papel dessa Promotoria, que deve ser a expressão de uma autêntica Promotoria de defesa dos direitos humanos fundamentais. Acredito que essa Promotoria - que, em Belém, é chamada Promotoria de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - deve se inserir no perfil das Promotorias novas que surgiram após a Constituição de 1988; Promotorias que não estão vinculadas a um órgão judiciário específico. As atribuições do Ministério Público não devem ser vistas de maneira restrita à atuação em processos em tramitação em determinado órgão judiciário. As atribuições das novas Promotorias instaladas após a Constituição de 1988, voltadas aos interesses transindividuais, são independentes e desatreladas da competência dos órgãos do Poder Judiciário.

Essa Promotoria de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher deve se inserir no rol dessas novas Promotorias. Suas atribuições não devem limitar sua atuação ao âmbito das lides individuais, mas voltar a sua atenção para a demanda social que se apresenta como pano de fundo de cada caso concreto em que atua. A violência doméstica e familiar contra a mulher é uma questão epidêmica, de saúde pública. Por isso, o Promotor de Justiça que atuar nessa área não pode limitar a sua atuação apenas aos processos judiciais, ele precisa estar consciente da demanda social. Todos vocês já devem ter lido essas estatísticas: de cada 100 mulheres assassinadas, 70 são assassinadas no âmbito de suas famílias e desses homicídios, mais de 60% dos acusados são seus próprios companheiros; a cada 4 mulheres brasileiras, pelo menos uma já foi vítima de violência doméstica; de cada dez mulheres que são agredidas, nove foram agredidas dentro de casa. Ou seja, estamos mais seguras na rua do que dentro das nossas próprias casas.

### **O enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher a partir da Lei 11.340/2006**

Passemos agora ao segundo objeto de nossa reflexão, que é o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher a partir da Lei nº 11.340. Acredito que vocês conhecem o histórico da Lei Maria da Penha.

A Lei nº 11.340/2006 só foi promulgada por força de uma recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA), que considerou o caso Maria da Penha como um caso emblemático a demonstrar a omissão do Estado Brasileiro no enfrentamento da violência contra a mulher. A OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos



Humanos, considerou que o Brasil descumpriu os compromissos que tinha assumido na Convenção de 1994 (conhecida como a Convenção de Belém do Pará). O Brasil – apesar de um dos primeiros a ratificar a Convenção – foi o 18º país da América Latina a implementar essa legislação voltada ao enfrentamento da violência contra a mulher. Somente com a apreciação do caso Maria da Penha pela OEA é que o Estado Brasileiro se viu efetivamente obrigado a organizar e apresentar o projeto de lei. Esse Projeto de Lei, nº 4559, foi encaminhado ao Congresso Nacional em 2004, dez anos depois da Convenção de Belém do Pará. Acreditávamos que o Projeto seria aprovado na íntegra, porque foi formulado com a participação maciça de movimentos de mulheres de todo o país. Em resumo, o Projeto 4559/2004 previa a criação de Juizados Especiais Criminais e Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, duas espécies distintas de órgãos judiciais com competência bem definida. Portanto, acreditando que esse Projeto de Lei de 2004 seria aprovado, foi instalado no Pará o Juizado Especial Criminal de Violência Doméstica, visando depois implementar a Vara de Violência Doméstica. Porém, o projeto originário foi alterado e o projeto substitutivo apresentado em 2006 afastou totalmente a possibilidade de competência dos Juizados Especiais Criminais para as causas de violência doméstica e familiar contra a mulher, passando a prever a criação de apenas uma espécie de órgão judicial com competência para todas as questões dessa natureza. Não obstante todas as restrições que se levantam no que diz respeito especificamente à opção dessa Lei pelo procedimento ordinário – indiscutivelmente mais lento que o procedimento sumário da Lei 9.099 – é com essa nova lei que temos que trabalhar e é por meio dessa lei que temos que utilizar os instrumentos para o enfrentamento da violência doméstica familiar contra a mulher. Acredito que, a despeito das críticas que se formulam a respeito da Lei 11.340, o momento agora não é tanto de crítica, mas sim de compreensão do espírito dessa lei, de sensibilização para os seus aspectos principais, e, principalmente, de assimilação e introspecção dos principais valores que inspiraram as mudanças introduzidas por essa Lei em nosso ordenamento jurídico, para que possamos utilizá-la e aplicá-la da melhor maneira possível, visando atingir os fins a que se destina. Entendo que esta Lei apresenta diversos aspectos extremamente relevantes que precisam ser ressaltados e explorados.

#### **Alguns aspectos jurídicos mais relevantes da Lei 11.340/2006.**

O primeiro aspecto jurídico que devemos frisar é que essa lei precisa ser compreendida como uma ação afirmativa. Falar que essa lei é inconstitucional – como muitos têm argumentado – é não compreender o que é uma ação afirmativa, ou então assumir até mesmo uma posição contrária a qualquer ação afirmativa. Sustentar que essa lei é inconstitucional é desconhecer um dos maiores objetivos do Estado brasileiro que é a redução das desigualdades. A Lei 11.340, como falei antes, parte de um reconhecimento histórico das desigualdades no exercício das relações de poder na família para, a partir

desse reconhecimento de desigualdade, apresentar instrumentos que possibilitem buscar a sua redução. De fato, ela apresenta um tratamento desigual, mas objetivando tentar reduzir as inegáveis desigualdades de gênero no âmbito familiar. Ela não desconhece a igualdade formal de homens e mulheres perante a lei, mas ela reconhece também que essa igualdade formal não foi suficiente para superar as desigualdades materiais e as desigualdades reais que têm permitido historicamente a perpetuação da violação dos direitos fundamentais das mulheres no âmbito familiar.

Um outro aspecto positivo que se apresenta muito claro na Lei Maria da Penha é que ela traz normas de caráter preventivo e protetivo, muito mais do que o aspecto punitivo ao qual se tem dado muito destaque. A Lei Maria da Penha inova, em grande parte, pelo seu elevado cunho de prevenção e proteção, não apenas com relação aos direitos fundamentais da mulher, mas de todo grupo familiar. É importante que se repita que essa lei tem por objetivo regulamentar o § 8º do art. 226, que se refere ao enfrentamento da violência no âmbito da família. Nesse contexto, a nova Lei, ao proteger a mulher, protege também, inegavelmente, todo o grupo familiar.

Quanto às lides individuais, se por um lado a Lei 11.340 traz o procedimento ordinário do processo penal - o que tem sido muito criticado - por outro lado ela traz a garantia de celeridade e efetividade das medidas protetivas de urgência. Assim, ainda que o inquérito policial se apresente com procedimento certamente muito mais lento do que os Termos Circunstanciados de Ocorrência (da Lei 9.099), não se pode negar que as medidas protetivas de urgência podem representar a forma mais célere de prevenção e garantia de proteção dos direitos fundamentais na família, devendo o Ministério Público estar atento para que essas medidas sejam efetivamente implementadas.

Um outro ponto a ser ressaltado é que a Lei 11.340 não se limita a apresentar instrumentos para a solução de lides individuais isoladas, ela apresenta diretrizes para políticas públicas voltadas ao enfrentamento da violência doméstica e familiar, o que deve merecer uma atenção especial do Ministério Público, a quem compete acompanhar a atuação dos Estados e dos Municípios fiscalizando e cobrando (por meio das medidas cabíveis) a implementação de políticas públicas que obedeçam as diretrizes estabelecidas na Lei.

Mas o aspecto que eu considero como o de maior avanço dessa lei é a possibilidade de utilização conjunta das normas civis e penais, tanto materiais como processuais. Afirmo que é um avanço porque rompe com um dos mais antigos dogmas que mantemos na ciência do Direito: a compartimentalização do Direito. O dogma que se mantém nas dicotomias: público x privado, civil x penal, processo civil x processo penal. Essa lei, na minha opinião, vai ao encontro do que existe de mais contemporâneo na ciência do Direito, que é o estudo do Direito por problemas e não o estudo do Direito

por áreas. A mulher, vítima de violência no âmbito das relações domésticas ou de família, vive um grande problema familiar que, apesar de complexo, para ela é um só, mas, pela nossa tradicional organização judiciária, essa mulher acaba forçada a ver seu problema pulverizado em diversos processos judiciais, em diversos órgãos judiciários, em diversas Promotorias de Justiça. Isso não é só dificultar o acesso à Justiça, é praticamente negar a essa mulher o acesso à Justiça, porque essa mulher não vai conseguir ver chegar ao fim seus diversos processos. Se chegar com vida, ela não mais terá mais qualquer estrutura para acompanhar tantos processos em tantos órgãos judiciários diferentes. Acredito que essa lei avançou muito ao permitir que o mesmo órgão judiciário possa aplicar as normas de direito civil e direito penal, as normas de processo civil e processo penal, e também as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, quando for o caso. Isso é um grande avanço, porque mostra que é possível abandonarmos o antigo dogma que vincula e restringe processos e órgãos jurisdicionais a ramos isolados do Direito. Podemos sim estudar o direito não por disciplinas estanques, mas por problemas. O Ministro Eros Roberto Grau já falava há muito tempo que o Direito não se aplica em tiras, o Direito não se aplica aos pedaços, o Direito se aplica por inteiro. E, se não aplicarmos o direito por inteiro, a vítima vai continuar com a sua questão familiar sem solução e a violência vai se repetir cada vez mais. Esses são alguns aspectos que considero dos mais relevantes.

### **O papel do Ministério Público**

Qual é a responsabilidade do Ministério Público dentro desses aspectos que levantei como essenciais? Nas lides individuais, ele tem que fiscalizar e garantir a celeridade e a efetividade na aplicação das medidas cabíveis, não apenas por meio de mera intervenção processual. Mesmo para as lides individuais, deve agir dentro do seu novo perfil constitucional, dando cada vez mais atenção às atividades extraprocessuais (reunir com Delegados, com equipes técnicas; buscar instrumentalizar o caminho e os meios necessários para que realmente possam ser efetivadas as medidas protetivas; fiscalizar a instalação e estruturação das casas-abrigo, casas de passagem etc).

Além disso, ainda quanto às lides individuais o Ministério Público passou a ter uma grande responsabilidade com a obrigação imposta pela Lei Maria da Penha (art. 26, III) em manter dados estatísticos atualizados sobre a questão da violência doméstica. O objetivo certamente não será manter um controle dos antecedentes dos agressores. Entendo que o Ministério Público precisa ter dados estatísticos do perfil da vítima (idade, raça, escolaridade etc), da mesma forma, do perfil do agressor, do perfil do tipo de relação familiar com incidência de casos de violência doméstica, para que, a partir de um levantamento estatístico, ele possa atuar nas políticas públicas. De que forma o Ministério Público poderá dirigir suas cobranças ao Poder Público se não

tiver um material estatístico apropriado para acompanhar essas políticas públicas? Acredito que este controle de dados estatísticos é um instrumental muito forte para que o Ministério Público tenha uma boa atuação também nas questões relativas aos interesses transindividuais. Nesse sentido cabe ao MP fiscalizar os estabelecimentos públicos e privados, ajuizar medidas judiciais quando for o caso, e, principalmente, buscar viabilizar uma atuação integrada. Isoladamente, o Ministério Público, o Poder Judiciário e a Defensoria Pública não vão conseguir o objetivo comum a que eles se propõem.

### **Algumas questões práticas**

Agora gostaria apenas de pontuar algumas questões que têm sido muito debatidas após o advento da Lei 11.340.

Nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher a ação penal é pública incondicionada? É necessária a representação da vítima ou não? Confesso que não me sinto à vontade para apresentar conclusões. Algumas coisas que, para mim, parecem óbvias, pacificadas, são apresentadas de maneira diferente a cada novo livro lançado sobre o assunto. Realmente, a lei é nova e as opiniões são muito contraditórias. Quais são as consequências práticas da criação dos órgãos da justiça ordinária (os Juizados de Violência Doméstica Familiar contra a Mulher)? Primeiro, temos que afastar a idéia de que esses Juizados, como a lei denomina, poderiam ser Juizados Especiais Criminais. Não são. Eles têm o nome de Juizado, assim como o Juizado da Infância e Juventude é denominado, sem que se imagine que se trate de um Juizado Especial Criminal. Muitos ainda defendem que a competência para as causas de violência familiar contra a mulher deva continuar sendo dos Juizados Especial Criminais e, conseqüentemente, que tais causas devam ser tratadas como questões menores, coisas pequenas, de menor potencial ofensivo, devendo ser permitida a transação penal e a composição. Foi exatamente essa visão de diminuição da importância dos casos de violência doméstica que fizeram com que os movimentos de mulheres lutassem pela retirada da Lei nº 9.099. Foi exatamente esse olhar, considerando as causas de violência doméstica contra a mulher como coisa *pequena*, como *coisa menor* que provocou a proibição de aplicação da Lei nº 9.099 para os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Foi nossa culpa - e digo nossa: do Ministério Público, Poder Judiciário, aplicadores do direito - ao permitir a aplicação de transação como pagamento de cesta básica para homens que batem em mulheres. Foi por causa da má aplicação da Lei nº 9.099 às questões de violência contra a mulher que temos hoje a sua retirada integral. Temos que tomar cuidado para não aplicar de maneira displicente também essa Lei nº 11.340, senão vamos incorrer no mesmo erro. Nós, profissionais do Direito, fomos os responsáveis pela má aplicação dos instrumentos muito bons que tínhamos na Lei nº 9.099. Seria possível, eu acredito,

aplicar a Lei dos Juizados Especiais com sanções realmente de caráter pedagógico para os agressores, com penas alternativas que realmente permitissem a esses agressores a sensibilização a respeito dos motivos, circunstâncias e consequências que envolvem a violência doméstica. Pagar uma cesta básica não provocava reflexão alguma.

Quanto à competência dos novos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, temos na Lei Maria da Penha, basicamente, dois artigos que devem ser ressaltados: art. 14 e art. 41. Acredito que são os dois dispositivos que nos dão uma luz a respeito do que é ou do que deva ser esse Juizado de Violência Doméstica Familiar contra a Mulher. Primeiro, não é Juizado Especial Criminal. Os novos Juizados são órgãos da justiça ordinária. Eles não são varas penais, nem são varas cíveis. São órgãos da justiça ordinária, com competência cível e criminal. A lei não fala em competência *residualmente* cível ou competência *primordialmente* criminal. A lei fala em competência cível e criminal. Se nós encararmos esses juizados como simples varas penais, vamos ter, simplesmente, a aplicação de penas e não vamos conseguir olhar o aspecto global da questão da violência no grupo familiar. Acredito, então, que precisamos superar os nossos preconceitos, mudar as nossas mentalidades, e simplesmente entender que, pela nova Lei, temos um juiz que pode ser, ao mesmo tempo, um juiz cível e criminal. Quantas comarcas no interior têm apenas uma vara em que o Juiz é, ao mesmo tempo, cível e criminal? E ninguém questiona a competência desse Juiz. Mas o que se tem visto é uma grande resistência em se reconhecer um Juizado de Violência contra a mulher que possa julgar as causas cíveis e criminais decorrentes dessa violência. Para mim, é muito claro que a Lei Maria da Penha prevê a criação de uma vara que não é cível e nem criminal, é uma vara de competência híbrida, e assim acredito que ela deva ser considerada. Mas eu tenho um dever de honestidade para com vocês: devo lhes dizer, pelo que tenho lido, que eu sou a única que pensa assim. Os autores que eu li a respeito desse assunto dizem que essas varas de violência doméstica devem ser varas criminais. Todos os artigos e livros que eu li dizem que é absolutamente impensável que um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tenha competência para ações de divórcio, separação, guarda, alimentos, etc. Então, vejo que aquilo que eu acreditava ser um aspecto brilhante dessa lei, os juristas têm simplesmente ignorado e até mesmo negado.

Outro aspecto que tem se mostrado muito polêmico gira também em torno do art. 41, que diz que aos crimes de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099. A intenção do legislador foi clara, atendendo inclusive aos reclamos dos movimentos de mulheres, ou seja, afastar integralmente a Lei nº 9.099 em qualquer caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Esse era o espírito do legislador e o pleito dos movimentos de mulheres. Só que a lei afirma que “[...] aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a Lei nº 9.099”. Diante da técnica

jurídica que diferencia crime de contravenção, o que alguns têm defendido é que relativamente às contravenções ainda se deve aplicar a Lei nº 9.099, porque a lei só afastou sua aplicação *aos crimes*.

A consequência do afastamento da Lei nº 9.099 é a de definir o limite desse afastamento. Em Belém, todas as delegacias estão aplicando a Lei nº 9.099, e estão lavrando Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs) e não inquéritos para as contravenções que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. Ainda que por celeridade se queira aplicar a Lei nº 9.099, entendo que a competência para processar, julgar e executar, mesmo pelo rito da Lei nº 9.099, deve ser do novo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e não dos Juizados Especiais Criminais.

O art. 14 da Lei 11.340 afirma que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher são competentes para as “causas” decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, não diferenciando o tipo de infração (se crime ou contravenção). Se é para interpretar literalmente o art. 41, que se interprete literalmente também o art. 14. Lá em Belém partilham desse entendimento somente eu e a outra Promotora de Justiça que atua também na mesma Promotoria. Mesmo para aqueles que insistem em interpretar literalmente a Lei nº 11.340, não se pode mais permitir juizados Especiais Criminais processando e julgando questões de violência doméstica e familiar contra a mulher. Defendo que o art. 41, por uma interpretação sistemática e atendendo o espírito da Lei, afasta inteiramente a aplicação da Lei 9.099. Mas, ainda que se queira insistir pela interpretação literal do referido dispositivo, há de se conservar a competência dos Juizados de Violência Doméstica Familiar contra a Mulher tanto para contravenções quanto para crimes (ou que se remetam todos para as varas criminais enquanto não instaladas as varas especializadas, na forma do art. 33 da Lei 11.340). Vamos aguardar para ver como o Poder Judiciário vai se manifestar sobre essa controvérsia.

Outra consequência da não aplicação da Lei 9.099 é o afastamento das medidas despenalizadoras, a vedação da transação penal, da composição civil, da suspensão condicional do processo.

Com relação ao crime de lesão corporal, surgiu uma polêmica ainda maior: afinal, o crime de lesão corporal passou a ser de ação penal pública incondicionada? Eu digo que ele não *passou* a ser de ação penal pública incondicionada, ele *voltou* a ser de ação penal pública incondicionada, como já era no Código Penal. Foi a Lei nº 9.099, art. 88, que tornou a lesão corporal leve e a lesão culposa condicionada a representação. Afastada a possibilidade de aplicação do art. 88 da Lei nº 9.099, a ação penal para os crimes de lesão corporal volta a ser disciplinada pelo Código Penal. Acho que não há que se falar em lesão leve ou não. É uma lesão qualificada. A lesão praticada no

âmbito doméstico contra a mulher é qualificada por essa circunstância e vai ter uma pena especificamente prevista que, agora, vai até três anos.

Quanto aos demais crimes praticados contra a mulher em ambiente doméstico e familiar, o tipo de ação penal vai necessariamente depender do tipo penal. Violência doméstica e familiar contra a mulher não é um tipo penal, é um critério de conceituação. Um critério para identificar se um determinado tipo penal está inserido no contexto da violência doméstica familiar ou não; para aferir se uma lesão corporal é violência familiar ou não; se uma ameaça, um constrangimento ilegal, um homicídio, uma injúria, enfim, se qualquer tipo penal é ou não violência doméstica e familiar. Se um parente, um companheiro, marido, namorado (ou *ex*) retira a vida de uma mulher no âmbito doméstico, não se pode negar que se trata de violência doméstica e familiar. Por isso defendo que deve ser aplicada a Lei nº 11.340 também para os homicídios (inclusive a agravante genérica, as medidas protetivas de urgência e todos os demais dispositivos da referida Lei).

Na conceituação do que é violência doméstica e familiar contra a mulher, depreende-se que a Lei nº 11.340 se aplica a todos os tipos penais em que se constate qualquer ação ou omissão baseada em gênero que cause à vítima morte, lesão, sofrimento físico, psíquico ou sexual, dano moral ou patrimonial. Portanto, quanto às formas de manifestação, a violência contra a mulher pode ser física, psíquica, sexual, moral ou patrimonial, desde que praticada no âmbito doméstico ou familiar, por quem tenha com a vítima uma relação de parentesco, ou, ainda, por quem mantenha (ou tenha mantido) uma relação de conjugalidade ou um vínculo afetivo-amoroso com essa vítima, mesmo fora do espaço doméstico.

Há que se ressaltar que, para efeito de aplicação da Lei nº 11.340, a vítima deve ser necessariamente mulher, mas os agressores podem ser indistintamente mulher ou homem, independentemente da orientação sexual. Isso porque a Lei nº 11.340 reconhece expressamente a possibilidade das uniões homoafetivas como também destinatárias da proteção constitucional (parágrafo único do artigo 5º).

Quanto às providências e as atribuições da polícia. A Lei nº 11.340 elenca um extensivo rol de atribuições da polícia. Isso é preocupante, pois a Polícia (pelo menos na realidade que eu conheço) não está estruturada pra colocar em prática todas as atribuições previstas pela Lei. É preciso cobrar a aplicação da nova Lei, mas, ao mesmo tempo, precisamos estar sensibilizados e atentos para a necessidade de estruturação da Polícia, para não se cobrar o que não se tem estrutura para realizar. Então, é mais uma evidência da necessidade de se trabalhar em conjunto com a polícia para a obtenção da estrutura necessária para dar conta das muitas atribuições. Além de tomar por termo, informar a vítima sobre todas as medidas que ela tem direito,

encaminhar ao Juiz, em um prazo de 48 horas, o pedido de medidas protetivas de urgência, concluir o inquérito (que são as atribuições básicas), a autoridade policial precisa garantir a proteção da vítima. A autoridade policial tem ainda que encaminhar a vítima diretamente para o posto de saúde, para o hospital, para o IML; tem que fornecer transporte para a ofendida tirar os seus pertences de casa enquanto o agressor não for afastado; conduzir a vítima para as casas-abrigo etc. A Polícia vai ter que acompanhar ou colocar um servidor praticamente à disposição da vítima e é muito difícil, em cada caso concreto, implementar todas essas medidas. Seria o ideal, mas ainda não temos essa estrutura, pelo menos não no Estado do Pará e acredito que também nos demais Estados.

Sobre as medidas protetivas, elas são muitas e não se restringem àquelas expressas na lei. O que acho interessante ressaltar nesse momento é que essas medidas se apresentam em quatro espécies: medidas voltadas a obrigar mais diretamente o agressor; medidas aplicadas à vítima, com caráter pessoal; outras medidas também aplicadas à vítima, com caráter patrimonial, e ainda medidas aplicadas na relação de trabalho. O Juiz de Direito tem ainda mais ampliada sua competência, em algumas situações, para aplicar medidas que interferem também em relações de trabalho. Teremos, então, mais um dogma a superar, com a intervenção do magistrado da Justiça Estadual nas relações de trabalho em que a vítima se insere.

Um outro aspecto interessante, ainda quanto às medidas protetivas, é que, além da ofendida, somente o Ministério Público tem legitimidade para postular essas medidas de proteção. Mesmo antes da Lei Maria da Penha eu já defendia esse posicionamento (como a legitimidade para o Ministério Público propor Medidas Cautelares de separação de corpos e afastamento do lar), pois entendo que se trata de defesa de direitos fundamentais. Agora, por previsão expressa na Lei, o Promotor de Justiça já pode - e deve - requerer medidas cautelares civis. Lembrem-se de que podemos aplicar medidas cautelares do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal também. Além disso, essas medidas elencadas na Lei nº 11.340 não constituem um rol taxativo, é possível o Juiz aplicar outras medidas que se fizerem necessárias para a proteção da vítima e do grupo familiar. Recentemente, nós conseguimos obter em um processo que tramita por uma das novas Varas especializadas instaladas, a concessão de guarda provisória, apesar de tal medida não estar expressamente prevista dentre as elencadas na Lei 11.340. Era uma situação peculiar em que se mostrava necessário regulamentar provisoriamente a guarda em relação ao filho do agressor, diante do pedido de prisão preventiva do acusado de homicídio.

Dentre as medidas protetivas de urgência aplicadas ao agressor encontram-se a restrição à posse e uso de armas, afastamento do lar, alimentos, proibições de determinadas condutas (como a proibição de se comunicar e se aproximar da ofendida, restrição ou suspensão de visitas etc).



Há também a prisão preventiva, que, na Lei nº 11.340, é regulada juntamente com as medidas protetivas (no art. 20). Ou seja, a prisão preventiva, nessas questões de violência doméstica e familiar contra a mulher, é também para garantir a aplicação das medidas de proteção. Nesses casos, portanto, a prisão preventiva tem uma função instrumental, tendo sido alterado o Código de Processo Penal, incluindo-se no art. 313 mais uma hipótese de prisão preventiva. Então, além daquelas circunstâncias tradicionais temos mais uma hipótese: a preventiva não é apenas para garantir a instrução processual ou garantir a aplicação da lei penal, ela é também para garantir a aplicação das medidas de proteção.

Dentre as medidas protetivas de caráter pessoal da vítima temos: o encaminhamento a programas de proteção, recondução ao lar, afastamento da própria ofendida, se assim ela preferir ou se fizer necessário, separação de corpos etc.

As medidas de proteção patrimonial podem se apresentar sob a forma de restituição de bens – é muito comum o agressor, além de bater, além de humilhar, também retirar da vítima todos os seus documentos, instrumentos de trabalho etc. É muito comum a agressão patrimonial junto com a agressão física e psíquica. A restituição, nesses casos, tem que ser imediata. Também de caráter patrimonial é a medida de proibição para a celebração de atos. Também é freqüente que os agressores tenham procuração da sua companheira para que eles possam praticar todos os atos da vida civil (por exemplo, quando eles têm, em comum, microempresas ou um estabelecimento comercial, ficando o agressor com uma procuração para praticar todos os atos em nome da esposa ou companheira).

Quanto às medidas de proteção à vítima nas relações de trabalho certamente ainda vão ser objeto de muita polêmica (é preciso uma aproximação do Ministério Público Estadual com o Ministério do Trabalho e com os Procuradores do INSS para ver qual a posição que eles têm e definir um posicionamento interinstitucional em relação a isso). Diz a Lei nº 11.340 que o Juiz pode determinar que a vítima se afaste do local de trabalho com a garantia de estabilidade no emprego por até seis meses. Aí vem outra questão: quem vai pagar o salário dessa vítima durante esses seis meses? Eu acredito que o procedimento, guardadas as proporções, deva ser semelhante ao CAT – Comunicação de Acidentes de Trabalho – em que os órgãos previdenciários são comunicados sobre o acidente de trabalho, devendo o empregador arcar com o pagamento do salário nos primeiros dias, devendo, posteriormente, o Poder Público arcar com o pagamento. A idéia seria essa, mas ainda não há instrução normativa nesse sentido. Outra medida é no caso de servidoras públicas que devem ter a prioridade na remoção quando for necessário que ela trabalhe em outro local para a garantia da sua integridade. Acredito que, aqui, o próprio Poder Judiciário estadual pode aplicar essas medidas. Entendo que não há que se falar em interferência na competência da Justiça

Federal, ainda que se trate de servidora de órgão federal. Da mesma forma que um juiz pode mandar descontar alimentos de órgão público federal, acho que não há invasão de competência da esfera federal.

Outro ponto controverso tem sido a possibilidade de desistência da vítima. A lei fala que a ofendida só pode renunciar à representação perante o Juiz. Aí voltamos à discussão da interpretação literal desse termo, que, tecnicamente, não seria renúncia, mas a retratação da representação. Mas nada impede que se utilize esse dispositivo da Lei 11.340 (referindo-se à renúncia) com o mesmo sentido que à lei processual atribui à retratação da representação, obviamente nos casos em que realmente for ação penal pública condicionada à representação. Então, a resposta para pergunta que comumente se tem feito - se os crimes de violência doméstica são de ação penal pública condicionada ou incondicionada - depende do tipo penal a que se refere. Não é possível generalizar que todo crime de violência doméstica familiar contra a mulher seja de ação penal pública condicionada ou incondicionada. Vai depender do tipo penal. Se for crime de ameaça, a ação vai ser condicionada à representação; se for homicídio, será incondicionada; se for injúria será ação privada; e assim por diante. Portanto, a vítima pode se retratar da representação quando for o caso de ação pública condicionada, porém somente perante a autoridade judicial. Se a vítima procurar a Polícia ou o Ministério Público querendo desistir daquele processo (havendo uma provocação ou qualquer forma de manifestação de interesse que parta da vítima), deve ser designada uma audiência para que possa se retratar.

Quanto à polêmica, no caso, se é renúncia ou se é retratação, acho que é uma simples questão de denominação. Trata-se de retratação da representação, mas entendo que o mesmo se aplica à hipótese de renúncia do direito de queixa perante a autoridade judicial. Essa é a minha opinião, que, porém não é compartilhada por muitos autores que tenho lido, que defendem que essa exigência de oitiva pessoal da vítima pelo Juiz somente se aplica à representação (em caso de ação penal pública condicionada) e não se aplica à queixa. Ou seja, para alguns autores a mulher pode renunciar à queixa-crime que ajuizou, nos casos de ação privada, independentemente de se apresentar pessoalmente perante o Juiz. Acho que isso foge ao espírito da lei, pois entendo que o objetivo da lei foi evitar que essa mulher fosse coagida pelo seu companheiro a desistir do processo criminal (seja forçando-a a renunciar à queixa ou a se retratar da representação). Então, acho que, para que ela tenha uma garantia, para que o Juiz se convença de que ela realmente quis desistir, essa desistência deve ser feita perante a autoridade judicial. Esse é o meu posicionamento.

Quanto à questão de flagrante e fiança, é importante que se ressalte que essa lei não tornou nenhum crime inafiançável. Tenho escutado muitas opiniões afirmando que, agora, o crime de violência doméstica e familiar contra a mulher passou a ser

inafiançável. Eu não consigo encontrar fundamento para essa afirmação em lugar algum. Um crime continua sendo afiançável ou não, respeitados os critérios legais de concessão da fiança. Se for o caso de detenção, a fiança pode ser concedida pela própria autoridade policial, nos outros casos permanece a possibilidade de concessão de fiança pelo juiz, respeitado o limite legal de dois anos de pena de reclusão, bem como, ainda, tem-se a possibilidade de concessão de liberdade provisória independentemente de fiança.

Quanto à nova agravante genérica, vale lembrar que a Lei 11.340 fez incluir no art. 61, inciso II, do Código Penal, mais uma circunstância como agravante genérica a ser aplicada a todos os crimes praticados contra a mulher em ambiente doméstico e familiar (inclusive no de homicídio).

Outra questão que tem se apresentado se refere à identificação criminal do acusado. Lá em Belém muitas das delegadas começaram a fazer a identificação criminal indistintamente de todos os agressores, uma vez que entendem que a Lei nº 11.340 afirma expressamente que a autoridade policial deve “[...] ordenar a identificação do agressor”. Mas eu entendo que essa identificação deve, obviamente, respeitar a legislação vigente a esse respeito. Então, se houver a identificação civil, não precisa o constrangimento da identificação criminal. Há que se interpretar a Lei 11.340 conjuntamente com o art. 3º da Lei 10.054/2000.

Não poderia deixar de manifestar minha opinião quanto à controvérsia em torno da constitucionalidade da Lei 11.340. Acho que essa é uma das leis mais constitucionais que eu já conheci, pois ela visa concretizar um dos objetivos constitucionalmente estabelecidos para o Estado brasileiro que é a redução das desigualdades. Ela trata de maneira desigual para tentar reduzir a desigualdade e os efeitos das desigualdades nas relações familiares. Como disse antes, ela parte desse reconhecimento das desigualdades materiais. Eu não consigo vislumbrar uma inconstitucionalidade nessa lei pelo simples argumento da igualdade formal.

Da mesma forma, com relação ao afastamento da competência dos Juizados Especiais Criminais, também não vejo inconstitucionalidade. Os crimes militares foram afastados da competência dos Juizados Especiais Criminais e ninguém argumenta a inconstitucionalidade desse afastamento. Somente no caso de violência contra a mulher esse afastamento seria inconstitucional? Eu acredito que não, porque a própria Constituição Federal diz que esses Juizados Especiais Criminais vão atuar nas hipóteses previstas em lei (CF, art. 98, I) e, no caso, a lei infraconstitucional afastou o Juizado Especial Criminal das hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para concluir, gostaria de ressaltar a importância de ter sempre em mente os motivos que justificaram essa lei, que, de acordo com a recomendação da OEA, foram simplificar os procedimentos judiciais, favorecer o encontro de formas alternativas e rápidas na solução dos conflitos. O encaminhamento do projeto de lei 4559/2004 pelo Executivo ao Congresso Nacional deixou claro que o objetivo dessa lei era o atendimento global das questões familiares e eu acredito que isso tem que ser observado pelos novos Juizados que vierem a ser instalados, porque precisamos ultrapassar esses dogmas e conseguir, realmente, ter Varas Especializadas com competência cível e criminal. Em Belém, temos duas Varas de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, criadas por meio da Lei Estadual nº 6920/2006 (DOE/PA 24/10/2006). A primeira vara é privativa de crimes do juízo singular e ainda competente para processos cíveis (envolvendo questões de violência doméstica e familiar contra a mulher) por distribuição. A segunda vara é privativa de crimes de competência do Tribunal do Júri e mais as ações de divórcio, separação, dissolução de união estável e outros processos cíveis por distribuição.

Muitas têm sido as críticas quanto à previsão da nossa Lei Estadual de cumulação de competência para processos do júri e para questões cíveis em torno da conjugalidade (também sob o argumento da inconstitucionalidade). Tenho ouvido de muitos colegas de diversos Estados que essa nossa Lei Estadual estaria ferindo a competência constitucional do Tribunal Júri. Mas é importante lembrar que a instituição do júri é reconhecida constitucionalmente, porém o órgão jurisdicional competente terá a regulamentação que lhe for dada em lei (conforme o inciso XXXVIII, do art. 5º da Constituição). Ou seja, há de ser regulamentado e introduzido por Lei Estadual na estrutura da Organização Judiciária de cada Estado. Não vejo qual o impedimento da lei estadual criar mais uma vara do júri.

Tínhamos, até então, três varas na comarca de Belém para crimes de competência do júri. A Lei estadual que criou as varas especializadas para as questões de violência doméstica, na verdade, criou mais uma vara do Júri, sendo que essa nova vara do júri tem competência para crimes de violência doméstica familiar contra a mulher.

No Ministério Público do Pará, temos uma Promotoria de Justiça com dois cargos de Promotor de Justiça, com atribuição para atuar nos processos em tramitação na primeira e segunda varas especializadas, obviamente lidando ainda com as mais diversas atividades extrajudiciais que já mencionei, na defesa dos interesses transindividuais.

Ainda é cedo para concluir se a proposta que adotamos no Estado do Pará terá resultados positivos ou não, mas certamente o objetivo a que nos propomos é superar velhos dogmas, por meio de uma atuação que atenda a questão da violência doméstica contra a mulher da maneira mais global possível, visando alcançar uma efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais na família.

Termino com uma poesia de Eduardo Galeano que lhes deixo para reflexão (talvez um pouco forte, mas que representa exatamente aquilo que percebemos no dia-a-dia da Promotoria de Justiça, na escuta das as vítimas de violência doméstica):

A extorsão, o insulto, a ameaça, o cascudo, a bofetada, a surra, o açoite, o quarto escuro, a ducha gelada, o jejum obrigatório, a comida obrigatória, a proibição de sair, a proibição de se dizer o que se pensa, a proibição de fazer o que se sente, a humilhação pública, são alguns dos métodos de penitência e tortura tradicionais na vida da família.

Para castigo à desobediência e exemplo de liberdade, a tradição familiar perpetua uma cultura do terror que humilha a mulher, ensina os filhos a mentir e contagia tudo com a peste do medo.

Os direitos humanos deveriam começar em casa.

Muito obrigada.

#### 4. DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

##### 4.1 LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE PARCELAMENTO E USO DE SOLO PARA SÍTIOS RECREATIVOS EM MINAS GERAIS

CRISTINA CAMPOS DE FARIA

Pós-Graduada com especialidade em Gestão Ambiental

Comissão de Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Referencial teórico. 2.1. A função social da propriedade. 2.2. O direito ambiental e seus princípios. 2.3. Licenciamento ambiental. 2.3.1. Licenciamento ambiental no âmbito nacional. 2.3.2. Licenciamento ambiental no âmbito estadual – Minas Gerais. 2.4. Zoneamento do solo. 2.4.1. Zoneamento do solo urbano. 3. Análise e discussões. 3.1. Competência para as questões ambientais. 3.2. Licenciamento ambiental. 3.3. Licenciamento ambiental para parcelamento do solo urbano no Estado de Minas Gerais. 3.4. Uso do solo rural na atualidade. 3.5. Viabilidade de licenciamento ambiental de parcelamento e uso do solo para sítios recreativos em Minas Gerais. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução

O meio ambiente sofreu por muito tempo com a atividade predatória do homem que, estimulado por sua ganância, retirou-lhe, de forma irresponsável, sem controle ou planejamento, as riquezas naturais, em busca de um lucro. A resposta da natureza para essas atividades foi catastrófica e os Governos mundiais passaram a se preocupar com meios legais de defesa contra a degradação ambiental. Deve-se ressaltar, no entanto, que a proteção ambiental não pode ser tarefa exclusiva do Estado, cabendo a cada indivíduo a obrigação de garantir às presentes e futuras gerações o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (FREITAS, 2005).

No Brasil, devido ao processo permanente de degradação ambiental, optou-se, nos anos 80, pela adoção de um regime jurídico público para as leis ambientais – tendo sido publicada a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – LPNMA (Lei nº 6.938/81), que não somente instituiu a Política e criou instrumentos de gestão ambiental, além do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, como também sistematizou as normas que anteriormente eram esparsas e setoriais. Essa Lei, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90, tem como objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar ao país, condições de desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Assim, com o objetivo de se obedecer às leis ou de se adaptar à nova realidade competitiva mundial, faz-se cada vez mais necessária a

adoção de políticas e medidas efetivas de controle e, principalmente, de prevenção de danos ao meio ambiente.

Há que se falar, no entanto, que o gerenciamento ambiental no Brasil iniciou-se, concretamente, com a promulgação da Resolução CONAMA nº 001/86, regulamentando a elaboração de Estudos e Relatórios de Impacto Ambiental – EIAs/RIMAs, para as ações que alterassem ou causassem impactos significativos sobre o ambiente. Nessa Resolução, o CONAMA definiu, também, a natureza dessas alterações, como qualquer mudança física, química ou biológica provocada pelas atividades humanas, que afetem o meio biológico, a qualidade dos recursos naturais, as atividades socioeconômicas e a saúde pública.

Assim, desde a década de 80, vem sendo preconizado, no Brasil, um novo padrão de gestão para o meio ambiente, promovido pelas mudanças das políticas voltadas à proteção e ao manejo dos recursos naturais. A Lei nº 6.938/81 foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88, que dedicou, de forma inovadora, todo um capítulo ao meio ambiente, impondo como obrigação da sociedade e do próprio Estado, a preservação e defesa do meio ambiente. Acrescenta-se que a tutela ambiental passou a ter respaldo, também, nos fundamentos da República Federativa do Brasil no que se refere à dignidade da pessoa humana, visando a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma sadia qualidade de vida (FERNANDES, 2005).

Com a finalidade de se alcançar os objetivos mencionados nos incisos I a XII do artigo 9º da Lei da PNMA foram instituídos instrumentos de gestão ambiental. Ressalta-se que, dos instrumentos prévios de controle ambiental, os que mais efetividade trazem à política ambiental são o estudo de impacto ambiental e o processo de licenciamento ambiental, porque vinculados a uma visão de proteção dos recursos naturais e de controle de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras. No entanto, por ser enfoque deste trabalho e considerado um dos mais importantes instrumentos da PNMA para o controle de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras desde a Lei Federal nº 6.938/81, ressaltamos o segundo instrumento: o licenciamento ambiental (ANTUNES, 2000). Saliente-se que o licenciamento é basicamente uma atividade a ser exercida pelo Poder Público Estadual, segundo a legislação citada e conforme os ditames da Resolução CONAMA nº 237/97.

No Estado de Minas Gerais o licenciamento está a cargo da Secretaria de Meio Ambiente – SEMAD e seus órgãos: Instituto Estadual de Florestas – IEF, Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM e Instituto Mineiro de Gestão de Águas – IGAM. No exercício da função de Analista Ambiental do IEF, a autora pôde verificar uma *lacuna* na legislação ambiental no tocante ao processo de licenciamento em relação

às propriedades situadas entre o solo rural e a expansão urbana – *zona fronteira*, os chamados sítios recreativos –; tendo tal *lacuna* suscitado o seguinte questionamento: Será viável a proposição metodológica para licenciamento ambiental de parcelamento e uso do solo para sítios recreativos em Minas Gerais, tendo como parâmetro o licenciamento ambiental para parcelamento e uso do solo urbano no mesmo Estado da Federação?

O resultado que se espera alcançar com essa exposição é a propositura de uma nova deliberação normativa do Conselho Estadual de Política Ambiental, visando ao licenciamento para esse fim, tentando-se evitar ou diminuir os impactos ambientais causados com a diminuição da densidade demográfica nestas áreas e, ainda, reduzindo a produção de resíduos sólidos e líquidos, amenizando a impermeabilização do solo. A falta de exigência legal de licenciamento tem gerado o surgimento de loteamentos clandestinos e/ou ilegais (chacreamento), com deficiência em infra-estrutura básica necessária à subsistência, em atendimento ao mínimo de dignidade humana, descaracterizando a propriedade como módulo rural, principalmente, no que se refere ao percentual mínimo de parcelamento de módulo rural. E, ainda, incapaz de atender um de seus requisitos legais, qual seja, a exploração extrativa, agrícola, pecuária, agroindustrial. Dessa forma, não se enquadrando à legislação da propriedade produtiva rural, nem sequer à legislação de propriedade urbana, por não se caracterizarem, conforme legislação municipal, como urbana ou de expansão urbana.

Devido a essa descaracterização surge o interesse em analisar a viabilidade de licenciamento para tais propriedades, com infra-estrutura próxima ao loteamento, sem perder, contudo, as características de zona rural, ou seja, tornando-se *sítios recreativos*, capazes de atender a função social da propriedade, tendo em vista que, com a descaracterização da finalidade rural, verificou-se a finalidade especificamente urbana. Com tudo isso, estar-se-á cumprindo um mandamento constitucional de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, controlando e protegendo o uso do solo, seus mananciais hídricos; controlando-se, assim, a produção de poluição atmosférica, líquida e sólida, tendo em vista as exigências feitas no processo de licenciamento integrado, com a promoção de educação ambiental, alcançando, ainda, o princípio da função social da propriedade, conforme preceitua o artigo 186 da Constituição Federal.

## 2. Referencial teórico

Tendo em vista que o tema em análise surgiu de um questionamento profissional e em razão de se tratar de uma pesquisa com caráter exploratório, vale ressaltar que não encontramos qualquer teoria específica, havendo escassez de material teórico. No entanto, partimos de um quadro teórico pertinente em relação ao tema, capaz de



nos dar embasamento para as hipóteses lançadas, sem as quais não conseguiríamos trabalhar. Daí se verifica larga utilização da legislação do SISNAMA e, também, do Sistema Estadual de Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais – SISEMA, com o qual trabalhamos e que serve de referência para este trabalho. E, ainda, foi necessária a utilização dos seguintes regramentos jurídicos: Constituição Federal vigente, Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), entre outros. Quanto à doutrina pesquisada, verificam-se textos bastante conceituais, imprescindíveis à análise em questão.

### 2.1 A Função social da propriedade

Atualmente, o conceito de propriedade encontra-se atrelado à função social que ela desempenha. Essa nova conotação dada à propriedade consagrou-se com o advento da Constituição Federal de 1988. Mas nem sempre foi assim. A propriedade era concebida como um bem absoluto, de forma que o seu titular podia dela usar, gozar e dispor da forma que melhor lhe aprouvesse. A preocupação com a função social da propriedade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1946, apesar de não fazer menção direta ao princípio da função social, limitando-se à previsão de que o uso da propriedade está condicionado ao bem estar social. Na Constituição de 1967, o instituto aparece de modo explícito no texto constitucional, como princípio informador da ordem econômica e social.

Porém, como já salientado, apenas na Constituição de 1988 a função social passou a integrar o capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais. A partir de então surgiu a necessidade de uma revisão do conceito de propriedade. Fernandes (2005, p. 24) confirma que, “[...] com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma evolução substancial no que concerne ao tratamento constitucional concedido à propriedade”. Segundo Milaré (2001), a Constituição Federal garante o direito de propriedade, condicionando tal direito ao cumprimento de sua função social e à defesa do meio ambiente. Garante, também, o livre exercício de qualquer atividade econômica, atendidas apenas as eventuais restrições impostas por lei em prol do interesse público. Isso ocorreu porque, “[...] no curso do tempo, o Direito brasileiro, Público e Privado, acompanhou a evolução do instituto e, partindo da sua concepção individualista, progressivamente realçou e afirmou a função social da propriedade privada” (OLIVEIRA apud FREITAS, 2005, p.129).

Como se verifica no próprio caput do art. 225 da CF/88, relata-nos Antunes (2000) que o Direito Ambiental é um dos direitos humanos fundamentais porque é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, de interesse comum. Decorre daí que o respeito aos valores ambientais passa a ser condicionante para o cumprimento da função social da propriedade, pois, propriedade que não é

utilizada de maneira ambientalmente sadia não cumpre a sua função social. De onde se conclui que, com o advento da CF/88, a função social da propriedade, antes havida como mera conformadora de um ideal político, eleva-se a princípio significativo de aplicação constitucional, responsável pela efetividade da norma superior em relação a todo o sistema jurídico (FERNANDES, 2005).

Nossa Constituição Federal atual dispõe sobre o direito de propriedade em situações distintas. Inspirada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a Carta Magna em seu artigo 5º, XXII, inseriu a propriedade dentro das garantias individuais. Por outro lado, em seu artigo 170, inciso II, com evidente conotação capitalista, elevou a propriedade à condição de princípio regulamentador da ordem econômica. Assim, de acordo com Godoy (1999), cai por terra a idéia arcaica da propriedade como um bem absoluto. Pois o direito de propriedade somente pode ser concebido, e assim garantido pela ordem constitucional, se utilizado com vistas no cumprimento da função social que lhe é inerente.

A própria Carta Magna delinea quando uma propriedade atinge sua função social. No capítulo referente à política urbana, artigo 182, § 2º, prescreve que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Já no capítulo referente à política agrária e fundiária e à reforma agrária, o artigo 186 determina que a função social da propriedade é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, aos requisitos da produção (uso racional e adequado), da ecologia (preservação e conservação dos recursos naturais) e social (respeito aos direitos trabalhistas), conforme Teixeira (2000). Assim sendo, a partir do momento em que a propriedade agrária é considerada bem de produção, sua excelência está em produzir alimentos e matérias-primas. Contudo, exige a lei que o desenvolvimento da atividade agrária deve ser feito de forma racional e adequada. Daí verificarmos a obediência da Lei 8.629/93, ao regulamentar os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. O artigo 186, inciso II, da Carta Magna de 1988, ao definir o conteúdo positivo da função social da propriedade agrária acrescenta, dentre os requisitos para o seu cumprimento, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

A amplitude da norma constitucional está presente na lei delegada correspondente, ou seja, na citada Lei nº 8.629/93, que esclarece no seu artigo 9º e incisos os requisitos para o cumprimento da função social. De acordo com o parágrafo 2º, do artigo 9º, da lei acima, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis é possível quando respeitada a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade. E, ainda, em seu parágrafo 3º, considera como preservação do meio ambiente: a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade

dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Outro mandamento da Constituição Federal, artigo 186, inciso III, prevê que haja observância das condições que regulam as relações de trabalho para que a propriedade atinja sua função social. De acordo com o § 4º, do artigo 9º, da Lei nº 8.629/93, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parcerias rurais. O cumprimento dessas disposições converge para uma idealização da análise em questão – a proposição metodológica para licenciamento ambiental de parcelamento e uso do solo para sítios recreativos em Minas Gerais, visando atender a função social da propriedade. Nos dias atuais, é pacífico o entendimento de que a sobrevivência da espécie humana e sua qualidade de vida dependem de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de que a degradação ambiental coloca em risco o direito à vida e à saúde das pessoas (TEIXEIRA, 2000).

## 2.2. O direito ambiental e seus princípios

As particularidades do direito ambiental implicam vários princípios, além dos previstos na Constituição que devem ser observados por todo o ordenamento jurídico. Segundo Antunes (2000, p. 25), “[...] os princípios do direito ambiental estão voltados para a finalidade básica de proteger a vida, em qualquer forma que esta se apresente, e garantir um padrão de existência digno para os seres humanos desta e das futuras gerações, bem como de conciliar os dois elementos anteriores com o desenvolvimento econômico ambientalmente sustentado”. Para tanto, devemos reconhecer que os princípios são vigas mestras em defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando a sua preservação para as presentes e futuras gerações, conforme mandamento constitucional previsto no art. 225 e seus incisos, de onde Fernandes (2005) extraiu os seguintes princípios:

- O princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal;
- O princípio da informação e da notificação ambiental;
- O princípio da educação ambiental;
- O princípio da participação;
- O princípio do poluidor-pagador;
- O princípio da responsabilidade da pessoa física e jurídica;
- O princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional;
- O princípio da eliminação de modos de produção e consumo e da política demográfica adequada;

O princípio da prevenção e da precaução;  
O princípio do desenvolvimento sustentado.

Apesar da importância dos demais princípios, há que se destacar esses dois últimos. Quanto ao último, há que se levar em conta a distinção entre os campos que envolvem estes dois termos, dificultando sua abrangência por não serem harmônicos entre si. Desenvolvimento vem do campo da economia (que tem o objetivo de acumulação de bens e serviços de forma crescente e linear mesmo à custa de iniquidade social e depredação ecológica) e sustentabilidade provém do campo da ecologia e da biologia (afirma o equilíbrio dinâmico que permite a todos participarem e se verem incluídos no processo global) (FREITAS, 2005). Apesar disso, Freitas (2005, p. 237), citando Castro e Costa Neto, reforça a importância deste princípio: “[...] tal princípio sintetiza um dos mais importantes pilares da temática jus-ambiental, compondo o núcleo essencial de todos os esforços empreendidos na construção de um quadro de desenvolvimento social menos adverso e de um cenário de distribuição de riquezas mais equânime. Milaré (2001, p. 41) complementa esta idéia:

[...] Nos últimos anos, a sociedade vem acordando para a problemática ambiental, repensando o mero crescimento econômico, buscando fórmulas alternativas, como o desenvolvimento sustentável, ou o ecodesenvolvimento, cuja característica principal consiste na possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida - três metas indispensáveis.

Quanto ao princípio da prevenção e da precaução, verifica-se, também, uma confusão terminológica, havendo a utilização pelos doutrinadores de ambas as palavras referindo-se a este princípio. É o que nos demonstra Milaré (2001): “[...] há juristas que se referem ao princípio da prevenção, enquanto outros se reportam ao princípio da precaução. Há também os que usam ambas as expressões, supondo ou não diferença entre elas [...]”. Para o citado autor, “[...] a diferença etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que prevenção é mais ampla do que precaução e que, por seu turno, precaução é atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para os casos concretos”. Para ele, “[...] o princípio da prevenção é basilar em Direito Ambiental, concernindo à prioridade de que deve ser dada às medidas que evitam o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade”. Em razão deste princípio, algumas condutas foram consideradas delituosas. Dentre elas, “[...] o legislador, antevedendo os resultados nocivos de atividades mineradoras por quem não está autorizado, eleva o fato à categoria de ilícito penal. Não espera que o dano ocorra. Previne-o” (FREITAS, 2005, p. 210). E, segundo o mestre Milaré,

[...] a preocupação do legislador em ‘controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente’, manifestada no mesmo artigo, inciso V, são exemplos típicos deste direcionamento preventivo.

Esse princípio, portanto, juntamente com o do desenvolvimento sustentado, são bases para o licenciamento, razão pela qual os enfatizamos.

### 2.3 Licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental foi institucionalizado para proteger o meio ambiente, atuando como medida preventiva e corretiva. Por isso, para a sua concessão, uma série de questões devem ser levadas em consideração, tais como as exigências da legislação ou a conjugação da conservação e preservação do meio ambiente, compreendidas como parte de um planejamento estratégico com o desenvolvimento sustentado. Licenciamento ambiental é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação, modificação e operação de atividades e empreendimentos utilizadores de recursos ambientais considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, desde que verificado, em cada caso concreto, se foram preenchidos pelo empreendedor os requisitos legais exigidos, conforme Resolução CONAMA nº 237/97. Há, no Brasil, licenciamento ambiental nos âmbitos nacional, estadual e municipal, tendo este último competência para licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto local e daqueles que lhe forem delegados pelos Estados através de legislação e convênios. Neste trabalho nos restringiremos aos âmbitos nacional e estadual. Assim, temos:

#### 2.3.1. Licenciamento ambiental no âmbito nacional

No âmbito nacional, segundo Antunes (2000), o principal documento legal é o Decreto nº 99.274/90, instituído com a finalidade de regulamentar a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a PNMA. O objetivo geral da PNMA (Lei nº 6.938/81), previsto em seu artigo 2º, caput, é a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. No dizer de Milaré:

O que se poderia chamar de objetivos específicos vem elencado no art. 4º, em seus incisos I a VII.

[...]

O objetivo geral, dada a sua abrangência, só é alcançado com

a realização dos objetivos específicos que são suas partes integrantes; na inadimplência de alguns destes, aquele não se perfaz. Por seu turno, os objetivos específicos são implementados e atingidos quando as políticas respectivas são postas em prática, com seus planos, programas e projetos. Por isso, é evidente que os objetivos não quantificáveis são alcançados mediante uma ação sistemática e continuada. Assim a Política Nacional de Meio Ambiente consagra-se como um escopo permanente e estável para a sociedade brasileira (MILARÉ, 2001, p. 291).

Visando a um melhor entendimento sobre licenciamento, a Lei da PNMA nos fornece algumas definições: (art. 3º, da Lei Federal nº 6.938/81), a saber:

*Meio Ambiente* - o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

*Degradação da Qualidade Ambiental* - a alteração adversa das características do meio ambiente.

*Poluição* - a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

*Poluidor* - a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

*Recursos Ambientais* - a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Enquanto o art. 1º da Resolução CONAMA nº 237/97 acrescenta outras definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados

efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação da área degradada e análise preliminar de risco.

A Lei nº 6.938/81 instituiu, através de seu artigo 6º, o SISNAMA. Tal artigo dispõe quais os órgãos e entidades constituirão o SISNAMA, vejamos:

Art. 6º - Aos Órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, assim estruturado:

I - Órgão Superior - O Conselho de Governo, tem por finalidade assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II – Órgão Consultivo e Deliberativo - O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, tem por finalidade assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. É presidido pelo Ministro

responsável pela pasta e integrado por Conselheiros Titulares e Suplentes designados na forma da Lei.

III - Órgão Central - Ministério do Meio Ambiente, tem por finalidade planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a Política Nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente.

IV - Órgão Executor - O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, tem por finalidade executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente. É uma entidade autárquica, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, criada pela Lei Federal nº 7.735/89. O IBAMA exerce a Secretaria Executiva do CONAMA, sendo o principal responsável pelo cumprimento de suas deliberações.

V - Órgãos Seccionais ambiental - são os órgãos ou entidades estaduais, constituídos na forma da Lei, responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação

VI - Órgãos locais - os órgãos ou entidades municipais, incumbidos legalmente pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas respectivas jurisdições.

Como se vê, “[...] a própria criação do SISNAMA tem por finalidade última a organização de atribuições diferenciadas e a descentralização administrativa de forma cooperativa e harmônica” (ANTUNES, 2000, p. 105). Segundo o artigo 7º da Resolução CONAMA nº 237/97, o licenciamento será efetuado em um único nível de competência, repartindo-se harmonicamente as atribuições entre o IBAMA, em nível federal, os órgãos ambientais estaduais e os órgãos ambientais municipais. Em linhas gerais, ao IBAMA compete o licenciamento de empreendimentos e atividades com impacto ambiental de âmbito nacional ou que afete diretamente o território de dois ou mais Estados federados, considerados os exames técnicos procedidos pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar o empreendimento.

Aos órgãos ambientais municipais compete o licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto local e dos que lhes forem delegados pelos Estados através de instrumento legal ou convênio. Compete aos órgãos ambientais estaduais ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades cujos impactos diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios ou que estejam localizados em mais de um Município, em unidades de conservação de domínio estadual ou em florestas e demais formas de vegetação natural de preservação



permanente. Além disso, pode haver delegação do IBAMA para os Estados, por instrumento legal ou convênio. O CONAMA, como órgão consultivo e deliberativo que é, através da Resolução nº 237/97, em seu anexo 1, enumerou os empreendimentos e atividades sujeitas ao licenciamento ambiental, o que não poderíamos deixar de relacionar, dada a relevância para o presente trabalho.

- ✓ Extração e tratamento de minerais
- ✓ Indústria de produtos minerais não metálicos
- ✓ Indústria metalúrgica
- ✓ Indústria de material elétrico, eletrônico e comunicações
- ✓ Indústria de material de transporte
- ✓ Indústria de madeira
- ✓ Indústria de papel e celulose
- ✓ Indústria de borracha
- ✓ Indústria de couros e peles
- ✓ Indústria química
- ✓ Indústria de produtos de matéria plástica
- ✓ Indústria têxtil, de vestuário, calçados e artefatos de tecidos
- ✓ Indústria de produtos alimentares e bebidas
- ✓ Indústria de fumo
- ✓ Indústrias diversas
- ✓ Obras civis
- ✓ Serviços de utilidade
- ✓ Transporte, terminais e depósitos
- ✓ Turismo
- ✓ Atividades diversas
- *parcelamento do solo*
- ✓ Atividades agropecuárias
- ✓ Uso de recursos naturais

E, utilizando-se das palavras de Milaré (2001, p. 291), “[...] já se preconiza, aí, a compatibilização entre a qualidade ambiental e o processo de desenvolvimento econômico, entronizando-se a utilização racional e a disponibilidade permanente como condição ao equilíbrio ecológico propício à vida [...]”.

### 2.3.2 Licenciamento ambiental no âmbito estadual – Minas Gerais

As normas de licenciamento ambiental, no âmbito estadual, não podem ser menos restritivas do que as normas federais. Fernandes (2005) esclarece-nos que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o art. 8º, I, da Lei nº 6.938/81, que atribuiu ao CONAMA as competências para fixação de normas gerais de licenciamento

ambiental. No entanto, as normas estaduais não poderão estabelecer critérios mais brandos que os federais, por serem considerados padrão básico de proteção ambiental nacional. Em Minas Gerais, o COPAM, criado em 1977 como Comissão de Política Ambiental, e hoje denominado Conselho Estadual de Política Ambiental, tem sido o órgão responsável pela formulação e execução da política ambiental. Cabe destacar seu importante papel na formulação e condução da política ambiental nesta unidade da Federação, principalmente, pela possibilidade de participação de representantes da sociedade civil nas decisões.

O COPAM tem servido de parâmetro para a atuação dos Conselhos Governamentais Estaduais, dada à inovação na sua forma de atuação, especialmente, pelas suas características de órgão colegiado e pela participação de representantes de associações não governamentais como seus membros. Tais características inovaram a forma de organização de conselhos governamentais e a forma de elaboração de políticas públicas, conforme Relatório Final apresentado pelo Estado de Minas Gerais, em abril de 2001, ao Ministério do Meio Ambiente – MMA, em atendimento ao Programa Nacional do Meio Ambiente II – PNMA II, que tratava do diagnóstico da gestão ambiental nas unidades da Federação. Entre suas competências destacam-se a formulação de normas técnicas e padrões de qualidade ambiental, a autorização para implantação e operação de atividades potencialmente poluidoras e a aprovação das normas e diretrizes para o SISEMA.

A estrutura de organização do COPAM, também adotada pelo CONAMA, consagrou o processo de formulação de políticas ambientais através de uma estrutura colegiada e composta por representantes governamentais e da sociedade civil, como já dito anteriormente. O COPAM, até a criação da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SEMAD, em 07/09/95 através da Lei nº 11.903/95, exerceu o papel de órgão superior do sistema ambiental. No entanto, com a criação da referida Secretaria, houve um ajuste das atribuições das entidades que compunham o sistema anterior à nova configuração do Sistema de Meio Ambiente.

De acordo com o Decreto nº 44.316/06, os órgãos seccionais de apoio ao COPAM (art. 37, I a IV), vinculados à SEMAD, são órgãos executivos e de assessoramento técnico às Câmaras Especializadas (art. 7º, I a VI) e ao Plenário. Dentre as competências de caráter deliberativo do COPAM destacam-se a concessão de licença ambiental para atividades potencialmente poluidoras. Tal competência é exercida pelas Câmaras Especializadas, quais sejam, Câmara de Atividades Industriais – CID, Câmara de Atividades Minerárias – CMI e Câmara de Atividades de Infra-Estrutura – CIF (artigo 19, II), pertencentes à FEAM e, ainda, Câmara de Atividades Agrossilvopastoris – CAP (artigo 20, IV), pertencente ao IEF. Estas Câmaras são, também, dotadas de competência para elaboração de normas técnicas para a proteção ambiental, de acordo

com os respectivos temas. Assim, o licenciamento ambiental em Minas Gerais é exercido pelo COPAM, por intermédio das Câmaras Especializadas: da FEAM, no tocante às atividades industriais, minerárias e de infra-estrutura e do IEF, no tocante às atividades agrícolas, pecuárias e florestais. Para o licenciamento ambiental deve-se levar em consideração a classificação de empreendimentos e atividades previstas no artigo 5º, do Decreto nº 44.309/06, conforme seu porte e potencial poluidor ou degradador, da seguinte forma:

I - Classe 1 - formada a partir das seguintes conjugações:

- a) pequeno porte e pequeno potencial poluidor ou degradador;
- b) pequeno porte e médio potencial poluidor ou degradador;

II - Classe 2 - formada a partir da conjugação de médio porte e pequeno potencial poluidor ou degradador;

III - Classe 3 - formada a partir das seguintes conjugações:

- a) pequeno porte e grande potencial poluidor ou degradador;
- b) médio porte e médio potencial poluidor ou degradador;

IV - Classe 4 - formada a partir da conjugação grande porte e pequeno potencial poluidor ou degradador;

V - Classe 5 - formada a partir das seguintes conjugações:

- a) médio porte e grande potencial poluidor ou degradador;
- b) grande porte e médio potencial poluidor ou degradador;

VI - Classe 6 - formada a partir da conjugação grande porte e grande potencial poluidor ou degradador.

Parágrafo único. Compete ao COPAM estabelecer os critérios de porte e potencial poluidor ou degradador para os empreendimentos e atividades modificadoras do meio ambiente passíveis de autorização ambiental de funcionamento ou de licenciamento ambiental no nível estadual.

As bases legais para o licenciamento e o controle das atividades efetivas ou potencialmente poluidoras em Minas Gerais estão estabelecidas na Lei Delegada nº 62/03 e nas Leis nº 7.772/80, nº 13.199/99, nº 14.181/02, nº 14.184/02, nº 14.309/02 e no Decreto nº 44.309/06, compatibilizados com a legislação federal. No artigo 11, do supracitado Decreto estão enumeradas as licenças possíveis de serem expedidas pelo COPAM no exercício de sua competência de controle, onde se verificam três tipos de licença: Licença Prévia (LP); Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO). Tais licenças poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com

a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade, sendo possível outras exigências, em razão dessa diversidade de natureza ou atividade que envolvem licenças ambientais específicas.

I Licença Prévia (LP) - Concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso e ocupação do solo;

II Licença de Instalação (LI) - Autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; e

III Licença de Operação (LO) - Autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

§ 1º Para as atividades de indústria de transformação, de extração mineral, de exploração agrossilvipastoril e de disposição final de esgotos sanitários e resíduos sólidos urbanos, que tiverem obtido LP e LI, poderá ser concedida autorização provisória para operação a partir da data de formalização do processo de LO, não se desobrigando o empreendedor de cumprir todas as exigências de controle ambiental previstas, notadamente aquelas emanadas do COPAM e de seus órgãos de apoio, inclusive as medidas de caráter mitigador e de monitoramento dos impactos sobre o meio ambiente, constantes das licenças já concedidas, sujeitando-se o infrator à aplicação das penalidades previstas neste regulamento.

§ 2º Se o processo de LO estiver devidamente formalizado, a autorização provisória para a operação de que trata o § 1º será emitida pela SEMAD e suas entidades vinculadas no prazo de 10 (dez) dias, contados da data do protocolo dos documentos listados no FOBI.

§ 3º Poderão ser concedidas concomitantemente as licenças prévia e de instalação, na forma que dispuser o COPAM, por meio de deliberação.

Para os empreendimentos já existentes em Minas Gerais antes de 17 de fevereiro de 1986, o Decreto nº 39.424/98, apesar de revogado pela Lei nº 5.868/72, definiu o licenciamento ambiental corretivo, através de convocação a registro. Nesse caso, a regularização é obtida mediante a obtenção da licença de operação, condicionada ao cumprimento de Plano de Controle Ambiental – PCA, aprovado pela competente Câmara Especializada do COPAM. É o que se depreende do artigo 12, §§ 3º e 4º, do Decreto nº 39.424/98:

Para o empreendimento que entrou em operação anteriormente a 17 de fevereiro de 1986, sua regularização dar-se-á mediante a obtenção da Licença de Operação (LO), condicionada à apresentação de Plano de Controle Ambiental - PCA, a ser aprovado pela competente Câmara Especializada do COPAM.

Na hipótese do parágrafo anterior, a inobservância de Plano de Controle Ambiental acarretará o automático cancelamento da licença e a suspensão da atividade pelo Plenário do COPAM ou, *ad referendum* deste, pelo seu Presidente.

O licenciamento corretivo é aplicado, também, aos empreendimentos instalados depois de 17 de fevereiro de 1986, à revelia da legislação ambiental, com o objetivo de permitir a regularização de suas atividades, conforme parágrafo 2º, do referido Decreto:

Para o empreendimento que entrou em operação a partir de 17 de fevereiro de 1986, sua regularização dar-se-á mediante a obtenção da Licença de Operação (LO), para a qual será necessária a apresentação de estudo de impacto ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA contendo, no mínimo, a descrição do empreendimento, os impactos positivos e negativos provocados em sua área de influência, as medidas de proteção ambiental e as mitigadoras dos impactos negativos, adotadas ou em vias de adoção, além de outros estudos ambientais já realizados.

É o que se confirma pelo artigo 15, do Decreto nº 44.309/06: “Os empreendimentos já instalados, em instalação ou em operação, sem as licenças ambientais pertinentes, poderão regularizar-se obtendo LI ou LO, em caráter corretivo, mediante a comprovação de viabilidade ambiental do empreendimento. Conforme artigo 103 desse diploma legal, compete ao COPAM e ao Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CERH: “[...] baixar deliberações aprovando instruções, normas, padrões e diretrizes e outros atos complementares relativos à proteção, conservação e melhoria do meio ambiente e recursos hídricos, bem como à concessão de licenças e autorização ambiental de funcionamento”.

Assim, complementando o que dispõe o Decreto, as deliberações normativas e resoluções do COPAM normatizam as condições para o sistema de Licenciamento Ambiental; classificam os empreendimentos e as atividades segundo o porte e potencial poluidor; estabelecem os limites para o lançamento de substâncias poluidoras no ar, na água e no solo de forma a garantir a qualidade do meio ambiente; e, definem os procedimentos a serem adotados pelo empreendedor para a obtenção das licenças ambientais. No entanto, os órgãos e entidades da administração estadual, direta e indireta, somente aprovam projeto de implantação ou ampliação de atividades efetiva ou potencialmente degradadoras do meio ambiente após o licenciamento ambiental, sob pena de responsabilização administrativa e nulidade de seus atos.

#### 2.4. Zoneamento do solo

Uma das formas de se entender zoneamento do solo é como a divisão da terra em unidades juridicamente autônomas. O zoneamento que teve origem tipicamente urbana, nos dias atuais, pode se apresentar sob diversas formas, pois, há, no direito brasileiro, zoneamento do solo em urbano, Lei nº 6.766/79, e em rural, Lei nº 4.504/64. Uma vez definido o parcelamento do solo, a lei prevê que se faça o seu zoneamento objetivando a não ocorrência de ocupação e utilização desordenada deste, causadoras de sérios impactos ambientais, com risco de degradação do meio ambiente (ANTUNES, 2000). Assim, o zoneamento é a tentativa de impedir a ocupação anárquica dos espaços territoriais, fazendo com que os mesmos se enquadrem em um determinado padrão de racionalidade.

É o zoneamento que estabelece os critérios e parâmetros a partir dos quais deverá ser procedida a delimitação de espaços territoriais com objetivos de utilização especificamente definida. O zoneamento, ao definir as atividades possíveis em determinados espaços territoriais, é uma atividade que ordena o território e molda-o para um determinado padrão de desenvolvimento e ocupação. Por isso, o zoneamento existe em função de um determinado objetivo a ser atingido mediante a adoção de um plano de ocupação do solo. Antunes (p. 132) nos apresenta três importantes conceitos de zoneamento:

Zoneamento não é mais que uma divisão física do solo em microrregiões ou zonas em que se promovem usos uniformes; há, para tanto, indicação de certos usos, exclusão de outros e tolerância de alguns. A exclusão pode ser absoluta ou relativa (Professor Diogo Figueiredo Moreira Neto - Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico, RJ: Forense, 2ª ed., 1977. p. 87).

Zoneamento - constitui um procedimento urbanístico, que tem por objetivo regular o uso da propriedade do solo e dos edifícios em áreas homogêneas no interesse coletivo do bem-estar da população (Professor José Afonso da Silva, Direito Urbanístico brasileiro, SP: RT, 1981, p.291).

Zoneamento é a divisão de um território - municipal - a partir de determinados critérios (Professor Eros Roberto Grau, Direito Urbano, SP: RT, 1983, p.98).

O Direito pátrio, especialmente após o advento da Constituição de 1988, ultrapassou o conceito puramente urbanístico de zoneamento. Restando observar que a própria concepção de Zoneamento como instrumento de intervenção urbana foi inteiramente superada, pois, no campo ou na cidade, o nosso ordenamento jurídico reconhece o Zoneamento. Não existe uma definição normativa de Zoneamento ambiental devendo-se buscar o significado do termo, em outras fontes, pois são diversas as possibilidades de Zoneamento e, também, diversos são os objetivos dos diferentes tipos de Zoneamento. Dessa forma, o Zoneamento, em linhas gerais, pode ser considerada uma forte intervenção estatal no domínio econômico, organizando a relação espaço-produção, alocando recursos, interditando áreas, destinando outras para estas e não para aquelas atividades, incentivando e reprimindo condutas, entre outras. Pois, é evidente a impossibilidade das forças produtivas ocuparem o território sem um mínimo de planejamento prévio e coordenação.

Os Estados da Federação, por força do artigo 25, § 3º, da nossa Carta Magna, poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. Os municípios são os entes políticos que, no regime político brasileiro, integram a Federação. A eles estão reservadas as mais relevantes tarefas em matéria de Zoneamento, seja qual for a natureza do Zoneamento a ser efetivado. Isso porque, no âmbito da política urbana, os municípios têm a importante tarefa de organizar os planos diretores, obrigatórios para cidades com mais de vinte mil habitantes. O plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, através dos quais as cidades podem planejar o seu desenvolvimento e fixar critérios jurídico-urbanísticos definidos para a correta ocupação do solo e do território. Na zona rural, a atividade municipal é igualmente importante, pois, os planos diretores é que irão fixar as regiões voltadas para as atividades – agrícola, extrativistas, agronegócios, entre outras –, delimitando a utilização do solo municipal. O estabelecimento de zonas urbanas e de zonas rurais é da maior importância para a proteção ambiental.

Diz Milaré (2001, p. 203) que: “O zoneamento ambiental tem caráter interdisciplinar e requer metodologia adequada. A legislação não se detém em particularidades, uma vez que, garantido o suporte legal, este instrumento se apóia notadamente em elementos técnicos ministrados por várias ciências, convergindo para o escopo gerencial”. Vê-se, portanto, a relevância do instrumento zoneamento para o atendimento dos princípios de gestão ambiental, proporcionando a otimização do uso dos recursos naturais, econômicos, financeiros e humanos; a previsão e a prevenção de impactos ambientais; o controle da capacidade de absorção dos impactos ambientais pelo meio e o ordenamento territorial.

O zoneamento ambiental ataca um dos pontos cruciais da problemática do meio ambiente, que é o uso do solo. E por solo deve-se entender não apenas o espaço físico ou o social, mas, também aquele solo ou território com vocação peculiar manifestada nas suas características ecossistêmicas, às quais estão condicionados a sua ocupação e o seu uso. Espera-se que os administradores públicos e os gestores ambientais descubram e explorem as potencialidades dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente evitando-se esta problemática (MILARÉ, 2001).

#### **2.4.1 Zoneamento do solo urbano**

Visando ao desenvolvimento urbano, cabe aos municípios o controle da atividade de parcelamento do solo urbano, abrangendo a delimitação das áreas urbanizáveis, através da regulamentação e da aprovação dos projetos, da fiscalização e da aceitação das obras realizadas. Compete a eles, também, a função de complementar, com igual ou maior rigor, as normas federais e estaduais, de acordo com suas peculiaridades, suas necessidades, e ainda, a tarefa de fiscalizar seu cumprimento.

Por solo urbano, entende-se aquele compreendido pelas zonas urbanas (áreas das cidades e vilas) e pelas zonas de expansão urbana (área reservada para o crescimento das cidades e vilas, adjacentes ou não à zona urbana), definidas como tal em lei municipal. É competência dos municípios a ordenação da ocupação de seu território, distinguindo as áreas destinadas ao uso rural daquelas destinadas ao uso urbano e, a seguir, definir os parâmetros a ser adotados em cada região. Entre esses parâmetros está a área mínima de lotes permitida em cada região ou zona destinada à expansão urbana. Essa área mínima de lotes será informada ao loteador na etapa do fornecimento das diretrizes municipais. Visando garantir o bem-estar de seus moradores, através da manutenção do equilíbrio nas relações entre o homem e o meio ambiente, mitigando ou compensando a degradação deste último, Compete aos Municípios estabelecer o que é de interesse local através das leis orgânicas municipais, assim como, estabelecer os instrumentos legais para controle do uso do solo urbano, para prevenção e controle da manutenção de um meio ambiente sadio em sua área territorial.



Mas, os Municípios não podem deixar de atender a proibição da Lei nº 6.766/79 quanto ao parcelamento de terrenos que não possuam condições adequadas de uso, considerando os aspectos de salubridade, segurança e preservação ambiental, essencial a toda qualidade de vida, garantindo a manutenção e capacidade de renovação dos recursos naturais e humanos. Por não existir, juridicamente, um conceito do que seja imóvel urbano é imprescindível definir o conceito de imóvel rural. O Estatuto da Terra, ao definir o conceito de imóvel rural em seu artigo 4º, vinculou-o à sua destinação e não à sua localização, que assim prescreve:

Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I – imóvel rural, o prédio rústico, de área contínua a qualquer que seja a sua localização, que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos de valorização, quer através de iniciativa privada.

Esse conceito é repetido pelo artigo 5º, do Decreto nº 55.891/65, que ao regulamentar o Estatuto esclarece a expressão *qualquer que seja a sua localização*, acrescentando: “[...] em perímetros urbanos, suburbanos ou rurais dos municípios”. Infere-se daí, que será considerado urbano o imóvel que, mesmo localizado na zona rural, não tiver destinação agrícola, pecuária ou agro-industrial, como, por exemplo, os sítios de recreio e os estabelecimentos comerciais ou industriais. Diante do exposto, faz-se o seguinte questionamento: Poder-se-á parcelar essas áreas urbanas destinadas a sítios de recreio em Módulos Urbanos, ou seja, lotes (terrenos típicos de loteamento urbano) aplicando-se a legislação urbana? Criar-se-ia micros sítios de recreio ou alterar-se-ia a legislação, criando modelos específicos para esses empreendimentos, criando-se uma espécie de modelo especial?

#### 2.4.2 Zoneamento do solo rural

O zoneamento rural é uma transposição, para a área rural e a atividade agrícola, das disposições de zoneamento originalmente concebidas para as regiões urbanas. Atualmente, o zoneamento rural tem regras próprias e não está mais submetido às influências do zoneamento urbano. A Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra) foi a primeira lei brasileira a dispor sobre o zoneamento rural. O artigo 43 do referido diploma legal estabeleceu a competência do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (hoje, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA) para a realização de estudos de zoneamento homogêneo do ponto de vista socioeconômico e das características da estrutura agrária. Segundo o artigo 27, do Decreto nº 55.891/65 a finalidade do zoneamento é “[...] delimitar regiões homogêneas, tanto sob o ponto de vista sócio-econômico, como das características da Estrutura Agrária do País, com o objetivo de definir:

- I) as regiões críticas que estão exigindo reforma agrária, com progressiva eliminação dos minifúndios e dos latifúndios;
- II) as regiões em estágio mais avançado de desenvolvimento social e econômico, e em que não ocorrem tensões sociais;
- III) as regiões já economicamente ocupadas, nas quais predomine uma economia de subsistência, e cujos agricultores careçam de assistência adequada;
- IV) as regiões ainda em fase de ocupação econômica e carentes de programa de desbravamento, de povoamento e de colonização em áreas pioneiras.

O Estatuto da Terra (art. 43, § 1º) determina que para a elaboração do zoneamento e caracterização das áreas prioritárias, devem ser levados em consideração os seguintes elementos:

- a) a posição geográfica das áreas, em relação aos centros econômicos de várias ordens, existentes no País;
- b) o grau de intensidade de ocorrência de áreas em imóveis rurais acima de 1.000 hectares e abaixo de 50 hectares;
- c) o número médio de hectares por pessoa ocupada;
- d) as populações rurais, seu incremento anual e a densidade específica da população agrícola;
- e) a relação entre o número de proprietários e o número de rendeiros, parceiros e assalariados em cada área.

Mais recentemente, foi promulgada a lei agrícola, Lei nº 8.171/91, que regulamenta, segundo Antunes (2000, p. 143), em seu artigo 19, inciso III, a atribuição do Poder Público: “[...] realizar Zoneamentos agroecológicos que permitam estabelecer critérios para o disciplinamento e o ordenamento da ocupação espacial pelas diversas atividades produtivas, bem como para a instalação de novas hidrelétricas.

### 3. Análise e discussões

Conforme a Lei nº 6.938/81, o meio ambiente é qualificado como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido para uso da coletividade, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Segundo o doutrinador Milaré (2001):

Por ser de todos e de ninguém em particular, inexistente direito subjetivo à sua utilização que, à evidência, só pode legitimar-se mediante ato próprio de seu direto guardião - o Poder Público. Para tanto, arma-o a lei de uma série de instrumentos de controle - prévios, concomitantes e sucessivos - através dos quais possa ser verificada a possibilidade e regularidade de toda

e qualquer intervenção projetada sobre ele. Assim, por exemplo, as permissões, autorizações e licenças pertencem à família dos atos administrativos de controle prévio; a fiscalização é meio de controle concomitante, e o habite-se é forma de controle sucessivo.

A licença – alvo de discussão deste trabalho – é ato administrativo vinculado e definitivo, que implica na obrigação de o Poder Público atender o requerimento do interessado, desde que, em contrapartida, ele tenha atendido os requisitos legais pertinentes. É o que relata, também, Silva (p. 190) “[...] se o titular do direito a ser exercido comprova o cumprimento dos requisitos para seu efetivo exercício, não pode ser recusada, porque do preenchimento dos requisitos nasce o direito subjetivo à licença”. Logo, não há poder discricionário<sup>1</sup> por parte do Poder Público. Não há que se analisar conveniência e oportunidade, já que o requerente tem o direito líquido e certo de desfrutar de situação regulada pela norma jurídica.

Sendo ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente. Por meio dele a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico sendo, por isso, qualificado como “[...] instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente” (Lei nº 6.938/81, art. 9º, IV). A competência para as questões ambientais, outro ponto culminante deste trabalho, é dividida em material (ou de implementação) e formal (ou legislativa). A primeira diz respeito às atribuições de exercício do poder de polícia ambiental<sup>2</sup> – um dos principais mecanismos postos à disposição do Estado para a defesa do meio ambiente – fiscalização e licenciamento ambiental; enquanto que a segunda, como se infere do próprio nome, relaciona-se à possibilidade de legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da sua poluição.

### 3.1 Competência para as questões ambientais

O Brasil é uma República Federativa. Toda federação traz implícita a noção de descentralização do poder. Por isso, no tocante à proteção ao meio ambiente temos uma repartição da competência entre os três entes políticos para as questões ambientais. Assim reforça Fernandes (2005):

<sup>1</sup> O poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (MEIRELLES, 1999, p. 103).

<sup>2</sup> O poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público (DI PIETRO, 1991, p. 88).

A Constituição Federal de 1988, com a criação de princípios e normas referentes às competências dos entes da federação, sejam elas concorrentes, complementares ou suplementares, ampliou o espectro de proteção inicialmente sob o manto da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei 6.938/81 -, recepcionada pela norma constitucional [...].

Em consequência, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece competência para legislar, organizar e exercer poderes a todos os entes políticos que integram a República Federativa do Brasil – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Isto porque, conforme o autor supra citado, “[...] o termo ‘ecologicamente equilibrado’, traduz a necessidade efetiva de harmonia nos aspectos globais que envolvem o meio ambiente” (FERNANDES, 2005, p. 35). A competência material ou de implementação é a comum, estando prevista no artigo 23 do Texto Constitucional, que traduz o chamado federalismo cooperativo. Trata-se de um elenco de atividades, entre as quais se inclui o exercício do poder de polícia administrativo-ambiental, endereçado, simultaneamente à União, aos Estados-membros, Distrito Federal e aos Municípios. Antunes (2000, p. 62) esclarece-nos sobre o assunto:

[...] a competência comum, portanto, é uma imposição constitucional para que os diversos integrantes da Federação atuem em cooperação administrativa recíproca, visando a resguardar os bens ambientais. Observe-se, entretanto, que cada ente federativo deverá aplicar suas próprias normas, não podendo simplesmente aplicar normas de outros entes federativos.

A competência formal ou legislativa classifica-se em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar. A competência exclusiva é atribuída a uma entidade com a exclusão das demais. O artigo 21 da Constituição atribui poderes exclusivos à União, somente a União pode agir. Não há possibilidade de delegação de competência ou de competência suplementar dos Estados-membros ou dos Municípios nas matérias referentes à competência exclusiva. Quanto à competência concorrente, Antunes (2000, p. 62) acrescenta:

O artigo 24 define a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. No interior desta modalidade de competência legislativa encontra-se toda uma gama de matérias ambientais. Aqui a competência não é puramente administrativa, mas indica a capacidade de legislar sobre determinadas matérias. Esta competência estabelecida pelo artigo 24 determina o eixo, ao redor do qual se construirá a legislação dos diversos estados-membros. A legislação estadual deverá, no entanto, adotar os princípios e os fundamentos genéricos estabelecidos pela

legislação federal.

A competência concorrente implica que a União deve estabelecer os parâmetros gerais a serem observados pelos demais integrantes da Federação.

O doutrinador Freitas (2005, p. 55) completa:

A União detém competência privativa e concorrente para legislar sobre meio ambiente. Privativo é o que é próprio da pessoa, com exclusão das demais. É o que é exclusivo, peculiar, particular. O art. 22 da Carta Magna estabelece, nos seus vários incisos, os assuntos sobre os quais a União pode elaborar lei. Entre eles, o inciso IV, que se refere a águas, o inciso XII, que menciona jazidas, minas e outros recursos naturais, e o inciso XXVI, que trata de atividades nucleares de qualquer natureza.

A competência privativa, prevista no artigo 22, difere da exclusiva, prevista no artigo 21, em dois aspectos: enquanto a competência exclusiva é para agir, a privativa é para legislar. Ademais, a privativa admite delegação de competência e competência suplementar, o que não ocorre na primeira espécie. E a competência concorrente, elencada no artigo 24 da CF/88 e dirigida à União, ao Distrito Federal e aos Estados, trata de competência para legislar em sentido formal, estando a matéria ambiental prevista nos incisos VI, VII e VIII. Os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º esclarecem, respectivamente, como optar entre as competências da União e dos Estados. A União legisla sobre normas gerais, enquanto que os Estados suplementam a lei federal, podendo legislar plenamente na falta da lei federal e, no caso desta ser posterior à lei estadual, revoga somente o que for contrário. É o que nos esclarece Fernandes (2005, p. 73):

[...] se a Constituição da República determina ser competência da União a edição de normas gerais, prescreve, dessa forma, que as disposições gerais fixadas pela legislação federal sejam também observadas tanto por Estados quanto por Municípios sem que ocorra qualquer invasão constitucional de competências.

Vale esclarecer que a edição de regras para a atividade de licenciamento não pode ser confundida com o próprio licenciamento, razão pela qual deve a União, efetivamente editar normas gerais visando os procedimentos fundamentais que deverão ser seguidos por todos os entes federativos.

Desta forma, a competência suplementar estadual decorre do § 2º do artigo 24 da CF/88, que diz: “[...] a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.” Já a competência suplementar dos Municípios está prevista no inciso II do artigo 30 do texto constitucional: “[...] compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.”

*No que couber* significa dizer o que for no interesse local municipal, não interferindo nos interesses gerais da União e regionais dos Estados. Desta análise, conclui-se que os três entes federados – União, Estados e Municípios – têm competência comum para exercer o poder de polícia ambiental, segundo o artigo 23 da Constituição de 1988, visando a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora. Apesar de todo o exposto, há quem entenda que o sistema federativo tripartite não funciona de modo integrado prejudicando a proteção ambiental. É o que se depreende da citação abaixo:

As competências legislativas em matéria ambiental estão bastante repartidas pela Constituição Federal, sendo certo que tanto a União como os estados membros e os municípios possuem-na. A repartição de competências legislativas, feita com o claro intuito de descentralizar a proteção ambiental, implica a existência de um sistema legislativo complexo e que, nem sempre, funciona de modo integrado, como seria de se esperar. Tal fato é devido a toda uma gama de circunstâncias que variam desde interesses locais e particularizados até conflitos interburocráticos e, sem dúvida, chegam até as dificuldades inerentes ao próprio sistema federativo tripartite. Com efeito, ainda não se logrou uma clara demarcação do campo de atividade dos diversos órgãos ambientais. Este fato, como é óbvio, é altamente prejudicial ao meio ambiente (ANTUNES, 2000, p.60).

### 3.2 Licenciamento ambiental

O processo de licenciamento ambiental tem a natureza jurídica de procedimento administrativo submetido a um regime especial de direito público, fazendo com que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, condicionem o exercício do direito de propriedade e o desenvolvimento de atividades econômicas à legislação ambiental vigente, conforme se verifica na Lei da PNMA. Assim, o direito ambiental tem no direito administrativo sua maior fonte. Há, no entanto, uma verdadeira relação de amor e ódio entre eles, segundo Benjamin (apud Antunes, 2000, p. 95):

O Direito Administrativo tradicional tem sido, ao mesmo tempo, a fonte primeira para o progresso do Direito Ambiental e o maior óbice ao seu desenvolvimento pleno. Conceitos administrativos clássicos como, por exemplo, licença e autorização, informam as normas ambientais e limitam sobremaneira sua flexibilidade e as possibilidades de controle judicial.

Para o controle do exercício do direito de propriedade e o desenvolvimento de atividades econômicas, a legislação ambiental vigente utiliza-se de instrumentos no controle da defesa do meio ambiente. Assim, no art. 9º da Lei nº 6.938/81, encontramos uma série de instrumentos cuja finalidade é viabilizar a consecução dos objetivos e dos princípios legais que devem reger a Política Nacional do Meio Ambiente. Dentre os instrumentos previstos destacamos o *licenciamento* (inciso IV). O Licenciamento Ambiental, como já dito, é procedimento administrativo que permite ao órgão ambiental competente licenciar a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais e, somente deverá ser concedida a licença, após a certeza da conciliação entre a atividade e a qualidade ambiental.

De acordo com o doutrinador Antunes (2000), o licenciamento é o instrumento mais importante de controle na defesa do meio ambiente e, por ser um procedimento bastante complexo, desenvolve-se em diversas etapas. No Brasil, em razão da sua estrutura federativa, o licenciamento ambiental ocorre nos três níveis de governo de acordo com a natureza da atividade a ser licenciada. No entanto, como já mencionado anteriormente, a inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da aplicação da legislação ambiental brasileira. Porém, o licenciamento é basicamente uma atividade a ser exercida pelo poder público estadual. As autoridades federais somente podem atuar em casos definidos, ou supletivamente à autoridade estadual. Os municípios poderão complementar, no que couber, as exigências dos órgãos estaduais para atender necessidades locais (art. 30 do CF/88). Daí que, “[...] no uso da competência residual de cada um dos integrantes do SISNAMA, é plenamente possível que sejam necessárias licenças diversas e que a concessão de uma delas, por si só, não seja suficiente para autorizar determinado empreendimento.”, devendo ser requeridas quantas licenças forem necessárias (ANTUNES, 2000, p.106).

Licenciamento, portanto, é o estabelecimento de condições e limites para o exercício de determinadas atividades. A administração pública, no uso de suas atribuições, expede documentos assegurando o exercício legal da atividade, mediante alvarás (licença ou autorização). Antunes (2000) esclarece que a licença possui caráter de definitividade, só podendo ser revogada por interesse público ou por violação das normas legais, mediante indenização; enquanto que a autorização possui caráter de precariedade, podendo ser revogável a qualquer momento pelo poder autorizante. O poder público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças (art. 19, do Dec. Federal nº 99.274/90):

I - Licença Prévia (LP) – na etapa preliminar do planejamento da atividade, requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos

municipais, estaduais ou federais de uso do solo;  
II - Licença de Instalação (LI) – autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e,  
III. - Licença de Operação (LO) - autorizado, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação.

Segundo Antunes (2000), as licenças serão concedidas por período pré-fixado, atendidas as especificações técnicas compatíveis com o empreendimento a ser licenciado, conforme resolução do CONAMA, e a sua não utilização, vencido este prazo, implica em seu cancelamento. Tal resolução estabelece, ainda, que alguns casos de licenciamento ambiental feitos por órgão estadual poderão necessitar de homologação do IBAMA. Acrescenta o autor que, as atividades de implantação e operação de empreendimentos utilizadores de recursos ambientais só poderão ser iniciadas após a expedição das respectivas licenças pelos órgãos públicos competentes para tal. O início das atividades sem a devida licença pode acarretar algumas medidas, tais como embargos, interdição, medidas judiciais diversas e procedimentos cautelares que se façam necessários (ANTUNES, 2000). O art. 10 da Lei nº 6.938/81 estabelece as medidas básicas a serem adotadas para o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras ou que utilizem recursos ambientais, determinando que:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como capazes sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, no Território Nacional, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

O § 1º do artigo 10, da Resolução CONAMA nº 237/97 define uma medida extremamente importante, a qual determina que os requerimentos de licenças ambientais devem vir instruídos com Certidão emitida pelo poder público do Município envolvido, demonstrando que aquele empreendimento encontra-se em conformidade com o zoneamento municipal. Isto visa evitar a utilização de uma prática condenável, qual seja, a de outro órgão federativo se sobrepor às prefeituras municipais quanto ao uso do solo – atribuição exclusiva dos municípios. Verifica-se no art. 23 da Constituição Federal vigente que os Municípios têm competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição. Para tanto, apesar de os Municípios não estarem arrolados entre as pessoas jurídicas de direito público interno encarregadas de



legislar sobre meio ambiente, o art. 30 (CF/88, grifo nosso) lhes atribui competência para legislar sobre:

- I - assuntos de *interesse local*;
- II - *suplementar à legislação* federal e estadual no que couber;
- [...]
- VIII - promover, no que couber, *adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*;

“Está claro que o meio ambiente está incluído dentre o conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental” (ANTUNES, 2000, p. 64). Aos órgãos ambientais estaduais ou do Distrito Federal compete o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades cujos impactos diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios ou que estejam localizados em mais de um Município, em unidades de conservação de domínio estadual ou em florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente. Além disso, pode haver delegação do IBAMA para os Estados, por instrumento legal ou convênio.

Em Minas Gerais, o licenciamento ambiental é exercido pelo COPAM, por intermédio das Câmaras Especializadas, da FEAM, no tocante às atividades industriais, minerárias e de infra-estrutura e do IEF, no tocante às atividades agrícolas, pecuárias e florestais. O artigo 8º, inciso I, da Lei nº 6.938/81, foi recepcionado pela nossa Constituição Federal em vigor. Esse artigo atribui ao CONAMA as competências para fixação de normas gerais de Licenciamento Ambiental. Mas é importante ressaltar que as normas estaduais não poderão estabelecer critérios mais brandos que os federais, sendo esses últimos considerados padrão básico de proteção ambiental nacional. Essa premissa cabe também para as normas municipais que não poderão ser menos rigorosas do que a legislação federal e estadual pertinentes ao assunto legislado sobre meio ambiente.

Para que faça jus à concessão dada pela administração, o titular de um licenciamento deve observar os requisitos previstos nas normas e regulamentos administrativos, advindos dos três entes federativos, evitando-se, com isso, a imposição de sanções previamente estabelecidas. A inobservância de qualquer dos requisitos (federais, estaduais e municipais) implica sanções, tais como: multa; interdição da atividade; fechamento do estabelecimento; demolição; embargo da obra; destruição de objetos; inutilização de gêneros; proibição de fabricação ou comércio de produtos; vedação de localização de construções inadequadas em determinadas áreas; dentre outras.

### 3.3 Licenciamento ambiental para parcelamento do solo urbano no Estado de Minas Gerais

A Deliberação Normativa COPAM nº 74/04 é a norma legal que regulamenta o licenciamento ambiental em Minas Gerais, aprovada pelo COPAM. Essa norma estabelece critérios para a classificação dos empreendimentos e atividades que interferem no meio ambiente, de acordo com seu porte (tamanho) e potencial poluidor. Também estabelece as regras de indenização aos órgãos ambientais dos custos de análise dos pedidos de licenciamento, além de regulamentar a Autorização Ambiental de Funcionamento – AAF, que corresponde a uma licença simplificada. Em uma licença ambiental é concedida ao mesmo tempo a outorga para uso de água e a autorização para desmatar (exploração florestal), quando for o caso. Não existe mais a necessidade de primeiro tirar a outorga de água no IGAM ou a licença para desmatamento no IEF. O Formulário de Caracterização do Empreendimento Integrado – FCEI, por ser um documento integrado, implica automaticamente no pedido da licença ambiental, outorga para uso de água, autorização para desmatar ou intervenção em áreas de preservação permanente, quando for o caso. De acordo com o porte e o potencial poluidor, o empreendimento pode ser enquadrado nas seguintes classes:

- Classe 1 – pequeno porte e pequeno ou médio potencial poluidor;
- Classe 2 – médio porte e pequeno potencial poluidor;
- Classe 3 – pequeno porte e grande potencial poluidor ou médio porte e médio potencial poluidor;
- Classe 4 – grande porte e pequeno potencial poluidor;
- Classe 5 – grande porte e médio potencial poluidor ou médio porte e grande potencial poluidor;
- Classe 6 – grande porte e grande potencial poluidor;

A DN COPAM nº 58/02 estabelece as normas para o licenciamento ambiental das atividades de implementação de loteamento do solo urbano para uso exclusivo ou predominantemente residencial no Estado de Minas Gerais. Segundo o artigo 2º da supracitada deliberação, aplicam-se vedações legais ao parcelamento do solo urbano, quando localizado em:

- I - em sub-bacias hidrográficas enquadradas na classe especial e classe I, de acordo com o que estabelece o art. 1º e o inciso VI do art. 4º da Lei Estadual nº 10.793, de 02 de julho de 1992;
- II - em zona de amortecimento de unidades de conservação de proteção integral, conforme artigo 49 da Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

A DN prevê também que os empreendimentos implantados até a data da sua publicação deverão requerer licenciamento corretivo, adotando-se medidas mitigadoras e compensatórias. Além dos empreendimentos enquadrados na DN COPAM Nº 74/04, também dependem de licenciamento ambiental, conforme artigo 3º da DN COPAM nº 58/02, os empreendimentos que:

I - qualquer que seja o porte, estiverem localizados, total ou parcialmente em:

- a) área limítrofe de municípios ou em área pertencente a mais de um município;
- b) áreas naturais protegidas, definidas pela legislação federal ou estadual, conforme exemplificado na listagem constante do Anexo I desta Deliberação Normativa.

II - enquadrarem-se na classificação constante do Anexo II desta Deliberação Normativa.

Além disso, deve-se observar o disposto na legislação federal e estadual referente às áreas de preservação permanente, com a autorização do órgão competente, quando for o caso. O licenciamento ambiental estadual para parcelamento do solo urbano dependerá de anuência prévia dos municípios, contendo declaração de adequação com as políticas, planos ou programas de saneamento municipal, bem como, sua responsabilidade pela gestão deste sistema a partir da fase de operação dos empreendimentos, referente a adequação do sistema de esgotamento sanitário e de destinação de resíduos sólidos. Para o parcelamento do solo, o tamanho da área importa no tipo de procedimento a ser adotado. Em área superior a 25 hectares e/ou estando situado em área de relevante interesse ambiental, o município orientará o interessado a dirigir-se ao COPAM na busca de obtenção da licença prévia ambiental, antes de dar prosseguimento ao processo de aprovação. Se a área for menor ou igual a 25 hectares, o controle ambiental ou o licenciamento ambiental realizar-se-á pelo órgão ambiental do município.

#### **3.4. Uso do solo rural na atualidade**

A idéia de uma fração de terras que constitua um mínimo razoável para o sustento de uma família está presente na legislação brasileira em vigor. A caracterização dessa medida não se faz de modo rígido, inflexível, mas sempre levando-se em conta as características próprias de cada região, as condições de solo e outras variáveis. Ademais, a extensão dessa unidade mínima está sempre ligada à necessidade e à capacidade de trabalho de uma família, tal como ocorre no conceito adotado pelo Estatuto da Terra para a Propriedade Familiar (art. 4º, inciso II), da qual decorre, diretamente, o módulo rural (inciso III). Portanto, em termos práticos, o módulo rural é uma unidade de medida que corresponde ao mínimo, necessário e suficiente, para

uma família desenvolver sua força de trabalho, garantir seu sustento e buscar algum progresso social e econômico.

O Estatuto da Terra, em sua origem, guarda razoável harmonia de idéias e de concepções com o conceito de indivisibilidade de um imóvel rural, o que nos importa neste trabalho. O Estatuto, em seu art. 4º, II e III, conceitua a propriedade familiar e o módulo rural (área fixada em função do conceito anterior); porém, em seu art. 65, determina que o imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo da propriedade rural. Com isso, temos que o imóvel rural pode ser dividido em áreas de dimensão inferior à do respectivo Módulo ou Fração Mínima de Parcelamento – FMP, prevalecendo a medida de menor área, lembrando-se que ela varia de região para região e de acordo com a atividade (PROENÇA, 1999). Esses dados podem ser verificados no site do INCRA ([www.incra.gov.br](http://www.incra.gov.br)), buscando-se no Sistema Nacional de Cadastro Rural, criado pela Lei nº 5.868/72, os índices básicos estabelecidos conforme relação alfabética dos municípios de Minas Gerais. Godoy entende que, ainda que produtivo, o imóvel rural poderá ser desapropriado se não seguir as exigências legais de conservação e preservação ambiental. Diz ele:

A propriedade agrária, como corpo, tem na função social sua alma. Se a lei reconhece o direito de propriedade como legítimo, e assim deve ser, como é da tradição do nosso sistema, também condiciona ao atendimento de sua função social. Visa não só o interesse individual do titular, mas também ao interesse coletivo, que suporta e tutela o direito de propriedade. A propriedade agrária como bem de produção, destinada à atividade agrária, cumpre a sua função social quando produz de forma adequada, respeita as relações de trabalho e também observa os ditames de preservação e conservação do meio ambiente (GODOY, 1999, p. 59).

Assim, destacam-se três princípios a serem cumpridos pelo proprietário rural no que tange à função social do imóvel rural: o ecológico, o social e o econômico. Complementa tal idéia os dizeres de Barroso e Passos (2004, p. 46), quando fala da função social do imóvel rural:

O artigo 9º, § 3º, da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, considera preservação do meio ambiente a manutenção de caracteres próprios da natureza e a qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Importante destacar que a propriedade imobiliária rural perdeu o seu caráter absolutista a partir do momento em que se instituíram os interesses sociais como prioridade em relação aos direitos do proprietário. Tem sido grande a preocupação entre os jus-agraristas quanto à problemática da função social, numa busca constante para que a terra tenha como meta o bem comum. As divergências conceituais de cada região são realidades que não podem ser desprezadas. As diferenças não são só relacionadas com o aspecto geográfico diversificado que existe em nosso País, ou com as diferenças da flora, fauna e hidrografia de cada região, mas também e principalmente, porque os homens de cada região se sensibilizam diferentemente. Isso porque, como já explicitado anteriormente, o artigo 4º do Estatuto da Terra, em seu inciso I, traz a definição de imóvel rural ligada a sua destinação: pecuária, agrícola, agroindustrial, extrativista, não importando sua localização e o artigo 5º do Decreto nº 55.891/65 confirma essa definição. Igualmente, o Decreto nº 59.428/66, tratando de desmembramento de imóveis rurais, repete a conceituação anterior, em seu artigo 93. Os três textos acima referidos, regulando matéria agrária, são unânimes no sentido de que o relevante, para caracterização de um imóvel como rural, não está na sua localização, antes sim, está na destinação que lhe dada. É o que nos confirma o Decreto-Lei nº 57/66, que prescreveu, em seus artigos 14 e 15, o seguinte:

Art. 14. O disposto no art. 29 da Lei nº 5.172, de 25.10.66, não abrange o imóvel que, comprovadamente, seja utilizado como “sítio de recreio” e no qual a eventual produção não se destine ao comércio, incidindo sobre o mesmo o imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, a que se refere o art. 32 da mesma lei.

Art. 15. O disposto no art. 32 da Lei nº 5.172/66, de 25.10.66, não abrange o imóvel que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo, assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados.

Esses artigos, apesar de revogados pela Lei nº 5.868/72, trazem a idéia de sítio de recreio e, ao mesmo tempo demonstra a *confusão* na classificação da área em que se encontra em zona rural ou urbana. A Lei nº 5.868/72 nos traz o conceito de imóvel rural, *in verbis*:

Art. 6º. Para fim de incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, a que se refere o artigo 29 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, considera-se imóvel rural aquele que se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial e que, independentemente de sua localização, tiver área superior a 1 (um) hectare.

Parágrafo único. Os imóveis que não se enquadrem no disposto neste artigo, independentemente de sua localização, estão sujeitos ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, a que se refere o artigo 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Outro ponto importante para o presente trabalho diz respeito ao conceito de propriedade produtiva, áreas efetivamente utilizadas e áreas consideradas não aproveitáveis. A Lei nº 8.629/93 em seu artigo 6º define a propriedade produtiva como sendo aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge simultaneamente graus de utilização e eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente. E no seu parágrafo 3º define o que são áreas efetivamente utilizadas, quais sejam:

- I - as áreas plantadas com produtos vegetais;
- II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;
- III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;
- IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;
- V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes

O artigo 10, incisos I a IV, da citada Lei nos traz as áreas consideradas não-aproveitáveis:

- I - as áreas ocupadas por construções e instalações, excetuadas aquelas destinadas a fins produtivos, como estufas, viveiros, sementeiros, tanques de reprodução e criação de peixes e outros semelhantes;
- II - as áreas comprovadamente imprestáveis para qualquer tipo de exploração agrícola, pecuária, florestal ou extrativa vegetal;
- III - as áreas sob efetiva exploração mineral;
- IV - as áreas de efetiva preservação permanente e demais áreas protegidas por legislação relativa à conservação dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente.

É importante destacar, novamente, que a indivisibilidade do módulo rural na atualidade admite apenas uma exceção, qual seja: quando se pretende transformar o imóvel, de

rural em urbano, através da mudança de sua destinação, após prévia aprovação do INCRA (Decreto nº 62.504/68 e Decreto nº 63.058/68). Conforme Instrução INCRA 17-B<sup>3</sup>, em seu item 3.1, tem-se que o parcelamento para fins urbanos, de imóvel rural localizado fora de zona urbana ou de expansão urbana, assim definidas por lei municipal, rege-se pelas disposições do art. 96, do Decreto nº 59.428/66 e do art. 53 da Lei nº 6.766/79. No item 3.3 da citada Instrução, tem-se que os parcelamentos com vistas à formação de sítios de recreio somente poderão ser executados em área que:

- a) por suas características e situação, seja própria para a localização de serviços comunitários das áreas rurais circunvizinhas;
- b) seja oficialmente declarada zona de turismo ou caracterizada como de estância hidromineral ou balneária;
- c) comprovadamente tenha perdido suas características produtivas, tornando antieconômico o seu aproveitamento.

Essas condições deverão ser comprovadas através de declaração da municipalidade e/ou através de circunstanciado laudo assinado por técnico habilitado e, verificada uma destas condições especificadas acima, o INCRA, em atendimento a requerimento do interessado (ANEXO 1), declarará nada ter a opor ao parcelamento. Em tal hipótese de parcelamento, caberá ao INCRA a prévia aprovação do projeto. Vale relembrar que os loteamentos de imóveis urbanos são regidos pela Lei nº 6.766/79 e os rurais pelo Decreto-Lei nº 58/37 onde, neste último, o parcelamento para fins urbanos deve ser precedido de lei municipal que o inclua na zona urbana ou de expansão urbana do município e, ainda, deverá ser averbada tal alteração de destinação do imóvel, de rural para urbano, com apresentação de certidão expedida pelo INCRA.

### **3.5 Viabilidade de licenciamento ambiental de parcelamento e uso do solo para sítios recreativos em Minas Gerais**

Nas últimas décadas, a sociedade vem despertando para a importância da manutenção de um meio ambiente saudável, buscando fórmulas alternativas para a problemática ambiental, repensando o crescimento econômico desenfreado. Para tanto, busca-se a possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a melhoria na qualidade de vida através do desenvolvimento sustentado ou ecodesenvolvimento. O licenciamento ambiental foi criado com vistas a proteger o meio ambiente, atuando como medida preventiva e corretiva, razão pela qual a sua concessão está atrelada a uma série de questões que devem ser levadas em consideração, dentre elas, as exigências da legislação, conjuntamente com a conservação e preservação do meio ambiente – parte de um planejamento estratégico de um desenvolvimento sustentado.

<sup>3</sup> Instrução INCRA nº 17-b, de 22 de dezembro de 1980 do INCRA. Boletim de Serviço nº 51, de 22 de dezembro de 1980, dispõe sobre o Parcelamento de Imóveis Rurais.

Os princípios da prevenção e da precaução – basilares do direito ambiental – trazem a prioridade que deve ser dada a todas e quaisquer medidas que evitem o surgimento de atentados ao meio ambiente, com a finalidade de reduzir ou extinguir as causas de ações suscetíveis de afetar a sua qualidade. Aquele princípio, de abrangência ampla, traz as prioridades para o direito ambiental, qual seja, a preservação do meio ambiente; já este, o princípio da precaução, de alcance mais restrito, traz as medidas a serem adotadas para sua execução, dentre elas, o licenciamento ambiental. É importante enfatizar o conceito de Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, licencia a localização, instalação, ampliação, modificação e operação de atividades e empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, desde que, preenchidos pelo empreendedor os requisitos legais exigidos em cada caso concreto.

Visando à defesa do meio ambiente equilibrado e saudável, a legislação vigente, em regra, só admite o parcelamento do solo urbano ou de expansão urbana, não admitindo a divisibilidade do solo rural. Contudo, a indivisibilidade do solo rural admite uma exceção, quando se pretende transformar o imóvel, de rural em urbano, pela mudança de sua destinação, mediante prévia aprovação do INCRA (Decreto nº 62.504/68 em seus artigos 1º, 2º e 4º; Decreto nº 63.058/68 em seu artigo 1º). Isso acontece porque as pessoas de maior poder aquisitivo têm, cada vez mais, procurado fugir dos centros urbanos e de sua vida estressante para sítios de recreio, onde, entre outras coisas, buscam ficar mais perto da natureza. Elas, muitas vezes, chegam mesmo a abandonar a vida urbana e passam a eleger como sua moradia principal, aquilo que a priori seriam sítios de recreio apenas. São, em regra, pessoas que sabem o valor de um meio ambiente equilibrado, saudável. No entanto, buscam, para a instalação de seus sítios, áreas mais bem atendidas por infra-estrutura, perto de paisagens bonitas que, não raro, coincidem com Áreas de Preservação Permanente. Assim, esses sítios de recreio, apesar da conscientização de seus proprietários ou posseiros (com *animus domini*), têm sido fonte de grande degradação ambiental: do ar, do solo, das águas.

Não havendo legislação a ser cumprida, que possibilitaria a realização desses anseios por sítios de recreio, dá-se a instalação desses em áreas altamente produtivas e, em regra, cumpridoras da função social da propriedade rural. Nosso objetivo é que o poder público, como grande responsável pela manutenção de um meio rural equilibrado, busque criar deliberações que possibilitem a consecução harmônica entre esses dois interesses: o meio ambiente saudável e os sítios de recreio. Não seria o caso de se viabilizar a implementação do licenciamento em solo rural que perdeu seu potencial produtivo e, conseqüentemente, a sua função social maior, estando esses licenciamentos atrelados à busca da recuperação desse nosso meio ambiente? Desse modo, estar-se-ia tentando conciliar o direito público com o direito privado, quais sejam: possuir, usufruir e cuidar de solos rurais deteriorados com a implementação



e manutenção de sítios de recreio, atentos a responsabilidade individual de cada um com o bem maior de um meio ambiente saudável. E dessa forma buscar-se-ia manter uma nova função social para esses solos rurais desde que abrangidos por uma licença do poder público.

Os sítios de recreio seriam, em regra, áreas de baixa densidade demográfica, por tratar-se de uso unifamiliar, com menor risco para qualidade do meio ambiente, um vez que, se estabeleceria como critério adicional para a sua classificação a densidade populacional bruta, expressa em habitantes por hectare, correspondente à relação entre a população prevista para ocupar o empreendimento na sua fase de saturação e a área total do empreendimento, conforme certidão de registro do imóvel, impedindo o desmembramento de uma propriedade em parcelas menores que aquelas consideradas como critérios para o módulo rural (ou FMP) para definir os requisitos e procedimentos do licenciamento ambiental. Será adotado, também, o critério de localização do empreendimento, dispensando tratamento especial àquelas áreas rurais improdutivas, criando-se zonas de urbanização específicas (dentro da viabilidade do município e comunicação ao INCRA para a sua desvinculação, quando descaracterizam tais áreas do conceito de imóvel rural, pois perderam suas características produtivas).

A Lei nº 6.766/79 determina as condições em que uma área poderá ser parcelada: primeiramente, só são parceláveis, para fins urbanos, as glebas e terrenos situados em zona urbana ou de expansão urbana, ou da *urbanização específica*, definidas pelo plano diretor ou aprovadas e delimitadas por lei municipal. Essa lei delimita as áreas já urbanizadas e ocupadas, as áreas destinadas à expansão urbana e, ainda, as áreas reservadas aos sítios de recreio – Zona Fronteiriça entre o solo urbano e o rural. Para atender a essa atribuição, o município deve estabelecer diretrizes e critérios de ordenação do uso e ocupação do solo nas zonas rurais, consolidados na formulação da política rural municipal, considerando que a única condicionante preexistente é o lote mínimo rural, com área mínima estabelecida pelo INCRA de módulo rural (FMP), de acordo com cada região. Isso se faz necessário, pois, a instalação desses empreendimentos, hoje em dia, desconsidera o planejamento urbano municipal, causando, muitas vezes, danos ambientais num processo completamente irregular.

Além disso, entendemos ser necessária a observância de outro requisito, qual seja, a limitação percentual da intervenção no solo com intuito de deixar o ambiente o mais próximo possível do natural, diminuindo, assim, a sua impermeabilização. Há que se ressaltar que, por mais complicado que seja o processo de licenciamento, a sua execução sofrerá menos percalços se todos os problemas e dúvidas forem solucionados na fase de projeto, com planejamento cuidadoso antes de sua execução, ampliando suas chances de sucesso. Dessa forma, os princípios da prevenção e da precaução estarão atingindo a finalidade do princípio do desenvolvimento sustentado. Entendemos que a

denominação escolhida – zona fronteira – é adequada porque tais áreas não podem ser chamadas de zona rural por serem áreas improdutivas, não alcançando destinação rural. E não podem ser chamadas de zona urbana porque não podem ter o tratamento específico de loteamentos. O que se pretende, portanto, é a criação de uma legislação específica de licenciamento ambiental para as áreas intermediárias entre a zona rural e a zona urbana (zona fronteira), buscando o controle do Poder Público, evitando-se a degradação ambiental.

Além disso, existe, no nosso entendimento, uma confusão legal quanto a estas áreas, pois se destinadas a sítios de recreio são consideradas áreas urbanas, mas são regidas e fiscalizadas pelo INCRA, órgão federal responsável pelas áreas rurais, pois, esses parcelamentos, em razão do fim urbano que contém, não podem ser implantados nas zonas rurais por não se destinarem à atividade agrícola; nem podem ser integrantes da zona urbana ou de expansão urbana porque não podem ser divididos em parcelas mínimas de lotes, que têm um percentual bem menor que o de módulo rural. O que se pretende, portanto, é a organização / normatização (minuta a ser apresentada futuramente) dessas áreas, através da propositura de uma DN COPAM para estabelecer normas para licenciamento ambiental de parcelamento do solo rural de utilização específica, para fins de sítio de recreio, tendo como parâmetro a DN COPAM nº 58/02, o Estatuto da Cidade e o Estatuto da Terra. Com isso estar-se-á condicionando o tamanho da área ao previsto para o módulo rural (ou FMP), ocupado por unidades unifamiliares, o que causaria menos impacto ao meio ambiente em razão de uma menor densidade demográfica que, conseqüentemente, causaria menor produção de resíduos sólidos e líquidos. Para se verificar isso, basta lembrar, entre outras coisas, que a quantidade de resíduos líquidos e sólidos a ser gerada é diretamente proporcional à população assentada. Além disso, estar-se-ia reduzindo a impermeabilização do solo (uma vez que será aplicado um percentual máximo de intervenção nos módulos).

Deduz-se daí que os sítios de recreio só podem ser implantados em áreas que perderam suas características produtivas, tornando antieconômico o seu aproveitamento e, também, sua função social. Com estas considerações temos que tais sítios proporcionarão uma adequada utilização da área protegendo o meio ambiente de novas ou possíveis degradações, devendo obedecer e atender a todas as exigências quanto a diretrizes, localização, elaboração, aprovação, registro e execução do plano, evitando-se loteamentos ilegais e/ou clandestinos.

#### 4. Conclusão

Há, no Brasil, um direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, como todo direito fundamental, trata-se de um direito indisponível. Ressalte-se que esta indisponibilidade vem acentuada na Constituição Federal pelo fato de mencionar-

se que a preservação do meio ambiente deve ser feita no interesse não só das presentes, como igualmente das futuras gerações. Estabeleceu-se, por via de consequência, um dever não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional, para as gerações atuais de transmitir esse *patrimônio* ambiental às gerações que nos sucederem e nas melhores condições do ponto de vista ecológico. Por outro lado, o meio ambiente é considerado *bem de uso comum do povo*, ou seja, não pertence a indivíduos isolados, mas a generalidade da sociedade. Além de ser bem comum do povo, o meio ambiente é reputado bem essencial à qualidade de vida. Em outras palavras, sem respeito a ele não se pode falar em qualidade de vida. Portanto, o Poder Público tem dever constitucional de zelar pela defesa e preservação do meio ambiente, e não uma mera faculdade. Transforma-se sua atuação de defesa e preservação, de discricionária para vinculada, saindo-se da esfera da conveniência e oportunidade para ingressar numa única imposição, qual seja, defender e proteger o meio ambiente. À Administração não cabe, pois, deixar de proteger e preservar o meio ambiente a pretexto de que tal não se encontra entre suas prioridades públicas, uma vez que o Poder Público, a partir da Constituição de 1988, não atua por que quer, mas porque assim é determinado pela Lei Maior.

De outra parte, o cidadão deixa de ser mero titular de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passando a ter o dever de defendê-lo e preservá-lo. Além disso, os titulares do bem jurídico meio ambiente não são apenas os cidadãos (as presentes gerações), mas, por igual, aqueles que ainda não existem, e os que poderão existir (as futuras gerações). Verifica-se nos dispositivos da Constituição a preocupação de se preservar o meio ambiente, de se resguardar a função social da propriedade, além de definir as competências dos entes dos poderes públicos no que se refere ao ordenamento do meio ambiente.

Para que se alcance o direito constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve o Poder Público utilizar, além de toda a legislação específica, os Princípios Ambientais extraídos da Constituição e das leis esparsas. Dentre a legislação específica utilizada neste trabalho, destacamos a do Licenciamento Ambiental relativa ao Parcelamento do Solo Urbano no Estado de Minas Gerais. E, ainda, as normatizações do INCRA e as leis federais acerca do Parcelamento do Solo Rural. Verifica-se, assim, um emaranhado de leis que regulam os parcelamentos do solo urbano e solo rural. Isso porque, atualmente, tem-se observado no processo de urbanização no Brasil o avanço dos usos urbanos sobre as áreas rurais, comprometendo as atividades produtivas específicas, as áreas de preservação de mananciais e a cobertura vegetal existentes. Esse avanço vem ocorrendo por meio de instalação, dentre outros, de *sítios de recreio*, destinados a produzir uma segunda moradia como local de recreação/lazer, o que tem causado degradação ambiental devido à falta de licenciamento específico para esta finalidade.

A expressão *Sítios de Recreio*, utilizada neste trabalho, tem por finalidade o parcelamento dessas zonas fronteiriças, zona mista entre rural e urbana, através da implementação de licenciamento ambiental em áreas rurais improdutivas, resguardando-se, assim, as áreas produtivas; além de reduzir o aumento da densidade demográfica nestas áreas, com a limitação de parcelamento diferentemente das proporções de lotes (áreas muito reduzidas). Assim, além do requisito de utilização de áreas improdutivas, tais áreas teriam um percentual limitativo de intervenção em cada unidade, ressaltando-se que o parcelamento do solo deverá respeitar o mínimo permitido como Módulo Rural (ou FPM), resguardando a permeabilização do solo, devendo, ainda, serem destinadas às unidades unifamiliares.

O local e a implantação do plano de parcelamento visaria uma área territorial no parâmetro seguido pelo INCRA, resguardando a função social e que, ao mesmo tempo tivesse a conotação urbana servindo de local de divertimento com infra-estrutura capaz de atender os anseios do proprietário, evitando-se loteamentos clandestinos e/ou ilegais que prejudiquem um meio ambiente propício à sadia qualidade de vida de todos.

Para a implementação destacamos a necessidade dos seguintes procedimentos: elaborar, juntamente com a Equipe Técnica da Câmara de Infra-Estrutura da Fundação de Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais, a propositura de Minuta de uma DN COPAM para licenciamento ambiental de parcelamento e uso do solo rural com fins de sítios de recreio; sugerir aos municípios a criação de zonas de urbanização específica em seus Planos Diretores, dentro da viabilidade, para que passe a fazer parte do ordenamento do uso e ocupação do solo do referido município, comunicando-se ao INCRA o pedido de desvinculação dessa área; comunicar ao INCRA o novo procedimento, qual seja, licenciamento ambiental para parcelamento do solo no Estado de Minas Gerais, com fins de implantação de Sítios de Recreio. Dessa forma, estar-se-ia regularizando as zonas fronteiriças, zona de transição entre o rural e o urbano, evitando-se que os avanços e usos urbanos, sem um licenciamento ambiental adequado, desestruturas a organização rural.

## 5. Referências bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita. *Direito agrário contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. *Estatuto da cidade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. *Estatuto da terra*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FERNANDES, Victor Paulo. *Impacto ambiental: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

GODOY, Luciano de Souza. *Direito constitucional agrário: o regime de propriedade*. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PROENÇA, Alencar Mello. *Direito agrário*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TEIXEIRA, S. de F. O meio ambiente. *Revista Consulex*, a. 4, n. 46, out. 2000.

## 4.2 DIREITO À VERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE NO ENFERMO

ENEYDE GONTIJO FERNANDES M. ROCHA  
Médica

Bacharel em Direito – PUC/BH

Diretora da Clínica UNICORDIS – Diagnósticos Cardiológicos

Especialista em Cardiologia pela Sociedade Brasileira de Cardiologia

Especialista em Ecocardiografia pela Sociedade Brasileira de Cardiologia

Especialista em Terapia Intensiva pela Sociedade Brasileira de Terapia Intensiva

Pós-graduanda em Processo Civil – CAD/MG

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Princípio da dignidade da pessoa humana e confronto com o princípio de inviolabilidade da vida. 3. Princípio da autonomia da vontade e do direito à verdade como expressão da dignidade da pessoa. 3.1. Caracterização do ato autônomo. 3.2. Consentimento informado. 4. Diretivas avançadas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

O Direito Civil vive uma crise em que a pretensão de completude e perenidade cede às incertezas da época atual, dentre as quais sobressai o progresso das ciências biomédicas e a crescente possibilidade de manter artificialmente a vida biológica, o que suscita o debate ético referente ao confronto entre direitos constitucionais fundamentais, contrapondo, às vezes, o direito à vida aos direitos à autodeterminação e à proteção da dignidade da pessoa humana.

Considerando que as percepções de saúde e doença são individuais e que os interesses críticos do enfermo são personalíssimos, o prolongamento artificial da vida pode constituir afronta à dignidade do enfermo, do que resulta que nem tudo que é tecnicamente possível o seja ética e juridicamente, especialmente quando se constata que, freqüentemente, enfermos são *poupados* da verdade sobre sua moléstia e alijados das decisões concernentes a seu tratamento.

O Direito tem a função precípua de proteger o homem, preservando-lhe a integridade, a identidade e a dignidade e com a substituição da tutela patrimonial, que o Direito Civil fornecia ao *indivíduo*, pela garantia, inscrita na Constituição Federal de 1988, à proteção da dignidade humana, o principal objetivo do Direito Civil atual é propiciar o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa. Porém, Tepedino (1999, p. 57) alerta para a insuficiência dos mecanismos de proteção dos direitos de personalidade em decorrência de “[...] situações que se multiplicam e se diversificam ao sabor dos avanços tecnológicos, sendo insusceptíveis de se ajustarem

à rígida previsão normativa, muito embora merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico”.

Nesse contexto, o biodireito emerge como um novo ramo da ciência jurídica, proveniente do Direito Civil, mas representando um *desdobramento do direito no tempo* para atender às demandas da evolução, mediante o aprofundamento do direito acerca das questões advindas do progresso biotecnológico com vistas à regulamentação da responsabilidade ético-profissional daqueles a quem incumbe cuidados à vida e à saúde do homem (FERNANDES, 2004). Cabe ao biodireito regulamentar, na instância jurídica, as proposições bioéticas para a solução de problemas médico-tecnológicos, estatuiendo um direito à vida que extrapole a proteção da incolumidade física e psíquica (FERNANDES, 2004).

## **2. Princípio da dignidade da pessoa humana e confronto com o princípio de inviolabilidade da vida**

A idéia de *direitos humanos*, em sentido estrito, implica o sentimento de liberdade, de tal forma que sua efetivação envolve paradoxos, especialmente quando atos de disposição do próprio corpo são invocados em nome de salvaguarda da dignidade da pessoa (FABRIZ, 2003). Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, etimologicamente, *dignidade* indica “[...] aquele que merece estima e honra, aquele que é importante” (MORAES, 2003, p. 77) e constitui um atributo exclusivo da espécie humana, único ser que compreende um valor intrínseco, imponderável (SÁ, 2001). Confunde-se com a própria natureza humana e reverencia nosso pluralismo, ou seja, sermos a um tempo iguais aos demais e únicos (MORAES, 2003). Representa o núcleo essencial dos direitos humanos, irradia-se por todo ordenamento e incumbe ao intérprete e aplicador do direito a missão de respeitar “[...] a singularidade de cada pessoa e a igual dignidade de todas as pessoas humanas” (MORAES, 2003, p. 92). O autor desdobra o substrato material da dignidade humana em quatro postulados, que ora transcrevemos, com grifos nossos:

- o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais e ele;
- reconhece-os como merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular;
- *é dotado de vontade livre, de autodeterminação;*
- *é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.*

A mesma autora (2003) enumera os corolários dos postulados referidos, quais sejam, “[...] os princípios jurídicos da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade”. Ao referir-se à dignidade da pessoa humana, Coan (2001) afirma que: “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”.

Moraes (2003, p. 75) atribui-lhe a capacidade de conferir “[...] unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, enunciado pelas Constituições contemporâneas” e Fabríz (2003, p. 275), a despeito de posicionamentos contrários, a considera um princípio absoluto que se expressa “[...] como corolário de todo arcabouço ético da sociedade”. Por sua vez, a proteção à inviolabilidade da vida constitui cláusula pétrea, insusceptível de emenda, em subsunção ao parágrafo 4º do artigo 60 da Carta Magna. Porém, a vida humana não se restringe ao dinamismo biológico, mas é uma tarefa, “[...] uma vontade pessoal, assumida, alimentada, desenvolvida” (CORREIA, 1996, p. 43). E, segundo Silva (2000), é contrário à mesma tudo que interfira prejudicando seu fluir espontâneo.

Em biomedicina, é advogada a prevalência das escolhas do indivíduo atinentes à sua saúde, mas a liberdade individual contrapõe-se ao dever de solidariedade social devendo o exercício do direito subjetivo enquadrar-se aos objetivos, fundamentos e princípios constitucionais, como afirma Perlingieri (1997, p. 298-299): “[...] no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito a si mesma”.

Embora o direito à vida não seja um direito sobre a vida, uma vez que o homem não vive para si, mas para cumprir uma função na sociedade, não há previsão constitucional de um dever à vida e, sim, uma íntima relação entre o direito à integridade física, psíquica e moral e o direito a uma vida digna (BORGES, 2001). Assim, estabelecida a premissa de que a dignidade manifesta-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, não se admite que um paciente seja submetido compulsoriamente a tratamento e reivindica-se a reapropriação da morte pelo próprio doente, facultando-lhe recusar-se a submeter-se a tratamentos que apenas prolonguem o processo de morte, afrontando sua dignidade (BORGES, 2001).

Nessas circunstâncias, o critério da qualidade de vida deve ser assumido em prol não só da vida, mas também da pessoa, devendo a vida “[...] prevalecer como direito fundamental oponível *erga omnes* quando for possível viver bem” (SÁ, 2001, p. 83). Assim, para aqueles a quem a enfermidade excluiu a possibilidade de bem-estar, o direito não pode se transformar em dever, sendo recomendável que a indisponibilidade da vida ceda à autonomia do enfermo terminal, evitando que sua dignidade biológica



ou biográfica, esta referente aos valores, crenças e opções, resulte indelevelmente violada (SÁ, 2001).

Nesse sentido Fabriz (2003) manifesta-se dizendo que não é suficiente viver, mas sim viver uma vida digna e Lepargneur (1996, p. 183) transcreve a proposição de Léon Schwaetzenberg, aprovada por comissão *ad hoc* do Parlamento francês em 1991:

O fundamento da vida de um ser humano é a dignidade e a espiritualidade; destarte, a existência de uma pessoa não é redutível às funções naturais da vida vegetativa. A aspiração ao sono definitivo não constitui uma negação da vida, mas o pedido de interrupção de uma existência à qual a doença acabou de tirar toda dignidade.

No tocante à fronteira nebulosa entre a eutanásia e a recusa ao “[...] abusivo ativismo terapêutico” (LEPARGNEUR, 1996, p. 184), posiciona-se Borges (2001, p. 284) contra a obstinação terapêutica, considerada atentatória à dignidade humana, afirmando que *o direito de morrer dignamente* não deve ser confundido com o *direito de morrer* reclamado por adeptos da eutanásia ou de auxílio a suicídio, mas reconhecido como a prerrogativa legítima de “[...] ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil”. Borges (2001, p. 299) complementa que “A pessoa tem a proteção legal de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir onde e como deseja morrer” e ressalta a condição de cláusula geral constitucional da proteção da dignidade humana.

### **3. Princípio da autonomia da vontade e do direito à verdade como expressão da dignidade da pessoa**

#### **3.1. Caracterização do ato autônomo**

O princípio da autonomia, um dos pilares da bioética, relaciona-se, diretamente, com o princípio da dignidade humana e reporta-se à liberdade de escolha racional, ou seja, o direito de autodeterminar-se, enaltecido por Stuart Mill na introdução de sua obra *Sobre a liberdade* (1974 apud ALMEIDA, 1996, p. 59), que ora transcrevemos: “A única razão em nome da qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma sociedade civilizada é prevenir dano aos demais. Seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é uma razão suficiente”.

Na relação médico-paciente, a autonomia dos participantes é a base ética e jurídica da legitimidade, devendo-se implementar o diálogo, a cognição crítica e a escolha.

Fabriz (2003) refere-se ao necessário respeito à autonomia da vontade na relação médico- paciente, atribuindo-lhe caráter determinante de segurança.

Em consonância com Stancioli (2004), Borges (2001, p. 295) afirma que “[...] o dever do médico de cuidar do paciente acaba quando este, após ter recebido todas as informações, opõe-se ao tratamento”. Permitimo-nos a ressalva de que essas informações devam perfazer os requisitos de conteúdo e qualidade para revestirem-se de legitimidade, sobretudo considerando a premissa expressa por Séguin (2001, p. 169 e p. 178) de que “[...] o conhecimento é a base da cidadania plena” e de que não “há nada mais angustiante que descobrir sintomas e ficar imaginando suas causas”.

Porém, conquanto Kant (MOURÃO, 1995 apud STANCIOLI, 2004, p. 28) haja rebelado contra qualquer tipo de paternalismo, como se pode depreender da afirmação “Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira [...], mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa”, e tenha a crítica como substrato das escolhas individuais, essas construídas solitariamente, em monólogo, representam, segundo Stancioli (2004), apenas a auto-suficiência cognitiva do indivíduo, insuficiente para lastrear o consentimento do paciente para as complexas decisões atinentes a intervenções médicas.

O modelo dinâmico de autonomia, dialogicamente construído, é defendido por Stancioli (2004), que alerta para a necessidade de construção e reconstrução da autonomia através de informações que fomentem a capacidade crítica do cliente, se ele não se opuser ao diálogo com o médico. Assumindo-se a legitimidade do exercício da capacidade de agir autonomamente, há que se perfazer os três requisitos do ato autônomo, segundo o modelo de Beauchamp e Faden (1988 apud STANCIOLI, 2004, p. 34 a 43): compreensão, intenção e ausência de influências controladoras.

Quanto ao requisito compreensão, o conteúdo e a *qualidade* das informações fornecidas pelo médico estruturam o ato autônomo. E para que o consentimento seja autonomamente obtido há que haver um compromisso com a verdade, que nas sábias palavras de Santos (1998, p.7) “[...] é a forma primitiva de responsabilidade jurídica”, além de um consenso lingüístico entre os interlocutores, quais sejam, médico e cliente. Nesse processo de compreensão, o questionamento de pré-compreensões e pré-conceitos conduz à vontade autonomamente construída.

Com referência ao pressuposto *intenção*, o essencial é a deliberação da ação em consonância com um plano do agente, ciente da possibilidade de fatores supervenientes e imprevistos: todo ato autônomo envolve um risco. Quando a autonomia do paciente é respeitada há repartição do ônus do risco com o mesmo. Para perfazer o terceiro requisito do ato autônomo, não pode haver dominação no processo comunicativo.

Ao médico incumbe abster-se de utilização de poder ou de argumentos tendenciosos para convencer o paciente, enquanto este deve questionar criticamente as informações recebidas, exercendo um certo *poder de resistência*.

Ante a impossibilidade de perfazer os requisitos de um ato completamente entendido e completamente não controlado, deve-se intentar entendimento satisfatório e limitar, o tanto quanto possível, formas de controle de modo a se obter um ato “[...] substancialmente autônomo”, sem o que o consentimento será apenas formalmente obtido. (STANCIOLI, 2004).

### 3.2. Consentimento informado

O Código de Nuremberg, ao afirmar em seu artigo 1º a essencialidade do consentimento voluntário do ser humano a qualquer experimento e ao atribuir ao pesquisador o dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento, tornou proscritas, do ponto de vista ético-jurídico, as experiências médicas não autorizadas (STANCIOLI, 2004).

Com a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, realizada em Oviedo, na Espanha, em 1997, e assinada por 21 países membros do Conselho da Europa, o consentimento informado expande sua exigibilidade para além das atividades de pesquisa, sendo prescrito a qualquer intervenção biomédica humana, como um *direito humano*, excetuando-se apenas as intervenções de emergência (STANCIOLI, 2004). Os artigos 5º e 9º da referida Convenção assim estatuem:

Artigo 5º - Uma intervenção no campo da saúde só pode ser realizada depois de a pessoa que sofrerá a intervenção ter dado seu consentimento livre e informado para tal.

Essa pessoa deve, antecipadamente, receber informações apropriadas acerca do propósito e natureza da intervenção, bem como de seus riscos.

Artigo 9º - Os desejos concernentes a intervenções médicas, previamente expressos pelo paciente, quando este não os puder fazer no momento da intervenção, devem ser levados em conta.

A legitimidade do consentimento consubstancia-se no conteúdo e veracidade das informações, tudo permeado pelo consenso lingüístico entre os interlocutores, que conduza à vontade vinculante (STANCIOLI, 2004). Por sermos diferentes, não podemos prescindir do discurso ou da ação para nos entendermos. Segundo Arendt (1999 apud MORAES, 2003, p.76), “[...] é com palavras e atos que nos inserimos

no mundo humano”. Assim, se a informação não é compreendida, a autonomia da vontade é deturpada e, se o consentimento obtido versar sobre premissas falsas, não há como atribuir validade ao ato jurídico.

Reverenciamos a asserção de Martin (1996) de que incumbe ao médico ajudar o enfermo apropriar-se da sua verdade, adaptando a maneira de comunicar às necessidades de cada destinatário da informação. Segundo Stancioli (2004), o novo modelo da relação médico-paciente exige do profissional um agir técnico e um agir social. Tecnicamente posta-se como observador detectando a enfermidade, avaliando suas repercussões, selecionando estratégias terapêuticas, enquanto no agir social, como interlocutor, dialoga com o cliente buscando seu consentimento efetivo. Recomenda, ademais, que as informações sejam transmitidas de forma oral com posterior redução a termo para documentar o consentimento.

Quanto ao conteúdo das informações, Stancioli (2004) enumera, com grande propriedade, os requisitos essenciais, quais sejam, o diagnóstico, o prognóstico e incertezas do decurso da enfermidade, benefícios de tratamento e/ou riscos do não tratamento, a terapêutica proposta, sua duração e os possíveis efeitos colaterais indesejáveis, incluindo sua magnitude e persistência.

Hodiernamente, com a assunção do cliente como sujeito ativo no processo de tratamento, discute-se a propriedade do termo de consentimento informado que coaduna mais com o paciente que, quase alienado, consentia em submeter-se ao tratamento. Advoga-se, sim, que haja vontade, solicitação de tratamento, não apenas consentimento (STANCIOLI, 2004). No exercício dessa autonomia o paciente pode, inclusive, delegar ao médico responsável as decisões cruciais referentes à sua terapêutica (ALMEIDA, 1996), desde que a delegação perfaça os requisitos de um *ato satisfatoriamente autônomo*, sobre os quais já discorremos (STANCIOLI, 2004). Esse paciente que contrata o tratamento, diretamente ou por delegação, é o mesmo titular do direito de requerer sua interrupção e, mesmo, a subsequente retomada da terapêutica. Moraes (2003) afirma que impingir um tratamento contrariando a vontade do enfermo pode caracterizar cárcere privado, constrangimento ilegal e, quiçá, lesão corporal.

Fabriz (2003, p. 335) refuta que a não aceitação de determinado tratamento signifique recusa a viver, mas, apenas, assunção da possibilidade da própria morte como fato inexorável da vida, *que não se permite escamotear* e valida qualquer deliberação autônoma, citando Charlesworth (1966 apud FABRIZ, 2003, p. 334): “A autonomia é a capacidade de autodeterminação. Mesmo que o resultado da eleição não seja um bom resultado, o ato de eleição livre e autônomo seria um bom ato em si mesmo, por ser autônomo e livre”.

Discorremos até aqui sobre respeito à autonomia privada do paciente, pressupondo capacidade cognitiva plena do mesmo. Porém, a autonomia é sempre relativa: “[...] aspectos biológicos, motivos inconscientes e fatores sócio-ambientais moldam, expandem e limitam a autonomia individual” (ALMEIDA, 1966, p. 65).

À argumentação de que a doença, ao fragilizar emocionalmente o enfermo, torna-o incompetente para decidir é refutada por muitos pensadores e eticistas da atualidade, que reafirmam a prerrogativa do paciente decidir quanto de informação deseja obter. Se é pertinente que não há que se impor verdades a quem não as queira, configura-se abusivo estipular o que alguém não deseja conhecer, sobretudo considerando que o ideal de ascrição, ou seja, expansão das propriedades da dignidade da pessoa plenamente consciente e idealmente autônoma, a seres inferiorizados, vem conquistando adeptos (LEPARGNEUR, 1996).

A infantilização do paciente não o favorece, apenas reduz o desgaste do médico, evitando diálogos contundentes com os portadores de doenças potencialmente fatais acerca de seu porvir. “É bem mais fácil cogitar apenas das possibilidades amenas do que de todas as possibilidades” (ALMEIDA, 1996, p. 61). Quanto a essas omissões, afirma Fabríz (2003):

Com o surgimento da teoria dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, e o reconhecimento do princípio da autonomia, a omissão de informações por parte do profissional de saúde na relação terapêutica implica a figura jurídica da responsabilidade. (grifos nossos).

Nas circunstâncias em que, em virtude de urgência ou de inconsciência, o paciente não possa exprimir vontade, as coordenadas são exceptivas. Assim, recomenda-se suprimir o imperativo do consentimento para tratamentos nas emergências, caso cursem com impossibilidade de expressão da autonomia pela vítima ou se o tempo para consultar sobre a aceitação representar acréscimo ao risco de vida ou à integridade do paciente. Considera-se essa circunstância um autêntico estado de necessidade (STANCIOLI, 2004).

Por sua vez, tratando-se de pacientes com limitações neurológicas à expressão de seus anseios – quer transitórias ou potencialmente permanentes – o instituto da representação legal se afigura legítimo desde que o representante não se invista na função de *substituto psicológico* do paciente, mas na de intermediário da suposta vontade do representado, que arvore conhecer.

Segundo Dworkin (1993 apud SÁ, 2001, p. 113), afiguram-se três situações de decisão sobre a própria morte, quais sejam, a de consciência e competência, a de consciência

e incompetência e a de inconsciência. A falta de competência nas duas últimas deve ser suprida com base no conhecimento dos interesses críticos do destinatário das decisões. Esses interesses críticos constituem aqueles que julgamos tornar nossas vidas melhores e tais convicções não de ser respeitadas ao decidirmos sobre o que seja melhor para alguém que se tornou incompetente para fazê-lo. O respeito ao padrão moral intrínseco do representado é a expressão de respeito à sua dignidade.

Assim, na escolha do representante, o parentesco biológico não constitui o requisito principal, devendo-se privilegiar aquele que melhor conheça os valores e preferências do paciente (STANCIOLI, 2004). Cumpre, contudo, registrar as posições contrárias ao instituto da representação para suprir a vontade de outrem quanto à recusa a tratamento, considerada esta personalíssima por Sérgio Ferraz (1991 apud FABRIZ, 2003, p. 296).

Almeida (1996) pondera que, ante pacientes com autonomia reduzida, seria recomendável que o médico tentasse recuperá-la para integrar o titular do direito ao processo decisório. Se o esforço médico para tal for improdutivo, Fabriz (2003) incumbe ao profissional, sem interposição de representantes do enfermo, a escolha do tratamento que for mais adequado. Para suplantar as controvérsias suscitadas quanto à valoração do consentimento proferido por paciente fragilizado emocionalmente pela enfermidade, defendem-se instrumentos jurídicos que registrem a expressão da vontade a prevalecer em situações futuras, quais sejam, as *diretivas avançadas* que incluem o *testamento vital* e o *mandato duradouro*.

#### 4. Diretivas avançadas

A inexorável ponderação de Philippe Ariès (1990 apud FABRIZ, 2003, p. 331) sobre a necessidade de se pensar na morte durante toda vida e não apenas no momento ou na proximidade da mesma, valida escolhas pessoais prévias quanto à maneira de se despedir da vida com dignidade. E considerando que, além da dignidade comum do gênero humano, “[...] existe uma dignidade íntima intransferível [...] segundo a auto-avaliação do próprio sujeito” (LEPARGNEUR, 1996, p. 187), o respeito ao próximo inclui respeito às suas crenças, excluindo dogmatismos (VIEIRA, 1999).

Vieira (1999) reporta iniciativas para garantir a prevalência das convicções do titular do direito à vida, quanto ao seu fim, e menciona a promulgação de leis sobre a morte natural (*Natural Death Acts*) ou sobre o doente terminal (*Terminally III Acts*) em 42 estados norte-americanos, prevendo a assinatura de uma declaração concernente ao fim da vida, inclusive a possibilidade de designar um mandatário, encarregado de defender o ponto de vista do signatário da declaração, no momento em que ele não seja mais capaz de fazê-lo. Faz ainda alusão a diversos modelos de testamentos

visando solucionar o problema, propostos em vários países por associações com esse fim e cita a Organização *Choice in Dying*, que presta orientação acerca dos direitos dos pacientes terminais e mantém um registro Nacional de Testamentos em Vida.

Nos Estados Unidos, desde 1991, com a promulgação do *Patient Self-Determination Act*, reconhece-se a validade de documentos que expressem previamente a vontade do autor, quanto à maneira como ser conduzido, se combatido por alguma enfermidade que o impeça de se expressar. Stancioli (2004) destaca o testamento vital (*living wills*) e o mandato duradouro (*durable power of attorney*).

O *testamento vital*, também referido como *disposições paratestamentárias* estatui sobre procedimentos médicos requeridos, assim como sobre recusa, exemplificativamente, a métodos de reanimação cardio-pulmonar e manutenção artificial da vida, se o autor não for capaz de manifestar-se no momento da tomada de decisão. Essas disposições paratestamentárias hão de ser feitas por pessoa maior e capaz, perante duas testemunhas independentes. Sua convalidação ocorre decorridos quatorze dias da assinatura e perdura por aproximadamente cinco anos, se não revogado pelo autor em menor interregno. Para cumprimento das disposições assentes em constatação de fase terminal, exige-se o parecer diagnóstico de dois médicos. Uma vez preenchidos os requisitos mencionados, o *testamento vital* tem valor legal e inclui imunidade civil e penal do médico que agir de acordo com a declaração. Em adição, obriga o médico que não conformar com as condutas requeridas pelo paciente a encaminhá-lo aos cuidados de outro médico ou instituição. Em caso de desrespeito, sujeita-se o médico a sanções disciplinares (STANCIOLI, 2004; BORGES, 2001 e VIEIRA, 1999).

O *mandato duradouro* é uma delegação de poderes específicos incumbindo ao mandatário a tomar decisões em lugar do paciente, suprimindo a sua vontade numa eventual incapacidade (VIEIRA, 1999 e STANCIOLI, 2004). Stancioli pondera sobre a propriedade de conjunção do *mandato duradouro* com as *disposições paratestamentárias*. Estas fornecem as bases mínimas para as deliberações do mandatário, o qual supre as lacunas daquelas.

## 5. Conclusão

Na relação médico-paciente, constitui atributo funcional do médico sopesar os riscos e benefícios de cada conduta, porém não olvidando que as percepções de doença e saúde são pessoais e de que doença carrega representações simbólicas correlacionadas à cultura e influenciadas por ideologias, do que decorre que compete ao cliente a escolha, não só de ser tratado, mas do tipo de tratamento com que mais se identifique.

Conquanto não haja oposição entre beneficência e autonomia, recomenda-se subordinação da primeira à segunda e o expurgo de práticas paternalistas que coibam a visão crítica do enfermo impingindo-lhe um padrão exógeno de bem-estar, olvidando que o procedimento benéfico para alguém é indissociável da visão crítica de bem-estar do destinatário, que se recomenda explicitar através do consentimento materialmente obtido.

O princípio da autonomia converteu-se em símbolo do direito moral e legal dos pacientes decidirem sem coerções, revolucionando a relação médico-paciente, transformando as relações verticais em relações mais simétricas entre sujeitos autônomos. A infantilização do enfermo, omitindo-lhe diagnósticos e recorrendo a subterfúgios para convencê-lo a tratamentos heróicos que – no contexto de negação da doença – geram paradoxos, o médico, com sua atividade profissional minimizada a uma relação contratual, cede a pressões dos familiares, que movidos por amor, compaixão ou remorso, e desconhecedores dos preceitos do Código de Ética Médica, contrapõem-se ao dever do médico de prestar informações ao cliente e de não limitar o seu direito de decidir livremente sobre sua pessoa e seu bem-estar na escolha de práticas diagnósticas e terapêuticas.

O reconhecimento no enfermo de sua condição de sujeito, protagonista e usuário crítico, livre e responsável, dos serviços de saúde, restitui-lhe competência moral, rompendo com o paternalismo e o absolutismo que transformam o cliente em receptáculo de ordens.

## 6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Marcos de. Comentário sobre os princípios fundamentais da bioética: perspectiva médica. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos de bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução R. Raposo, posfácio C. Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e direito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, n. 27, p. 6-7, fev. 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Bioética e do Direito. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito e Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos de bioética*. São Paulo: Paulus, 1996a.

\_\_\_\_\_. A alteridade como critério fundamental e englobante da bioética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos de bioética*. São Paulo: Paulus, 1996b.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de. *Bioética, biodireito e o Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GULINELLI, André et al. Desejo à informação e participação nas decisões terapêuticas em caso de doenças graves em pacientes atendidos em hospital universitário. *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, ano 04, n. 50 (1), p. 41-47, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos de personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEPARGNEUR, Hubert. A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos de bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

MARTIN, Leonard M. O Código Brasileiro de Ética Médica e os direitos do paciente na fase final da AIDS. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Fundamentos de bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei*. São Paulo : Ícone, 1998.

SÉGUIN, Elida. Os Direitos do paciente. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso. Do direito à vida e do direito à privacidade. In: *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SUCHMAN, A. L., MATTHEWS , D. A. What makes the patient–doctor relationship therapeutic? Exploring the connectional dimension of medical care. *Ann Int Med*, n. 108, p. 125-130, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil: a tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Biodireito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

VILELA, João Baptista. Prefácio. In: STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

## SEÇÃO II – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

### SUBSEÇÃO I – DIREITO PENAL

#### 1. ARTIGOS

##### 1.1 A NOVA ORIENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL PARA O CRIME DE USO DE DROGA

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina  
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

Com a entrada em vigor do novo regime legal antidrogas, ocorreu a ebulição de opiniões desfavoráveis ao tratamento político-criminal dispensado ao infrator usuário. A mídia chegou a divulgar, erroneamente, a descriminalização daquelas condutas tendentes ao uso de drogas, tentando, desta forma, polemizar um tema que vem já sendo amplamente discutido por diversos segmentos da sociedade, não apenas formados por juristas, mas por profissionais da saúde e da educação, em nível mundial, de forma desapaixonada, responsável e bastante realista. No entanto, o enfoque dado à questão, foi absolutamente apressado, com o equívoco grosseiro sobre a política criminal, para além de ter patinado no *pré-juízo* acerca das extensões de danosidade desse crime, ainda visto por alguns juristas brasileiros de alto coturno como um fator criminógeno. Não houve, como se sabe, a descriminalização das condutas relacionadas com o uso. Mas, também, temos de frisar, nenhuma evolução significativa ocorreu no campo da prevenção penal, salvo a inclusão de um *tertium genus* de pena, de caráter duvidoso e de efeitos – já podemos prever – simbólicos. Se, por um lado, o legislador penal deixou de enfrentar a descriminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, por outro lado deixou de estabelecer uma política criminal séria no sentido de estabelecer a prevenção penal. E é aqui que começam a surgir nossos problemas: qual o discurso que vai subliminarmente aderido à posição oficial assumida pela *auctoritas*? Que tratamento penal pode ser dispensado ao infrator usuário ou dependente de drogas? Que políticas jurídicas podem ser realizadas no plano concreto da atividade jurídico-jurisdicional?

Cabe destacar, antes de mais, que o crime descrito no art. 28, da Lei n.º 11.343/06, referido em nossa tradição penal como crime de uso (que, a rigor, não pune propriamente o uso, mas todas aquelas condutas relacionadas com o consumo de drogas, como sua aquisição e guarda e seu transporte), é já categorizado como crime menor (art. 48, § 1º, da Lei n.º 11.343/06). Mas desde o antigo regime legal, quando a modalidade criminosa vinha definida pelo art. 16, da Lei 6.368/76, o conteúdo sancionador enformava-se ao conceito de crime de menor potencial ofensivo, já que se operou uma política

jurídica nos tribunais que considerou aplicável à espécie o disposto no art. 2º, da Lei n.º 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais). As repercussões penais eram, do ponto de vista de prevenção especial negativa, pequenas, embora a política criminal oficial se alinhasse com os termos da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, quando se entendia que a posse de drogas constituía um autêntico fator criminógeno que devia ser combatido com punição restritiva de liberdade (art. 36, 1, da Convenção). Havia, portanto, uma paradoxal política jurídica traçada pelos tribunais: por um lado, entendia-se inaplicável o princípio da insignificância, punindo-se a conduta do agente mesmo que a quantidade de droga apreendida fosse ínfima e sequer justificasse aí uma intenção de uso ou perigo para o bem jurídico-penal tutelado (TJMG – 1ª C. Crim. 209.379-7/00, rel. Des. Lauro Bracarense, DJMG 06.04.2001; TJSP – 3ª C. Crim. – A. Crim. 273.885.3/6 – Rel. Des. Walter Guilherme). Mas, por outro lado, as repercussões penais decorrentes da desjudiciarização eram (e continuarão a ser sob o novo regime legal) atenuadas (evitando-se inquérito policial, o rito e toda a carga intimidante dele decorrente e o próprio papel pedagógico inscrito na realização do direito através da atividade jurídico-jurisdicional), não se logrando com a transação penal nem os efeitos de prevenção geral, nem os de prevenção especial. Deste breve apanhado da história político-criminal, podemos dizer que a moderna orientação adotada pela *auctoritas* nos projetos de lei que trataram do regime antidrogas não avançou com nenhuma estratégia de descriminalização, mas, também, não foi coerente com os postulados de *law and order*, deixando de imprimir, portanto, um caráter intimidador nas sanções previstas para as condutas relativas ao uso. Manteve o crime, contudo, erigindo um sistema punitivo *sui generis* que, com toda a certeza, criará embaraços para a realização da atividade jurídico-jurisdicional. Vejamos, então, o que há de novo.

O longo processo legislativo do atual regime antidrogas iniciou-se com projeto governamental n.º 6.108/2002, seguido pelo Projeto de Lei n.º 7.134/2002, da Câmara dos Deputados, que mantiveram a criminalização das condutas relacionadas com o uso de drogas, mas com imperfeições gritantes. Este projeto incluía como elemento integrante do conceito do crime o termo “pequena quantidade”, o que, em primeiro lugar, conduziria o problema da tipificação para uma zona de imprecisão (o que é pequena quantidade? Como estabelecer um padrão conceitual de pequena quantidade de droga?) e, em segundo lugar, a *pequena quantidade* de droga não se prestaria a distinguir tráfico da mera conduta tendente ao uso (há os passadores de droga que a *guardam* ou a *trazem consigo* em pequenas quantidades e há usuários que fazem estoque dela). Mas os problemas não ficavam por aí. O legislador pretendeu submeter o infrator a *medidas de caráter educativo* (art. 22, do PL n.º 7.134/2002), como a do “comparecimento a programa ou curso educativo”, a “proibição de freqüência a determinados lugares” e o tratamento, imbricando (ou, talvez, confundindo) tratamento penal com as políticas oficiais de tratamento e de ressocialização de usuários e

dependentes. Era algo estranho: as condutas tendentes ao uso estavam catalogadas entre os crimes, mas em vez de sanção penal se aplicaria medida educativa. Coisas desse nosso legislador fabuloso, que vê a lei penal como a solução dos problemas sociais, mesmo não estando firmemente convicto de sua eficácia. Pior: ao que parece todo o trabalho legislativo não se fez precedido de um estudo sério de criminologia que, em outros sistemas jurídico-penais, tem já apontado um equacionamento eficiente entre custos e benefícios da criminalização do uso. Mas o fato – fato lamentável – é que nosso laborioso legislador mitifica a Lei e a usa como forma de dar respostas aos reclamos da sociedade, daí que certas normas em vez de estarem em consonância com a esfera histórico-sociocultural, são apenas retalhos mal costurados de importações ou a expressão mais simples de emprestar caráter de juridicidade a fenômenos problemáticos melhor solucionáveis por outros meios de controle social.

Pois bem, a redação definitiva da Lei, que se consolidou a partir do Projeto de Lei do Senado n.º 115, de 2002, extirpou algumas excentricidades da norma penal, deixando de exigir para a perfectibilização do crime a apreensão de *pequena quantidade* de droga, para além de estipular a sujeição do infrator não a medidas de caráter educativo, mas a sanções penais. Isto ao menos sob o aspecto estritamente formal, pois que a Lei criou, em boa verdade, um *tertium genus* de pena que não se conforma à tipologia tradicional por nós conhecida<sup>1</sup>. Tentemos explicar melhor. As “penas” a que se submeterá o infrator carecem de carga preventivo-especial. Nem conduzirão o reeducando à ressocialização, nem lhe impingirão um dever-ser de disciplina conforme à noção ético-social. Por um lado, devido ao caráter meramente simbólico das “penas”. Não acreditamos que uma advertência aplicada pelo Juiz ao reeducando terá efetividade para o conscientizar dos efeitos danosos provocados pelo uso reiterado de droga. Mesmo a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (que, devido à falta de definição legal, precisará ser preenchida pela política jurídico-legal ou jurídico-jurisdicional, para lhe dar substância) não resultará proveitosa se o reeducando estiver relutante e não se interessar pelo curso. O usuário ou a pessoa dependente sabe perfeitamente dos males provocados pelas drogas, mas, tal como o fumante ou o alcoólatra, dispõe de sua saúde, fazendo opções de vida que nem sempre se conformam a um determinado padrão ético. E muitas vezes, seu problema é verdadeiramente de saúde, de forma que as “penas” de nada lhe servirão. Por outro lado, a ineficácia das “penas” advirá de problemas estruturais, pois os juízos criminais não dispõem, via de regra, de um programa de prestação de serviços à comunidade (que, para caso específico desta Lei, deverá ser “[...] cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais [...], que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”) e os municípios, por sua vez, não mantêm rede de entidades de prevenção ou de tratamento de toxicômanos. Os programas ou cursos

<sup>1</sup> Para um exame mais aturado da questão, Sabbá Guimarães (2006, p. 14 et seq.).

educativos carecem não só de definição, mas de estruturação adequada para atenderem a reeducandos penais.

Essas são apenas algumas das dificuldades que divisamos em nosso horizonte jurídico-penal numa rápida passada de olhos pelo art. 28, da Lei n.º 11.343/2006. Mas há outras tantas que requerem aturado esquadramento de políticas jurídicas para que se evite o (completo) malogro dos objetivos previstos na Lei. Uma delas, v.g., pode ser referida à atividade jurídico-jurisdicional na fase de execução das “penas”, quando, na hipótese de não cumprimento injustificado por parte do reeducando, tiver o Juiz de aplicar, sucessivamente, admoestação verbal e multa. Mecanismos jurídico-legais que igualmente padecem de efetividade e que, na prática, correm o risco de substituir as “penas” que forem atribuídas ao infrator.

Quando disqueteamos sobre esses problemas que se instalarão na *práxis* jurídico-jurisdicional (e, como mais acima referimos, são apenas alguns que antevimos. Muitos outros, certamente, se avizinharão da atividade profissional de Juizes, Promotores e Autoridades Policiais), fica-nos uma pergunta que adere ao conjunto problemático até aqui desenvolvido: será que o legislador penal não conseguiu ter uma perfeita noção das conseqüências (de peso) para o mundo jurídico ao estabelecer essa nova política criminal que, a todas as luzes, não se coaduna com as proposições da criminologia moderna? Ou, expondo de outra forma: será que durante o processo legislativo não se percebeu a inocuidade do trato do fenômeno da toxicodependência (ou, simplesmente, do uso de drogas) pelo viés jurídico-penal? Parece-nos pouco provável que o decisionismo jurídico-legislativo tivesse se radicado numa perspectiva puramente reducionista de enfrentamento do problema do uso de drogas, como se ele fosse um autêntico problema criminal. Não, o legislador não foi acometido por uma cegueira. Pelo contrário. Tinha ele a perfeita noção da ineficácia das penas para essa modalidade de problema social. Tanto é que evitou estabelecer um regime penal nos moldes tradicionais, criando medidas de caráter educativo (mais tarde, na redação definitiva dada à Lei, dissimuladas com o emprego do termo “penas”). E aqui, nesta dialética operada durante o processo legislativo, está a chave para desvendarmos o que, de fato, vai insito no *têlos* do art. 28.

É bom notar que o discurso do legislador – por conseqüência, o próprio discurso jurídico-legal – vai impregnado por aspectos muito peculiares, que decorrem de sua circunstância histórico-político-social. Por um lado, a Lei é uma imposição cada vez mais real num Estado que se quer de direito e democrático, e abre a noção (embora muitas vezes ilusória, porque padecemos nos dias de hoje da falácia jurídico-legal, aquela que promete a solução para todos os problemas sociais através da *norma normada* pelo legislador) de segurança jurídica. De maneira que tem sobrado poucos, pouquíssimos espaços para decisões de caráter técnico-político. A segurança pública,

por exemplo, é uma destas áreas que pode ser tratada através de ações políticas. A implementação de mecanismos preventivos para a saúde pública é outra matéria que pode ser inserida aí, na área das atividades técnico-políticas do poder político. E não entendemos impossível a criação desses mecanismos inclusive para mitigar os males provocados pelo consumo de drogas (através do serviço social ou pela criação de sistemas multidisciplinares, v.g.). No entanto, o mito da Lei exige a operosidade do legislador, que, por outro lado, se vê na contingência de dar alguma resposta para a sociedade, realizando aquilo que Silva Franco denuncia como “função simbólica” do direito penal<sup>2</sup>. Mostra-se através da Lei que algo é feito para debelar os problemas sociais, mas, em boa verdade, apenas impinge-se na sociedade uma falsa crença. E sabe perfeitamente o legislador penal que o Estatuto de Desarmamento não colocará fim à criminalidade brutal que assola o País, assim como a aplicação de pena aos usuários ou dependentes de drogas não expressa, por um lado, os efeitos preventivo-especiais (de ressocialização e de mitigação do fenômeno desviante) e, por outro, não protegerá o bem jurídico saúde pública. No entanto, ele obstina-se em transmitir à sociedade uma impressão de estar atento e decidido em relação a esses problemas. Em muitas circunstâncias, o legislador recorre à operação jurídico-penal “para produzir um mero efeito simbólico na opinião pública, um impacto psicossocial, tranquilizador para o cidadão e não para proteger com eficácia os bens jurídicos fundamentais para a convivência”<sup>3</sup>. No caso específico de que estamos a tratar, acresce-se uma outra dificuldade: o legislador chegou a uma encruzilhada onde, para além da opinião pública, estão presentes um caminho sem consistente pavimento de política criminal e um outro muito mal traçado de criminologia (ou será que existe entre nós estudos sérios sobre fatores criminógenos e desvios sociais?). Nesta encruzilhada não há saída para uma política de descriminalização delimitada pela criminologia e pelos princípios axiológicos contidos na Constituição<sup>4</sup>. De forma que o legislador resigna-se (quem sabe talvez celebre-se) com a produção da Lei.

No entanto, a norma contida no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 revela, subliminarmente, a descrença do próprio legislador na sanção penal como mecanismo apto a proteger o bem jurídico saúde pública. E, apesar de estabelecer uma categoria *sui generis* (talvez melhor diremos, simbólica) de sanção penal, manteve, pretendendo um efeito meramente simbólico, a ameaça de imposição de “penas” para as condutas desviantes, categorizadas como crime. Mas, voltamos a perguntar: que eficácia preventivo-especial há, v.g., na imposição da “pena” de “advertência sobre os efeitos das drogas”? Que alcance terá essa mesma “pena” para a proteção do bem jurídico-penal saúde pública? O legislador penal sabe tão bem quanto qualquer operador do direito as respostas. Deixemo-las de lado, pois não precisamos percorrer o caminho das obviedades (isto

<sup>2</sup> SILVA FRANCO (1996, p. 175-187).

<sup>3</sup> Antonio Garcia-Pablos apud Silva Franco (1996, p. 182-183).

<sup>4</sup> SABBÁ GUIMARÃES (2001, p. 76 et seq.).

que tem ocupado a atenção da *mediocracia* atual). Qual, então, o *logos* presente neste novo e surpreendente discurso jurídico-legal?

Para nós a questão pode ser equacionada assim: o legislador, em boa verdade, deixou de enfrentar abertamente o problema político-criminal sediado em torno do velho dilema entre as políticas de criminalização e de descriminalização, mas, por um lado, ao manter o crime de uso na nova Lei Antidrogas, realizou um discurso subjacente de desjudiciarização (o autor do fato não será submetido ao ritual do processo judicial, pois, via de regra, tudo poderá esgotar-se na audiência preliminar no juizado especial, com a transação de “pena”) e de despenalização (pois que estará o autor do fato sujeito a – digamos de forma mais honesta – medidas de caráter educativo – lógico, de valor duvidoso) e, por outro lado, aposta ele numa solução a longo prazo de política jurídica a ser realizada não nos domínios da Lei – da atividade jurídico-legal –, mas na atividade jurídico-jurisdicional. Expliquemos melhor. Tudo leva a crer que os juízes encontrarão enormes dificuldades para, a curto prazo, criar programas de prestação de serviços à comunidade e programas ou cursos educativos nos moldes exigidos pela Lei. Problemas estruturais presentes na maior parte dos municípios brasileiros serão o grande obstáculo. De modo que será mais freqüente (e factível) a transação da “pena” de advertência, implicando isto na prática de uma política jurídica verdadeiramente despenalizadora.

Como se pode perceber, o conjunto de problemas gerado em torno do tipo penal definido pelo art. 28, da Lei n. 11.343/2006 é complexo. E exige uma mediação político-criminal calcada em elementos mais sólidos de criminologia e na consolidação do entendimento das normas de caráter constitucional-penal. Se não for adequadamente abordado por uma intervenção do legislador penal, encontrará, como tudo leva a crer, uma solução ditada pela *práxis* jurídico-jurisdicional (a política jurídica dos Juízes), mas que, como facilmente se pode prever, será a condição de esvaziamento da norma penal, gerando aquilo que Bobbio refere como categoria de norma válida mas sem eficácia. E, concluímos nós, gerará, mais uma vez, a mais rotunda humilhação da norma jurídico-penal.

#### Referências Bibliográficas

SILVA FRANCO, Alberto. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 6, fascículo 2, p. 175-187, abr./jun. 1996.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições* (em busca de um direito penal eficaz). 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.



SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Nova Lei Antidrogas comentada: crimes e regime processual penal*. Curitiba: Juruá, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo nº 209.379-7/00. Relator. Des. Lauro Bracarense. Belo Horizonte, 6 de abril de 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ação Criminal nº 273.885.3/6. Relator: Des. Walter Guilherme.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### TJMG

Aplicação do princípio da insignificância em sede de crimes contra a Administração Pública

EMENTA: FATO ASSIMILADO A CONTRABANDO OU DESCAMINHO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - PEQUENO VALOR - APLICABILIDADE - ABSOLVIÇÃO. O ínfimo valor da mercadoria, sem qualquer repercussão no patrimônio do Estado, à míngua de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 334, § 1º, c, do CP, não repercute na ordem jurídica de modo a ensejar a reprimenda estatal, pois a irrelevância do resultado implica no reconhecimento da atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância, afetando materialmente a estrutura do delito. Recurso provido. (TJMG, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 1.0395.02.002669-0/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Santos

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA RELAÇÃO COM O MODERADO DIREITO PENAL DO FATO E COM O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

MARINA KATTAH

Técnica do Ministério Público – especialidade Direito  
Bacharel em Direito

##### 1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. *PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA*. ATIPICIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO E REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. RECURSO PROVIDO.

1. O poder de resposta penal, positivado na Constituição da República e nas leis, por força do princípio da intervenção mínima do Estado, de que deve ser expressão, “(...) só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não se deve ocupar de bagatelas” (Francisco de Assis Toledo, in *Princípios Básicos de Direito Penal*).

2. *O princípio da insignificância é, na palavra do Excelso Supremo Tribunal Federal, expressão do caráter subsidiário do Direito Penal, e requisita, para sua aplicação, a presença de certas circunstâncias objetivas, como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.* 2. Recurso provido. (REsp 835723/RS; RECURSO ESPECIAL 2006/0074282-5. Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112). Órgão julgador: T6-SEXTA TURMA. Data de julgamento: 18/12/2006. Data de publicação: DJ 09.04.2007 p. 293, grifo nosso).

##### 2. Razões

Os comentários a seguir visam examinar o princípio da insignificância, suas relações com o *direito penal do fato* e o *direito penal do autor*, com o sistema penal do funcionalismo teleológico formulado por Claus Roxin, e a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade para compatibilizar os valores assegurados pelo princípio da insignificância com outros do ordenamento jurídico.

### 3. O princípio da insignificância

O princípio da insignificância foi cunhado por Claus Roxin, em 1964, ao partir do adágio latino *mínima non curat praetor*, com a função de orientar a interpretação dos tipos penais, valorando-se a insignificância das ofensas aos bens jurídicos por eles tutelados através da consideração conglobada da ordem jurídica.

É de frisar a imperiosidade de sua aplicação à luz de outros princípios limitadores do poder punitivo estatal, tais como o da intervenção mínima do Direito Penal e seu consectário, o princípio da fragmentariedade. Nessa esteira, o Direito Penal há de incidir na tutela dos bens jurídicos mais relevantes do ordenamento jurídico e somente quando a referida tutela não puder ser efetiva ou suficientemente assegurada pelos demais ramos jurídicos. Daí a afirmação formulada por Toledo (2002) de que o injusto penal é o único injusto total.

O princípio da insignificância tem o condão de excluir a tipicidade material, após constatada a presença das tipicidades formal e conglobante do fato praticado pelo agente, tendo sua adoção se alastrado pelos tribunais pátrios. Nestes, pacificou-se o entendimento de que sua incidência deve se restringir ao exame da conduta do agente, aos elementos objetivos do fato delituoso, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.

### 4. O direito penal do fato e o direito penal do autor

O *direito penal do fato*, outrossim denominado *culpabilidade pelo fato*, tem como ponto de partida o fato-do-agente. A conduta deste confere os contornos concretos e definitivos dos limites para a atuação do Estado na esfera penal, motivo por que é o cerne do elemento analítico do delito e normas penais incriminadoras tipificam condutas.

A tônica dada ao fato-do-agente na atualidade afasta a corrente minoritária de penalistas que partem da premissa de que a reprovabilidade social deve se destinar precipuamente ao agente pelo seu modo de ser e viver, por sua conduta de vida, por seu caráter, por sua personalidade. Os que adotam o *direito penal do autor* – nomenclatura dada às várias correntes que colocam o agente no centro do problema penal – partem da idéia de que o castigo da pena não tem por objeto a conduta por ele praticada, mas sim seu sujeito realizador segundo proclamava Franz von Liszt. Segundo seus adeptos, os fatos delituosos se prestam apenas para exteriorizar a personalidade perversa dos autos, sua má condução de vida.

Aqui, é de bom alvitre relembrar a distinção afirmada por Graf zu Dohna entre o objeto da valoração e a valoração do objeto, corretamente percebida por Hanz Welzel ao alocar os elementos do conceito analítico do crime, transportando o dolo e culpa da culpabilidade para a tipicidade. Assim, o objeto de valoração é a conduta do autor e a valoração do objeto é o juízo de culpabilidade, de censura que recai sobre aquela.

Em conformidade com a concepção finalista do crime, no juízo de tipicidade, prevalece a análise do fato-do-agente, ao passo que, no juízo de culpabilidade, analisam-se predominantemente as características do agente-do-fato, nos termos preconizados por Welzel em sua teoria adotada pelo Direito Penal pátrio.

Nesta teoria, restou evidente a importância que o fato-do-agente e o agente-do-fato, duas realidades indissociáveis, assumem no sistema penal, motivo por que o Direito Penal moderno adotou um *moderado direito penal do fato*, tal como ocorreu na Alemanha e na Itália. Essa concepção atual situa-se entre as opostas correntes da culpabilidade do fato e do direito penal do autor.

E, em atenção ao sistema jurídico-penal finalista, a utilização do princípio da insignificância como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal exclui a tipicidade material do fato, a qual se situa no objeto de valoração do Direito Penal. Assim, seu inexorável consectário é obstar a análise do juízo de censura que recai sobre o agente, sobre as características deste, sobre os elementos subjetivos inerentes ao fato delituoso os quais, no caso, devem ser entendidos como os relativos às peculiaridades do agente-do-fato.

Disso decorre a exatidão do entendimento pretoriano acima colacionado. Como o juízo de tipicidade do fato delitivo envolve elementos objetivos deste, sendo ele atípico, despicenda é a realização do juízo de censura no qual prevalecem as características do autor. Analisar os elementos subjetivos para o efeito de determinar a aplicação ou não do princípio da insignificância conduziria ao retrocesso de trazer para a tipicidade o juízo de culpabilidade.

Por outro ângulo, o entendimento dominante justifica-se pela missão precípua do Direito Penal de proteger os bens jurídicos, não se prestando, pois, como um instrumento de salvação ou depuração de quem quer que seja, nem como um meio de moldar personalidades, condução de vida ou caráter, o que ocorreria com a adoção de um *direito penal do fato*.

Portanto, o ramo jurídico penal, valendo-se do princípio em comento, exclui as infrações bagatelares próprias do âmbito protetivo do tipo penal incriminador, em razão do ínfimo desvalor da ação ou do resultado que lhes são inerentes, ainda que o agente criminoso possua uma personalidade reprovável.

## 5. O princípio da insignificância e o princípio da proporcionalidade

O princípio da insignificância, assim como os demais princípios do ordenamento jurídico, não possui a mesma densidade normativa de uma regra e, por conseguinte, pode coexistir com outros do ordenamento jurídico.

Essa consideração assume especial significado, quando questões tormentosas da *praxis* se apresentam em relação a determinadas peculiaridades negativas do autor, tais como sua reincidência ou seus maus antecedentes. Quanto à aplicação do princípio da insignificância, em favor do agente reincidente ou com maus antecedentes, vale formular as seguintes indagações: Essa aplicação é justa? Ela condiz com a finalidade preventiva especial positiva e negativa da pena? Ela atende à dignidade de cada um dos membros da sociedade representada pelo Ministério Público e sedenta por Justiça em um país onde a criminalidade se recrudesce a cada dia e assume níveis organizacionais cada vez mais complexos? A garantia da ordem pública não seria afetada pelos criminosos contumazes que se valem da prática reiterada de *furtos insignificantes* como um meio de vida? A segurança e a paz públicas também não seriam vulneradas? Sua aplicação não fomentaria a prática de reiteradas condutas delituosas *insignificantes*? Ela não legitimaria o constante desrespeito ao ordenamento jurídico? Sua aplicação não infirma a vigência e a aplicabilidade das normas do ordenamento jurídico e, assim, não afastaria o valor da segurança jurídica mormente da população respeitadora do Direito?

Questões tormentosas como essas são frequentes na prática forense, sendo de rigor a análise criteriosa da aplicação do princípio da insignificância, segundo a concretude de cada caso, observando-se a ponderação dos valores implementados pelo ordenamento jurídico por meio dos princípios e das regras, sempre com vistas postas no princípio constitucional da proporcionalidade, que tem como vetor o princípio da dignidade da pessoa humana.

## 6. O princípio da insignificância e o funcionalismo teleológico de Claus Roxin

Insta, por ora, salientar que a perspectiva axiológica e material das normas jurídico-penais está sendo revisitada pelo moderno e recente sistema penal do funcionalismo teleológico defendido por Claus Roxin.

A perspectiva *supra* surgiu na linha evolutiva epistemológica do Direito Penal com a concepção neokantista do crime. Entretanto, as valorações difusas e não hierarquizadas desta foram substituídas pelas valorações político-criminais do funcionalismo roxineano devidamente alocadas, cada qual, nas diversas categorias do conceito analítico de crime. Destacam-se entre as valorações político-criminais as concernentes

às teorias dos fins da pena e do Direito Penal, inseridos em um Estado Material de Direito, comprometido com uma tutela eficaz e legítima dos bens jurídicos.

Percebe-se, pois, que os valores irradiados pela Constituição da República no sistema jurídico penal moderno e as teorias dos fins da pena têm assumido a tônica do discurso doutrinário contemporâneo do Direito Penal.

E, especialmente no que tange a tais fins, urge aclarar que a principal finalidade legitimadora da pena da atualidade e na visão do idealizador do funcionalismo releológico, é a prevenção geral de integração, ou positiva, que busca assegurar a confiança da população na vigência fática das normas e dos bens jurídicos tutelados por estas. Em outras palavras, ressaltam-se os efeitos da pena sobre a população respeitadora do Direito, segundo informa Bitencourt (2006).

Ocorre que os valores político-criminais concernentes aos fins da pena foram devidamente posicionados pelos funcionalistas, no juízo de culpabilidade. Em razão disso, tornou-se inviável a realização de ponderações entre os mencionados valores e o implementado pelo princípio da insignificância, este verificado no juízo de tipicidade.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade não tem força de obstar a incidência deste, com os objetivos de resguardar a confiança que a população respeitadora do Direito tem na vigência e aplicabilidade da norma, de desestimular a prática reiterada de *condutas insignificantes* e o constante desrespeito ao ordenamento jurídico.

Vale dizer, o valor político-criminal implementado pelo princípio da insignificância há de ser examinado no juízo de tipicidade e, portanto, não pode ser elidido pela inadmissível ponderação de valores inerentes às finalidades preventivas geral e especial da pena, sejam elas positivas ou negativas, cuja análise ocorre somente no âmbito da culpabilidade penal.

Ademais, os referidos fins preventivos apenas legitimam a imposição de penas, em um Estado Democrático de Direito, quando elas configuram um meio efetivo e necessário de tutela de bens jurídicos penalmente relevantes, a qual confere o conteúdo material dos tipos penais e configura a finalidade precípua do Direito Penal, em sua incessante busca pela ordem e paz públicas.

Em outras palavras, os fins preventivos da pena não se prestam à legitimação da imposição de penas aos agentes cometedores de infrações bagatelares próprias, estas marcadas pela insignificância de conduta ou do resultado, eis que carecedoras de lesividade aos bens jurídico-penais.

É de se concluir, então, que o princípio da proporcionalidade passível de elidir a aplicação do da insignificância deve ponderar valores arraigados, localizados no juízo de tipicidade do fato-do-agente, sempre em consonância com o caso concreto.

## 7. Conclusão

É mister a análise do princípio da insignificância à luz das justificativas que o sistema jurídico-penal lhe confere e das concepções do *moderado direito penal do fato* e do funcionalismo sistêmico roxineano.

O uso do instrumento de interpretação restritiva do tipo penal acima comentado deve-se pautar sempre pela missão constitucional do Direito Penal na proteção dos bens jurídicos, penalmente relevantes.

No entanto, é possível a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, a fim de que os valores político-criminais do Direito Penal, localizados no juízo de tipicidade do fato, sejam ponderados, com o valor implementado pelo princípio da insignificância, no caso concreto, afastando-se a aplicação dele, caso os referidos valores sejam de superior monta.

Os valores político-criminais associadas às finalidades preventivas da pena não podem ser utilizados para obstar a aplicação do princípio da insignificância. E o mesmo ocorre no tocante aos elementos subjetivos do fato, cuja análise se põe na seara culpabilidade.

## 8. Referências Bibliográficas

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Luiz. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, n. 272.

FEITOZA PACHECO, Denílson. *Direito processual penal teoria crítica e práxis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.



## SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL

### 1. ARTIGOS

#### 1.1 BREVES CRÍTICAS E COMENTÁRIOS À LEI 11.340/06 E INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 41 DA LEI MARIA DA PENHA

ANA CAROLINA GARCIA COSTA  
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

LUCIANA PERPÉTUA CORRÊA  
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. Breves críticas ao artigo 41 da Lei nº 11.430/0. 2.1. Análise estrutural do artigo 41 da Lei 11.430/06 e sua inconstitucionalidade. 2.1.1. O art. 41 da Lei 11430/06 e a ofensa aos princípios constitucionais. 2.1.2. Ofensa a direitos constitucionais. 2.1.3. Ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. 2.1.3.1. Subprincípio da adequação: ofensa ao princípio da isonomia. 2.1.3.2. Subprincípio da adequação: ofensa à norma do artigo 98, inciso I, da CF/88 e ao princípio da intervenção mínima. 2.1.3.3. Subprincípio da adequação: ofensa ao direito constitucional da duração razoável do processo. 2.1.3.4. Subprincípio da necessidade: ofensa ao direito da dignidade da pessoa humana. 2.1.3.5. Subprincípio da necessidade: ofensa ao princípio da liberdade de locomoção. 2.1.3.6. Princípio da proporcionalidade estrito senso. 2.1.3.7. Antinomia existente no art 266 da CF/88: princípio da preservação da instituição familiar. 2.2. Análise funcional do artigo 41 da Lei nº 11430/06. 3. Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 e extensão da vedação aos artigos 88 e 89 da Lei nº 9099/95. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução

A generalização da violência doméstica e familiar além do sentimento de impunidade reinante atualmente na sociedade brasileira com relação aos crimes cometidos contra a mulher no âmbito familiar acarretaram a promulgação da Lei nº 11.340, em 7 de agosto de 2006. Tal estatuto legal entrou em vigor após 45 dias da data de sua promulgação e foi batizado de *Lei Maria da Penha*, em homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de violência doméstica e que empreendeu lutas para a promulgação de uma legislação mais rigorosa no país. Neste norte, a nova lei surge em um momento em que impera no seio da sociedade a idéia de que a violência doméstica é tratada pelo Poder Público brandamente, sem haver uma séria punição do agressor.

A idéia imperante na *Lei Maria da Penha* seria então de aumentar a ingerência estatal, assegurando um tratamento diferenciado para os delitos relativos à violência intrafamiliar. Dessa via, poderá o Juiz, através de requerimento do Ministério Público ou mesmo de ofício, adotar medidas que façam cessar a violência, como o afastamento do agressor do lar, a colocação de óbices para a aproximação do autor da residência da vítima, o encaminhamento da mulher e dos filhos a abrigos seguros, além de outras medidas cautelares. A nova lei permite ainda a determinação judicial de frequência do agressor a grupos terapêuticos e reflexivos, de forma a conscientizá-lo da gravidade dos atos de violência cometidos no seio familiar, também dispondo de outras formas para colocar um fim ao conflito familiar.

Entretanto, conforme será abordado no presente trabalho, verificamos que o novo estatuto legal, no tocante às medidas de âmbito criminal, toma rumo diverso dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa, entre outros, seguindo o norte preconizado pelo chamado *movimento da lei e da ordem*. De outra parte, é bom noticiar que as medidas de afastamento do lar já existiam anteriormente na Lei nº 9.099/95, sendo que as medidas estabelecidas na seara cível e administrativa na nova lei, per si, já resolveriam os óbices em relação ao receio da vítima em retornar ao seio familiar e preservação da instituição sem violência.

Assim, apesar de vislumbrarmos na Lei nº 11.430/06 vários avanços, principalmente no tocante às medidas de natureza cível, interpretamos, com muita reserva, alguns dispositivos da lei, mormente a previsão do artigo 41, que afasta por completo a aplicação da Lei nº 9.099/95 nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

## 2. Breves críticas ao artigo 41 da Lei nº 11.430/06

O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 dispõe que: “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”. Uma breve leitura do citado artigo legal leva o aplicador do direito a crer que o legislador pretendeu vedar a aplicação de todas as previsões da Lei nº 9.099/95, incluindo nessa vedação o procedimento especial mais célere e a possibilidade de oferta de transação penal a qualquer dos crimes envolvendo violência doméstica.

Ademais, por não fazer exceção a qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais, também estaria vedada a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo e não haveria mais a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal de natureza leve ou lesão corporal culposa, desde que envolvam crimes de violência doméstica. O raciocínio que leva a essa última conclusão é simples, pois,

se a Lei nº 9.099/95 não se aplica mais aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e não existe ressalva no artigo 41 da nova lei aos institutos previstos nos artigos 88 e 89 da Lei dos Juizados, conclui-se que ela não se aplica por inteiro, incluindo as previsões da suspensão condicional do processo e a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal.

Entretanto, conforme abaixo será demonstrado, a nova disposição legal padece de inconstitucionalidade. Outrossim, no tocante aos institutos da suspensão condicional do processo e da necessidade de representação nas lesões corporais de natureza leve ou lesões corporais culposas, demonstraremos que a vedação do artigo 41 da nova lei não é extensível a tais dispositivos. Com efeito, conforme acima salientado, o guerreado instituto legal não guarda consonância com ordenamento jurídico pátrio, mostrando-se contrário ao sistema constitucional vigente.

Noberto Bobbio aludiu, em sua obra, que a norma jurídica não poderia ser analisada de forma isolada, porquanto faz parte do sistema mais abrangente que consubstancia o ordenamento jurídico vigente, consoante os ensinamentos de Kelsen, um dos mais renomados juristas de nossa época a se dedicar ao estudo da norma, enquanto integrante do ordenamento jurídico.<sup>1</sup> Nesse passo, esse trabalho propõe-se a análise da norma jurídica sob o aspecto estrutural e funcional. A análise da legislação no foco estrutural pretende verificar a harmonia entre o seu conteúdo formal e material e o sistema jurídico normativo constitucional e infraconstitucional aos quais pertence.

De outro lado, sob o enfoque funcional, a problemática se volta para análise da regra no aspecto sociopolítico. Partindo dessas premissas, verificamos que o artigo 41 da *Lei Maria da Penha* apresenta vários óbices sob o aspecto estrutural e funcional, os quais maculam a validade e a eficácia<sup>2</sup> da norma jurídica, conforme irá se demonstrar nos capítulos seguintes.

## 2.1. Análise estrutural do artigo 41 da Lei nº 11.430/06 e sua inconstitucionalidade

Desde o início do século XX, a *Teoria Pura do Direito*, idealizada por Hans Kelsen, na qual erigiu como norma fundamental, apriorística, a *necessária harmonia substancial entre as leis infraconstitucionais com as Constituições do Estado*, comando legislativo

<sup>1</sup> “A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas este ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.” (BOBBIO, 1999).

<sup>2</sup> Conceito de eficácia normativa de Francesco Carnelutti (1999) é a idoneidade da norma de produzir os seus efeitos.

hierarquicamente superior na estrutura piramidal por ele criada. O ordenamento jurídico pátrio herdou a idéia kelsiana e consolidou o princípio da supremacia da norma Constitucional, que submete a validade e eficácia das normas infraconstitucionais à sua conformidade, formal e material, com a Constituição Federal de 1988.

O supedâneo do controle constitucional das normas e de sua hierarquia superior é a proteção do Estado Democrático de Direito, uma vez que é na Constituição do Estado que os pilares da vontade política do povo estão concentrados, bem como, nela estão as bases ideológicas norteadoras da política estatal. Releve-se que o insigne jurisconsulto Pacheco (2005, p. 65) erigiu o princípio da supremacia da Constituição como um dos pilares fundamentais do processo penal. Aduziu, ainda, que o referido instituto possui função fundamentadora, bem como eficácia diretiva e revocatória, impedindo a validade das novas normas ou revogando aquelas que com elas são incompatíveis.

Pelas razões mencionadas, começaremos a análise estrutural do artigo 41 da Lei Maria da Penha, enquanto norma integrante do ordenamento constitucional, porquanto a sua compatibilidade com a ordem jurídica constitucional consubstancia elemento indispensável à sua validade e eficácia. A celeuma em relação às inovações trazidas ao processo penal com o advento da Lei nº 11.430/06 gira em torno do artigo 41, da referida Lei, porquanto o referido instituto ofende os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e intervenção mínima.

No mais, o guerreado instituto normativo afronta os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, liberdade individual, duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, o instituto de conciliação da seara penal que se incorpora na transação penal aos crimes de menor potencial ofensivo e o princípio da preservação da instituição familiar. Em razão do exposto, a discussão sobre a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.430/06 é fecunda, complexa e imprescindível de enfrentamento jurígeno.

#### **2.1.1. O art. 41 da Lei nº 11.430/06 e a ofensa aos princípios constitucionais**

Os princípios constitucionais possuem natureza normativa, tal como as regras, porquanto ambos dizem o dever ser do Estado. Os princípios, enquanto normas constitucionais, têm um valor fundamental na ordem jurídica, uma vez que orientam as atividades produtiva e interpretativa e têm a função sistêmica de convalidar normas hierarquicamente inferiores ou revogar aquelas dissonantes com os seus preceitos fundamentais. A doutrina e jurisprudência mais judiciosas erigiram os princípios constitucionais como normas de hierarquia superior, com os quais as leis infraconstitucionais devem guardar obediência, sob pena de ter suprimida

sua validade<sup>3</sup>. Nessa vereda, *mister* se faz ressaltar os dizeres de Greco (2003, p. 59): “Sejam os princípios expressos ou implícitos, positivados ou não, entende-se, contemporaneamente, o seu caráter normativo como normas com alto nível de generalidade e informadoras do todo o ordenamento jurídico, com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência [...]”.

### 2.1.2. Ofensa a direitos constitucionais

O filósofo Alexy (1986) construiu a teoria externa, na qual deve haver uma compatibilização entre o direito individual e o coletivo, e a teoria interna, que admite alguns limites em relação aos direitos individuais. Em análise perfunctória das teorias sobre restrição de direitos, consideramos que a mais adequada é a do jurista Mendes (2004), o qual prelecionou que os direitos individuais de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por norma constitucional ou com respaldo mediato em norma constitucional, conforme explanação já avençada no capítulo anterior.

No caso, a lei ordinária (artigo 41 da Lei nº 11.430/06) guarda vício formal insuperável, ao pretender restringir a dignidade da pessoa humana e a liberdade, bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Inadmissível no ordenamento jurídico pátrio a pretensão de uma lei infraconstitucional restringir cláusula pétrea e direito. O artigo 41 da Lei nº 10.430/06 criou, por meio de uma lei infraconstitucional, restrição à norma constitucional vigente, o que não pode ser aceito no ordenamento jurídico pátrio, pela hierarquia das normas. Neste sentido, lecionou com o costumeiro brilhantismo Mendes (2004, p. 28): “Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)”. Por conseguinte, o guerreado dispositivo jurídico mostra-se manifestamente inválido e ilegítimo.

### 2.1.3. Ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são tratados muitas vezes como sinônimos, *verbi gratia*, a identificação do Supremo Tribunal Federal da proporcionalidade com a razoabilidade. A classificação dos princípios advém da

<sup>3</sup> Kildare Gonçalves Carvalho aduziu que os princípios constitucionais: “São pautas de uma nova hermenêutica, isto é, criativa, participativa e construtiva, em harmonia e adequada com os direitos fundamentais e realidade social, as seguintes: concretização, princípio da proporcionalidade, teoria estruturante do direito, princípios gerais do direito convertidos em princípios constitucionais e colocados no vértice da pirâmide normativa, dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a acolher novas gerações de direitos, e expansão horizontal do Direito Constitucional, abrangendo todos os ramos da Ciência Jurídica.” (CARVALHO, 2006. p.308).



doutrina alemã, que subdividiu o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Interessante salientar que não obstante sua origem filosófica tenha sido na Antiguidade, consubstanciando a noção de *justa medida*, a Alemanha foi o primeiro país que desenvolveu o princípio da proporcionalidade em sede constitucional.

No Brasil, os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade podem ser extraídos facilmente da Carta Magna, enquanto normas implícitas e ao mesmo tempo instrumentos normativos capazes de coibir atos contrários ou abusivos aos valores da Constituição Federal. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade consubstanciam instrumentos hábeis à garantia dos direitos fundamentais constitucionais, contra abusos, excessos e desvios do legislador em relação aos preceitos abrigados pela Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>. A dificuldade na distinção entre os princípios advém da proximidade entre os conceitos dos institutos. Senão, vejamos. Por meio destes princípios deve-se analisar: 1) se a norma está apta a produzir os fins a que se destina (adequação); 2) se é necessária, ou seja, atingiu os fins de modo menos gravoso aos direitos e garantias individuais; 3) se causou benefícios superiores às desvantagens que proporcionou (proporcionalidade estrito sensu).

Já o princípio da razoabilidade foi conceituado como sendo a ponderação das conseqüências que garanta maior racionalidade e objetividade dos atos, ou seja, se as medidas são necessárias e adequadas aos fins constitucionais.

Assim, dada a proximidade dos conceitos, iremos utilizar a terminologia princípio da razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos neste trabalho jurídico. Após as noções preliminares, utilizaremos os subprincípios mencionados, para analisar a constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.430/06. Inicialmente, com fulcro no subprincípio da adequação, iremos analisar se o artigo 41 da Lei nº 11.430/06 tem respaldo nas normas constitucionais pátrias, se está atingindo os fins cotejados em nossa Carta Magna e se os benefícios causados são superiores às respectivas desvantagens.

<sup>4</sup> Nessa senda, o ilustre juriconsulto Slaibi Filho, em sua obra Ação Declaratória de Constitucionalidade, incluiu o princípio da razoabilidade como decorrente da idéia de Supremacia da Constituição, conforme se vislumbra *in fine*:

Da idéia de supremacia da Constituição decorrem os seguintes princípios: 1- princípio da unidade, em que as normas inferiores devem se adequar com as normas superiores na Constituição; 2. o princípio da constitucionalidade, isto é, de verificação da compatibilidade das normas infraconstitucionais com as normas superiores; 3. o princípio da razoabilidade, segundo o qual as normas infraconstitucionais devem ser instrumentos ou meios adequados (razoáveis), aos fins estabelecidos na Constituição [...] (SLAIBI FILHO, 1995. p. 40)



### 2.1.3.1. Subprincípio da adequação: ofensa ao princípio da isonomia

O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 é categórico ao aduzir que não serão aplicados os institutos legais contidos na Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica *contra a mulher*. Ao discorrer dessa forma, o artigo ofende o princípio constitucional da isonomia, descrito no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Extrai-se do referido artigo que se a vítima da violência doméstica for mulher, terá direito às medidas protetivas descritas na Lei Maria da Penha. Convém salientar que se a vítima de violência doméstica for homem, não lhe será dado o mesmo tratamento jurídico, uma vez que será privado das medidas protetivas descritas na Lei nº 11.430/06. Isso decorre do fato de que as vítimas do sexo masculino não receberam a proteção legal da Lei Maria da Penha.

Para parte da doutrina, tal dispositivo legal não afrontaria o princípio da isonomia entre homens e mulheres, pois o princípio da igualdade material é garantido através de tratamentos diferenciados dispensados pelo legislador infraconstitucional aos desiguais. Entretanto, cumpre assinalar que o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, alude que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. O tratamento legal diferenciado que a Lei Maria da Penha auferiu a homens e mulheres, inclusive em relação às medidas protetivas, mostrou-se manifestamente inconstitucional, já que se revela inadequado e desproporcional, tendo em vista o momento social em que vivemos.

### 2.1.3.2. Subprincípio da adequação: ofensa à norma do artigo 98, inciso I, da CF/88 e ao princípio da intervenção mínima

A exposição de motivos da Lei Maria da Penha consubstancia a finalidade de se eliminarem os institutos despenalizadores descritos na Lei nº 9.099/95 para reprimir mais severamente aqueles que cometeram crimes com violência doméstica e reduzir o cometimento das referidas condutas delituosas. O legislador que elaborou a norma jurídica descrita no artigo 41 da Lei nº 11.430/06, ao expor como móvel a maior repressão penal ao infrator que comete crimes mediante violência doméstica, mostrou-se adepto ao movimento ideológico de Lei e Ordem, na seara penal.

Entretanto, as medidas repressivas oriundas do referido movimento têm sido muito criticadas, porque não vêm se mostrando hábeis a diminuir a criminalidade. Ademais, mostram-se infrutíferas em face da prevenção penal. Ocorre que além de as medidas do movimento da Lei e da Ordem serem inadequadas, sob o enfoque político-sociológico, questão que iremos trabalhar com mais acuidade ao analisarmos a estrutura funcional da norma, não se pode olvidar que também não são legítimas,

porque não alcançam os fins jurídicos da ordem constitucional. Irrefutável que a norma combatida causa um desequilíbrio no ordenamento jurídico, pois veda a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes cometidos mediante violência doméstica, além de submetê-los ao rito ordinário.

Ressai-se que o simples fato do legislador decidir que o rito a ser seguido para os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher será o ordinário, não faz com que eles deixem de ser considerados crimes de pequeno potencial ofensivo. Após as alterações trazidas pela Lei nº 10.259/01 e as modificações da Lei nº 9.099/95, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é uníssono no tocante à definição de crime de menor potencial ofensivo do crime. Dessa via, será considerado crime de menor potencial ofensivo, albergado pela Lei nº 9.099/95, todo o delito cuja pena abstrata prevista máxima é de dois anos, independentemente do rito procedimental previsto. Sobressai-se que o princípio da intervenção mínima, pilar do direito penal moderno, tem respaldo nessa premissa.

A experiência no Juizado Especial demonstra que a maior parte dos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher possui pena máxima inferior a 2 (dois) anos. Por conseguinte, a submissão ao rito ordinário e inaplicabilidade dos institutos da Lei nº 9.099/95 mostram-se inadequados e inconstitucionais. Colige-se das assertivas supramencionadas, que a aplicação do artigo 41 da Lei nº 9.099/95 consubstancia um desvio do objetivo principal do Direito Penal que é ocupar-se da punição severa dos crimes de maior potencial ofensivo – maior pena – que ofendem bens significativos, para o fazer em relação à ofensa de bens menos relevantes.<sup>5</sup>

Em virtude dessas considerações, o instituto guerreado mostra-se inadequado a alcançar os fins colimados pela sistemática jurídica penal que tem como supedâneo o princípio da intervenção mínima. Sobremais, o mencionado princípio está implícito na Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, da CF/88, que possibilitou a conciliação na seara do direito processual penal pátrio, em relação aos crimes de pequeno potencial ofensivo. Nessa linha, releve-se que o inciso I do artigo 98 da CF/88 deixa clara a intenção do legislador constituinte em proteger os bens jurídicos

<sup>5</sup> Nesse passo, Rogério Greco (2005) lecionou que:

[...] o falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância servindo tão-somente, para afirma o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorre um abismo econômico entre as classes sociais [...].



mais relevantes no direito penal e processual penal, garantindo benesses àqueles que cometeram crimes de menor potencial ofensivo.<sup>6</sup>

O direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe a autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção do legislador para compor conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, os quais sempre estarão presentes.

Diante do exposto, o instituto descrito no artigo 41 da Lei nº 11.430/06 mostra-se inadequado às normas Constitucionais que tratam do princípio da intervenção mínima. No mais, ao se transferir todos os processos à Justiça Comum e os submeter ao rito ordinário, o legislador, além de prejudicar a eficiência do Poder Judiciário, também restringiu o direito à duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação de forma irretorquível, conforme se verá no próximo tópico.

#### **2.1.3.3. Subprincípio da adequação: ofensa ao direito constitucional da duração razoável do processo**

Além de inidôneo a alcançar os fins descritos no artigo 98, inciso I, da CF/88 e os colimados pelo princípio da intervenção mínima, o artigo 41 da Lei Maria da Penha também não se mostrou apto a garantir a duração razoável do processo, cláusula pétrea constitucional. *Ab initio*, deve-se alhear que, desde que o Estado assumiu a função jurisdicional, iniciou-se a criação de critérios objetivos, universais e vinculativos aos cidadãos, com o fim de alçar a solução mais equânime aos casos concretos, tornando-se o processo um instituto jurídico eminentemente formal.

Ocorre que a referida formalidade implicou a duração desarrazoada do processo, fato que aumentou os custos, agravou a angústia e a infelicidade dos cidadãos com as situações indefinidas e, muitas vezes, levou a ineficácia da prestação jurídica estatal. Com efeito, a ineficiência do sistema judiciário, implicou o seu descrédito social.<sup>7</sup>

O referido óbice instigou os processualistas a cogitar novos meios de soluções dos conflitos, em consonância com a ordem constitucional vigente. Um dos meios que o legislador buscou para garantir a celeridade processual e estreitar a duração processual foi a conciliação. Em matéria penal, a Constituição Federal de 1988

<sup>6</sup> Com efeito, a lição de Cezar Roberto Bitencourt segue os mesmos trilhos mencionados:

<sup>7</sup> Nessa senda, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (2005) enfrentaram o tema das formalidades processuais e suas implicações práticas, com o costumeiro brilhantismo, ao avançar que:

Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.

abriu nova perspectiva com a previsão, no artigo 98 do referido instituto legal, dos Juizados Especiais Criminais, aduzindo em seu inciso primeiro que seria composto por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações de pequeno potencial ofensivo nas hipóteses previstas nas Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/03. Essa conciliação recebeu o *nomen iuris* de transação penal.

Os institutos de conciliação consubstanciaram um excepcional avanço jurídico no alcance da duração razoável do processo e celeridade processual, em relação aos crimes de menor potencial de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Sobremais, a criação dos Juizados Especiais Criminais possibilitou uma melhor apuração dos delituosos mais graves, tanto por parte da polícia judiciária, quanto por parte do Poder Judiciário, já que a Justiça Comum ficou menos inflacionada, por conseguinte mais eficiente e célere.

Entretanto, numa contramão da tendência processualista, o artigo 41 da Lei nº 10430/06 vedou a possibilidade de aplicar os institutos conciliadores aos crimes de menor potencial ofensivo praticados com violência doméstica, principalmente a possibilidade da transação penal. Tal vedação se estende a todos os crimes previstos na Lei nº 11.340, incluindo aqueles cuja pena máxima seja de dois anos.

Assim, como visto anteriormente, não pairam dúvidas de que a referida vedação irá inflacionar sobejamente a Justiça Comum e prejudicar a celeridade dos feitos, bem como sua duração razoável, uma vez que todos os crimes de pequeno potencial ofensivo cometidos com violência doméstica serão julgados de acordo com as regras que concernem ao rito ordinário. Em razão das considerações supramencionadas, irretorquível que a Lei nº 11.340/06, em seu artigo 41, representa verdadeiro retrocesso no sistema processual penal pátrio e ofende o direito constitucional à duração razoável do processo e celeridade em sua tramitação.

Necessário se faz ressaltar que o legislador constituinte erigiu o direito à duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação a cláusula pétrea, através da Emenda Constitucional 45, publicada em 30 de dezembro de 2004, consoante se vislumbra no artigo 5º, inciso LXXVII, da CF/88. No mais, trata-se de uma garantia supranacional contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada no Brasil, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, consoante se vislumbra *in fine*:

Art. 8º- Garantias Judiciais.

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ele, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>8</sup>

Tal fato é justificável, porquanto a jurisdição é um instrumento imprescindível para assegurar a dignidade da pessoa humana, justiça social e resguardar o Estado Democrático de Direito. O legislador ordinário, através do instituto normativo combatido, inequivocamente ofendeu o princípio da razoável duração do processo e consubstanciou indubitável retrocesso ao trabalho de operacionalização do sistema conciliatório na seara penal, desenvolvido por processualistas renomados e sérios deste século.

Por todo o exposto, não pairam dúvidas de que o instituto legal é manifestamente inadequado ao caso, porque não atinge os fins por ele colimados e também é inválido por ofender os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, bem como restringir o direito à duração razoável do processo e à justiça conciliatória descrita no artigo 98, inciso I, da CF/88.

#### **2.1.3.4. Subprincípio da necessidade: ofensa ao direito da dignidade da pessoa humana**

Não menos importante sobressair que o artigo 41 da Lei nº 11.430/06 ofende direito à dignidade da pessoa humana, bem como o direito individual à liberdade, fundamentos da CF/88, para atingir seus fins. A medida utiliza-se de meios gravosos, manifestamente desnecessários sobre o ponto de vista jurídico ao alcance dos fins almejados pela norma. O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, ao auferir tratamentos desiguais, mais severos a indivíduos que respondem por crimes de pequeno potencial ofensivo, sem respaldo constitucional.

A dignidade da pessoa humana deve ser um fim em si mesmo e não um meio para obtenção de algum resultado. O indivíduo deve ser punido pelos seus atos e não por sua condição cultural, econômica, racial, história ou pragmática. Não se pode admitir que os agentes que ofendam bens jurídicos idênticos, de pequeno potencial

<sup>8</sup> Os insígnies mestres Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover aduziram que o processo em prazo razoável integra a garantia do devido processo legal, conforme a redação infra :

E pelo menos num ponto- aplicável ao processo penal e ao não penal-nova garantia surge explicitamente da Convenção: o direito ao processo em prazo razoável. Realmente, a garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas integra as garantias do devido processo legal(expressas, nesse ponto, a Constituição espanhola de 1978, no art. 24.2, e a Constituição canadense de 1982, no art. 11, letra b/, porquanto justiça tardia não é verdadeira justiça.

ofensivo, possam ser submetidos a tratamentos tão díspares pelas circunstâncias de local e afetividade em que foram cometidos. Exemplo dessa desigualdade processual poderá ser visualizado na hipótese da ocorrência de um delito de ameaça ou de uma contravenção de vias de fato envolto no ambiente de conflito doméstico. Neste caso, os operadores do direito não poderão ofertar o benefício da transação penal, apesar de a pena máxima abstrata dos referidos crimes ser inferior a dois anos. Os aplicadores do direito também serão obrigados a instruir o processo, por força da vedação genérica do artigo 41 da Lei nº 11.340/06.

Não menos importante ressaltar que o legislador ordinário, agindo dessa forma, afronta o inciso I, artigo 98, da CF/88, já que o constituinte pretendeu estender a possibilidade de transação penal e de julgamento pelos juizados especiais criminais a todos os indivíduos que cometeram infrações de pequeno potencial ofensivo e preenchessem os requisitos e pressupostos para tanto. Não houve remissão, no plano constitucional, da possibilidade de vedação a certos crimes de pequeno potencial ofensivo dos benefícios a serem previstos em lei, como no caso dos crimes cometidos em ambiente de violência doméstica. A restrição do direito fundamental de liberdade, a submissão a tratamento mais gravoso e vexatório enquanto meio para reduzir a prática da violência doméstica, reduz a condição humana a meio, com o fim de atingir o referido fim.

De outro lado, vislumbra-se a evidente vontade do legislador de punir o autor do delito que pratica a violência doméstica e não proteger o bem jurídico em questão. Notório na doutrina pátria que a valoração da pena está condicionada à importância do bem jurídico por ela protegido. Nesse enalço, podemos citar a Lei dos Crimes Hediondos, que majorou a pena de todos os delitos nela descritos. *A fortiori*, infere-se da Lei nº 11.430/06 que somente a pena da lesão corporal praticada com violência doméstica foi aumentada, sendo que os demais crimes não sofreram alterações. Dessa forma, se não houve modificação alguma em relação às outras penas referentes aos crimes de violência doméstica, trata-se conclusão óbvia que o legislador entendeu que o insulto ao bem protegido não é maior nos casos em que há violência doméstica.

Consoante argumentação retromencionada, clarividente que a norma pune sobejamente o autor do delito de violência doméstica, como meio de auferir resposta à sociedade que tem se indignado com os referidos delitos, uma vez que o Estado se mostra impotente a resolver seus problemas sociais. Ocorre que, enquanto estudiosos do direito, não podemos deixar que o legislador sacrifique o direito fundamental à dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade do indivíduo, toda a vez que se mostre incapaz de resolver os óbices sociais enfrentados pelos brasileiros. A medida normativa descrita no artigo 41 da Lei Maria da Penha é sobejamente gravosa e não guarda adequação, razoabilidade, com o fim estatal de combate à violência doméstica,

mostrando-se inadmissível na ordem jurídica atual do processo constitucional, por sacrificar direitos fundamentais supremos, erigidos como cláusulas pétreas no nosso ordenamento jurídico.

#### **2.1.3.5. Subprincípio da necessidade: ofensa ao princípio da liberdade de locomoção**

O princípio da liberdade individual está descrito, de forma implícita, no artigo 5º, incisos II, XI, XV, LIII, LIV, LXI, LXII, LXVIII, da CF/88, que foi maculado de forma reflexa pelo artigo 41 da Lei nº 11.430/06. Em consonância com as fundamentações supramencionadas, o guerreado instituto jurígeno ofendeu também o direito individual à liberdade de locomoção, ao impedir que os réus que cometeram os crimes de pequeno potencial ofensivo praticados com a violência doméstica possam ser beneficiados com os institutos despenalizadores descritos na Lei nº 9.099/95.

Não menos importante ressaltar a referida inconstitucionalidade formal, já que a norma infraconstitucional restringe a cláusula pétrea de liberdade individual de locomoção, sem respaldo normativo. O cidadão que comete crime de pequeno potencial ofensivo, no ambiente de violência doméstica, será submetido aos mesmos regramentos, julgado e estigmatizado de igual forma àquele que cometeu um crime de grave potencial ofensivo. Diante do cediço, revela-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal guerreado, porque se utilizou medida sobejamente gravosa à ordem jurídica constitucional, ao restringir direitos e garantias individuais do cidadão, não atendendo ao subprincípio da proporcionalidade *lato sensu* e, por conseguinte, ofendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade de forma reflexa.

Entendemos que o simples afastamento do lar daquele que cometeu o delito de violência doméstica, o tratamento psicológico do agressor, recolhimento das vítimas em abrigo próprio e as medidas que dificultam a aproximação do infrator ao seio familiar sem a necessária recuperação, previstos na referida lei, *per si*, já evitariam ulteriores agressões à família. Diante do exposto, com fulcro, também, no princípio da intervenção mínima, o combatido instituto penal mostra-se desnecessário no pleito.

#### **2.1.3.6. Princípio da proporcionalidade estrito senso**

O artigo 41 da Lei nº 11.430/06 ofende o princípio da proporcionalidade *estricto senso*, pois todas as desvantagens descritas neste trabalho superam, em muito, os benefícios pretendidos pelo legislador com o referido dispositivo legal.

### **2.1.3.7. A antinomia existente no art 266 da CF/88: princípio da preservação da instituição familiar**

É sabido que, quando há conflito entre princípios constitucionais, na verdade, verifica-se uma antinomia aparente de idéias que deve ser resolvida com fulcro na análise sistemática dos fins almejados por nossa Carta Magna. Necessário se faz salientar que a ordem constitucional vigente preserva a instituição da família em seu artigo 226, dispondo sobre a liberdade e o respeito à privacidade dos membros da família, afastando a ingerência demasiada do poder público.<sup>9</sup>

Convém relevar que o Direito de Família, regulamentado no Livro IV da Lei nº 10.406/02, Código Civil, encampa a tese de conservação da família. Não obstante tal previsão constitucional, o novo instituto legal, bem mais severo, segue caminho inverso ao preconizado pela CF/88, ofendendo o preceito constitucional da não intervenção Estatal nas relações familiares. Ademais, ao possibilitar a utilização de medidas de afastamento do lar, poderá ser responsável pelo desmembramento de muitas famílias, o que aumentará os bolsões de miserabilidade no país.

Em virtude dessas considerações, mostra-se inadequada a intervenção preconizada no artigo 41 da Lei nº 11.430/06 no seio familiar. Diante do exposto, chegamos à conclusão de que o artigo 41 da Lei nº 11.340 padece de inconstitucionalidade, porque afronta direitos protegidos constitucionalmente e mostra-se manifestamente desproporcional, por vedar a aplicação das benesses da Lei nº 9.099/95 a crimes de menor potencial ofensivo.

### **2.2. Análise funcional do artigo 41 da Lei nº 11.430/06**

O artigo 41 de Lei Maria da Penha, sob o aspecto funcional, demonstra retrocesso estatal, pela utilização do movimento da Lei e Ordem, bem como a inflação do Poder Judiciário comum, com infrações de pequeno potencial ofensivo, comprometendo a credibilidade do Poder Público na resolução de suas lides. Com efeito, o referido dispositivo legal evidencia o esforço do legislador para recrudescer a lei penal e processual, restringindo os direitos individuais dos cidadãos, com o fim de dar resposta à sociedade, demonstrando a voracidade da expansão do movimento da Lei e Ordem.

<sup>9</sup> Interpretando o dispositivo constitucional elencado, esclarece-nos Moraes (2000, p. 649, grifo nosso) que

[...] o planejamento familiar é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A apologia do legislador ao movimento da Lei e Ordem mostra-se evidente também pelo aumento da pena do crime de lesões corporais cometidos contra a mulher, nos moldes do § 9º do artigo 129 do Código Penal, modificado pela lei, que previu a pena de detenção de 3 meses a 3 anos se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A opção legislativa pelo recrudescimento da lei e restrição dos direitos individuais dos cidadãos brasileiros afastou o direito penal do seu pilar teológico, que é proteger os bens jurídicos de grande potencial ofensivo e garantir a paz social.

O referido instituto legal, além de auferir ao crime de lesões corporais praticadas com violência doméstica o *status* de crime de médio potencial ofensivo, também vedou a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes cometidos com violência doméstica e atribuiu a competência para a apreciação jurisdicional dos mesmos à Justiça Comum, enquanto não forem criados os Juizados Especiais especializados no combate aos crimes cometidos contra a mulher em ambiente de violência doméstica. A excessiva preocupação do legislador, no sentido de reprimir muitas condutas indesejadas, inflaciona o sistema jurídico pátrio e acaba por gerar a ineficácia da Justiça comum em relação àquelas infrações cujos bens jurídicos são realmente relevantes.

Cumpramos ressaltar que a mídia e a sociedade civil têm sido implacáveis na campanha de combater a violência doméstica. A adoção da política de lei e ordem, restringindo liberdades sem supedâneo constitucional, em dissonância com a sistemática penal e processual penal, somente aproximou os meios de comunicação sensacionalistas da *ratio* do combate ao inimigo e não a teleologia penal do direito penal do fato. Em razão das considerações traçadas, a linha doutrinária adotada nesse novo instituto legal é ilegítima, inconstitucional e manifestamente injusta.<sup>10</sup>

Não menos importante salientar que os Juizados Especiais Criminais foram criados como meio de minimizar o tumulto processual que se instaurou no Juízo Comum, garantindo a seletividade dos bens jurídicos, à medida que o último ficou com a função de apenas se dedicar aos crimes de maior potencial ofensivo. Desse modo, tais normas possibilitaram a redução do número de processos nas Varas Criminais.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Greco (2005, p. 30) nos esclarece:

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento do cidadão versus inimigo, pois que, não sendo possível conhecer o dia de amanhã, quem sabe algum louco chegue ao poder e diga que inimigo também é aquele que não aceita a teoria do Direito Penal do Inimigo [...].

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, ditou que a União, Estados, Distrito Federal, e Territórios irão criar juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados ou leigos, para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo. Com efeito, o devido processo legal foi estabelecido para que o agente fosse condenado à pena privativa de liberdade. A exceção descrita em nosso ordenamento foi a possibilidade de haver transação penal e institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 nos crimes de menor potencial ofensivo.

Definiu-se infração de menor potencial ofensivo como aquela em que a pena máxima não fosse superior a um ano. Tal conceito foi modificado pela Lei nº 10.259/01, que definiu como de pequeno potencial ofensivo aquele crime cuja pena não ultrapasse dois anos. Os Juizados Especiais Criminais surgiram como forma de resgatar o direito individual da duração razoável do processo, porquanto esta Justiça cuidaria apenas dos crimes de pequeno potencial ofensivo e deixaria à Justiça Comum os crimes de maior gravidade.

Os institutos despenalizadores aplicáveis aos crimes de pequeno potencial ofensivo mostraram-se eficazes e adequados em relação à pena aplicada, já que, desde que recomendável, o benefício da transação penal possibilita a aplicação das penas substitutivas aos infratores que geraram lesividade de menor porte. Nesse sentido, Grinover (2002): “A Constituição fornece exemplos concretos da necessária observância do princípio da proporcionalidade, quando confere tratamento mais ou menos severo de acordo com a gravidade das infrações: assim, com relação aos crimes hediondos e às infrações de menor potencial ofensivo”.

Não há dúvidas de que o novo instituto penal e processual irá inflacionar a Justiça Comum com infrações cujo bem jurídico é classificado como o de pequeno potencial ofensivo, comprometendo a credibilidade e eficiência da justiça ordinária penal. De outro lado, a aplicação do artigo 41 da referida lei poderá agravar a situação das famílias brasileiras com menor condição financeira aumentando os bolsões de miséria e provocando o desmembramento das uniões vigentes.

A aplicação imediata do mencionado dispositivo legal implicará a intervenção incondicionada do Estado na família brasileira, o que poderá separar membros de famílias independentemente da vontade recíproca. Colige-se que, independentemente do bem jurídico ofendido, o pai de família que cometer crime ou contravenção utilizando-se de violência doméstica será severamente castigado. Inegável que, apesar dos avanços no sentido de incluir as mulheres no mercado de trabalho, a população economicamente ativa e com maior renda é composta de homens. Tal fato deve-se à herança de uma sociedade machista que se instaurou ao longo da história.



Nas classes menos favorecidas, onde ocorre a maior parte dos crimes os quais envolvem violência doméstica, o fenômeno supracitado é evidenciado sem maiores esforços. Ocorre que o guerreado instituto jurídico imprime graves consequências ao agente que comete crimes utilizando-se de violência doméstica, independentemente da lesividade da conduta. A submissão do referido infrator ao rito processual ordinário, implicará, como já se evidencia na Justiça Comum, na maioria das vezes, a perda de emprego, estigmatização como infrator e supressão da única fonte de renda da casa. No mais, poderá acarretar a desestruturação da família, no plano psíquico, dificultando sobremaneira a sua manutenção e conservação. Diante do esposado, podemos concluir que as medidas gravosas descritas no guerreado instituto legal implicarão consequências irreparáveis ao instituto familiar.

### **3. Artigo 41 da Lei nº 11.340/06 e extensão da vedação aos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95**

Conforme exposto acima, verificamos que o artigo 41 da Lei nº 11.430 padece de inconstitucionalidade. Importante questão surgida na interpretação desse dispositivo é sobre a delimitação da vedação explícita encontrada no referido dispositivo legal. Com efeito, paira certa dúvida na doutrina sobre a questão da extensão da vedação do artigo 41 no que tange às previsões dos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95.

De acordo com uma primeira corrente doutrinária, que parte de uma interpretação literal, chegaríamos à conclusão de que o artigo 41 da Lei nº 11.340 impossibilitaria a aplicação dos artigos 88 e 89 da Lei nº 9.099/95, pois a novel lei veda a aplicação da Lei dos Juizados Especiais como um todo, sem excepcionar quaisquer dispositivos. No tocante à inaplicabilidade do artigo 88 da Lei nº 9.099/95, o entendimento se baseia no fato de não ser no Código Penal que se vai encontrar o dispositivo que determina a ação penal pública condicionada para as lesões leves em geral, mas sim no artigo 88 da Lei nº 9.099/95.

Assim, no silêncio do Código Penal e diante da vedação do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, retornaríamos à regência do artigo 100, CP, que impõe a ação penal pública incondicionada. Destarte, os crimes de lesões corporais leves no ambiente de violência doméstica não necessitariam mais de representação, voltando a ação penal ser pública incondicionada, dada a inaplicabilidade do artigo 88 da Lei dos Juizados, aumentando ainda mais a demanda desnecessária na Justiça Comum, já que obrigaria a vítima a se submeter à instrução penal independentemente de sua vontade.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Adotando tal corrente, elucidam Gomes e Bianchini (2006) que:

Art. 41 da nova lei: dentre todos os delitos que, no Brasil, admitem representação acham-se a lesão corporal culposa e a lesão corporal (dolosa) simples. Nessas duas hipóteses a exigência de representação (que é condição específica de procedibilidade) vem contemplada no art.

Tal interpretação seria a mesma utilizada na conclusão sobre a impossibilidade de apresentação do benefício da suspensão condicional do processo, mesmo nos crimes de violência doméstica cuja pena mínima abstratamente prevista fosse igual ou inferior a um ano, já que não há qualquer exceção na regra do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Não obstante as ponderações da primeira corrente, há uma segunda linha de entendimento, que reputamos ser a mais correta, que reza que a interpretação a ser dada ao artigo 41 da Lei nº 11.430/06 é a de que tal dispositivo veda a aplicação da Lei nº 9.099/95 (incluindo aí possibilidade de composição civil e transação penal), não abrangendo os institutos de natureza mista, penal e processual.

Mirabete (2000, p. 31) denomina tais dispositivos como normas legais independentes dos juizados especiais criminais, pois a matéria prevista não tem “[...] correspondência direta com a matéria referente aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais e sua aplicação independe da criação desses órgãos jurisdicionais”. Desta feita, para esta corrente doutrinária, o artigo 88 da Lei nº 9.099/95 não estaria abrangido pela vedação do artigo 41 da Lei nº 11.430/06, já que não se refere à condição de procedibilidade exclusiva para as ações penais de competência do Juizado. Com efeito, o artigo 88 da Lei dos Juizados trata da necessidade de representação aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, previstos no Código Penal, que podem ser de pequeno ou médio potencial ofensivo.

Vale registrar que a própria *mens legis* da Lei nº 11.340/06 deixa transparecer, em seu artigo 16, que está mantida a necessidade de representação, a ser feita dentro do prazo decadencial, para que se dê o início da ação penal pelo Ministério Público nos crimes de lesão corporal leve, sendo, portanto, a ação penal pública condicionada à manifestação do ofendido: “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

88 da Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais). Esse dispositivo não foi revogado, sim, apenas derogado (ele não se aplicará mais em relação à mulher de que trata a Lei 11.340/2006 - em ambiência doméstica, familiar ou íntima). Note-se que o referido art. 88 só fala em lesão culposa ou dolosa simples. Logo, nunca ninguém questionou que a lesão corporal dolosa grave ou gravíssima (CP, art. 129, § 1º e 2º) sempre integrou o grupo da ação penal pública incondicionada. Considerando-se o disposto no art. 41 da nova lei, que determinou que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/1995”, já não se pode falar em representação quando a lesão corporal culposa ou dolosa simples atinge a mulher que se encontra na situação da Lei 11.340/2006 (ou seja: numa ambiência doméstica, familiar ou íntima) (nesse sentido cf. também: José Luiz Joveli; em sentido contrário: Fernando Célio de Brito Nogueira).

Assim, verificamos que o próprio legislador manteve expressamente a necessidade de representação para o início da ação penal nos crimes previstos em lei, incluindo aí os casos de lesão corporal leve, agora com a pena majorada, conforme § 9º do artigo 129 do Código Penal. Tal entendimento não poderia ser diverso, uma vez que as lesões corporais praticadas com violência doméstica tem a condenação do réu praticamente vinculada à cooperação da vítima na sua instrução probatória, porque cometidos na clandestinidade do lar, e a materialidade delitiva exige a colaboração da vítima na realização do exame de corpo delito.<sup>12</sup>

Da mesma forma, a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não estaria vedada pela Lei Maria da Penha, sendo plenamente possível a aplicação do instituto do *sursis* processual para crimes submetidos aos juízos comuns. Neste rumo, tal instituto possui natureza híbrida, penal e processual, cujo conteúdo abrange não só os crimes alcançados pela Lei nº 9.099/95, como também aqueles que se enquadram nos patamares fixados no art. 89, ou seja, é extensível a todos os crimes cuja pena mínima prevista é de, no máximo, um ano.

#### 4. Conclusão

Diante de todo exposto, verificamos que o artigo 41 da Lei nº 11.430/06 padece de inconstitucionalidade, por ofender razoabilidade, proporcionalidade e intervenção mínima. No mais, o guerreado instituto normativo afronta os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, liberdade individual, duração razoável do processo e celeridade de sua tramitação, o instituto de conciliação da seara penal, que se incorpora na transação penal aos crimes de menor potencial ofensivo, e o princípio da preservação da instituição familiar.

<sup>12</sup> Esse é o entendimento de Nogueira (2006):

O que quis a lei vedar foram os benefícios decorrentes da aplicação da Lei do Juizado Especial Criminal aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Devemos buscar no conjunto das normas trazidas pela nova lei a vontade e os objetivos do legislador ao editá-la. Para isso, não podemos interpretar isoladamente determinados preceito nela contidos. Devemos conjugar as disposições da lei, sem perder de vista os valores nela resguardados e as finalidades da lei. É a interpretação teleológica ou finalística da lei. Desse modo, segundo nossa interpretação, podem ser extraídas as seguintes conclusões da conjugação dos arts. 16, 17 e 41 da Lei 11.340/06:

[...].

b) persiste a exigência de representação nos casos do art. 129, § 9º, do CP, e art. 21, da LCP (por analogia); no caso do art. 147 do CP, o parágrafo único exigia e exige tal condição de procedibilidade; se o legislador pretendesse banir referida condição da Lei 11.340/06 ação penal pública, não teria trazido a previsão do art. 16 da lei, que impõe formalidade para a renúncia à representação;

O artigo 41 de Lei Maria da Penha, sob o aspecto funcional, demonstra retrocesso estatal, pela utilização do movimento da Lei e Ordem, bem como a inflação do Poder Judiciário comum, com infrações de pequeno potencial ofensivo, comprometendo a credibilidade do Poder Público na resolução de suas lides. Outrossim, as medidas gravosas descritas no guerreado instituto legal implicarão conseqüências irreparáveis ao instituto familiar, bem como, aumentarão os bolsões de miséria no país.

Sugere este trabalho, ainda, a aplicação do artigo 89 e 88 da Lei nº 9.099/95 aos crimes previstos na Lei nº 11.430/06, por se tratarem de medidas de natureza híbrida, penais e processuais, podendo ser aplicados a crimes não albergados no conceito de delito de menor potencial ofensivo.

## 5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Therie der Gundrechte*. Frankfurt am Main, 1986.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Bastos Ribeiro. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática fundamental transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. Vol 336, p. 125-136, outubro-dezembro de 1996.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra. Reimpressão, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do Direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) Comentada por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Luis Flávio. GOMES, Luis Flávio e BIANCHINI, Alice. *Lei da Violência contra a mulher: renúncia e representação da vítima*. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=2067>>. Acesso em: 12 ago. 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei nº 9.099/95*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: IOB, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas do Brasil e na Alemanha*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. *A Lei n. 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher, perplexidades à vista*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Lei\_11\_340\_Violencia\_domestica.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito Processual penal: teoria, crítica e prática*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.



## 1.2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAISSIGNIFICATIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

ROBERTA TOLEDO CAMPOS  
Mestre em Direito pela PUC-SP  
Advogada  
Professora de Direito Penal da Uniube

*“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em  
ver novas paisagens, mas em ter novos olhos.”*  
Marcel Proust

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2. Antecedentes legislativos da Lei Maria da Penha. 3. O ser mulher. 4. O ser mulher como sujeito passivo da Lei Maria da Penha. 5. Lei Maria da Penha: uma (des)igualdade fundamental. 5.1. A natureza principiológica constitucional dos direitos fundamentais. 5.2. Direitos fundamentais como piso de igualdade. 5.3. Sexo na Lei Maria da Penha, uma desigualdade fundamental. 6. Aspectos penais significativos da Lei Maria da Penha. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

Uma coerente e criteriosa análise da violência contra a mulher não pode deixar de levar em conta aspectos que escapam ao âmbito puramente dogmático ou jurídico-penal. Aquele que sabe tudo de Direito Penal, mas apenas isso, corre o risco de não saber nada de Direito Penal. Acaba ficando um estudo esquizofrênico, fragmentado. A abordagem da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) será feita no paradigma adotado pela nossa Constituição da República de 1988, o Estado democrático de direito.

A violência contra a mulher insere-se em uma problemática que, necessariamente, abrange questões ligadas à igualdade entre sexos. Trata-se de tema com elevado grau de complexidade, já que densa é a carga ideológica que carrega. Como é inevitável quando se trata da abordagem do humano, refletir a respeito do indivíduo, da família, do sexo, do gênero, da isonomia, é indagação ontológica e histórica, tarefa que se impõe, sobretudo, em tempos de transformação da sociedade e de crise de valores. É exatamente por isso que nos socorreremos de alguns conceitos psicanalíticos.

### 2. Antecedentes legislativos da Lei Maria da Penha

A Lei nº 11.340, sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi batizada de *Maria da Penha* em homenagem a uma vítima da violência doméstica. Em 1983, a



biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes levou um tiro nas costas que a deixou paraplégica, aos 38 anos de idade. O autor do disparo foi seu marido, o professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros que, após uma primeira tentativa, ainda procurou matá-la por eletrocução. Heredia foi condenado e preso em 28 de outubro de 2002, cumprindo dois anos de prisão.

O caso de Maria da Penha chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que responsabilizou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica. A OEA, com base na Convenção Interamericana para Prevenir Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), acatou, pela primeira vez, uma denúncia de crime de violência doméstica e iniciou uma série de investigações sobre o andamento do caso na esfera judicial brasileira.

Em abril de 2001, a OEA condenou o Brasil a definir uma legislação adequada a esse tipo de violência. Um consórcio de entidades ligadas ao movimento feminista apresentou à bancada feminina do Congresso Nacional e à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres um anteprojeto de lei definindo as diversas formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres e estabelecendo mecanismos para prevenir e coibir esse tipo de violência e prestar assistência às vítimas. Com a nova lei, que entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, a comunidade feminina espera que a violência doméstica e familiar contra a mulher diminua.

### 3. O ser mulher

Ao ler a Lei Maria da Penha, a primeira reflexão a ser feita é a respeito do conceito de *mulher*, de tamanha complexidade para ser respondido com uma mera espiada no dicionário. Segundo a Enciclopédia e Dicionário Koogan/Houaiss, mulher é o ser humano do sexo feminino. Sexo é a diferença física e constitutiva do homem e da mulher, do macho e da fêmea: sexo masculino e feminino. Sexo feminino é o que se refere ao sexo caracterizado pelo ovário (nos animais e nas plantas). Então, ser mulher é apenas ter órgãos sexuais femininos? É a genitália que distingue o sexo fêmeo do sexo macho? E como se distingue o gênero feminino do gênero masculino? A genitália é capaz, por si só, de determinar o gênero feminino ou masculino do ser humano?

Aprende-se em Psicanálise que desde o nascimento nos espelhamos no olhar de um outro. Nascemos seres dependentes física e psicologicamente. A maturidade apenas modifica a qualidade dessa dependência. A nossa ansiedade de nos distinguirmos dos demais torna-nos, porém, deles dependentes – não de alguém em particular, mas do outro em geral. É através do convívio com outras pessoas que nós nos vemos, trocamos olhares e nos identificamos, formando uma auto-estima de nós mesmos.



Reconhecerno-nos nas semelhanças e diferenças que se refletem no olhar do outro é uma necessidade que atravessa a nossa existência.

Como ensina Groeninga (2004, p. 250), a investigação de um conhecimento de forma interdisciplinar vem reconhecer essa necessidade de outro olhar que nos leva a um fortalecimento da identidade e a um redimensionar de cada disciplina, rumo a um novo horizonte epistemológico – o de ampliar os princípios mesmos que regem os conhecimentos de cada área do saber. Estamos vivendo em plena crise paradigmática. Os pressupostos que formavam o que acreditávamos serem as bases do nosso conhecimento têm se modificado.

Depois da demonstração de Freud da existência de um inconsciente que é estruturado com uma lógica que lhe é própria, tivemos acesso a outro sujeito além do sujeito de direito – o *sujeito do desejo*. O eu e a consciência perdem sua soberania. A partir dessa *descoberta* buscamos a integração diferenciada desses dois aspectos de um mesmo sujeito, e não mais a disjunção. O caminho que ora se afigura é o da integração da subjetividade, do interesse pela subjetividade na objetividade, de sua legitimação como ciência, e não de sua exclusão. A fase da exclusão da subjetividade como característica da objetividade científica já está sendo superada. Percebemos que a realidade de sujeito humano é também composta de subjetividade e de afeto. Somos razão e emoção, corpo e espírito, sujeito e alma.

O Direito havia perdido de vista o humano, na tentativa de se auto-afirmar como ciência, considerando apenas a objetividade. Valorizava o homem-máquina em detrimento do homem-desejante. Porém, nos tempos atuais, especialmente após a Constituição da República de 1988, percebeu-se que a postura de ignorar a natureza humana, que combina sentimento, ação e pensamento, é um equívoco. Somente a combinação da subjetividade e da objetividade atende ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, postulado fundamental do nosso Estado democrático de direito. Segundo Heidegger (1998), o homem não é o ser do ente atmosférico, telúrico, carnal, mas o *ser* que, mesmo assim contingenciado, é um *plus* que, diferente do animal, é capaz de pensar o seu próprio *ser*.

Ente é tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos. Ser está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado, no teor e recurso, no valor e validade, na pré-sença, no 'há' (HEIDEGGER, 1995, p. 32).

*Há ser no seu próprio ser* (HEIDEGGER, 1979, p. 98). O ser é sempre o ser de um ente. Como *ser-no-mundo*, o homem *ek-siste* não como um fato objetivo, mas como um acontecimento vivido, e isso significa que em cada instante ele se manifesta no

*ser*. Aqui, *ek-sistir* não indica o fato de ser, mas o modo de ser. A essência do homem consiste em revelar-se como *ek-sistência*, isto é, como o *aí*, a clareira do *ser*. A *ek-sistência* é uma tarefa a realizar. O sujeito humano é uma construção. *Ser-no-mundo* é, portanto, uma estrutura de realização. Nossa existência (*Dasein*<sup>1</sup>) nada mais é que nosso *ser-no-mundo*. *A essência do ser-aí reside na sua existência* (HEIDEGGER apud RESWEBER, 1979, p. 99).

Como seres humanos, podemos ser analisados como raciocinadores lógicos ou como feixes físicos de carne e osso, mas como *daseins* não somos nada além de nossas compreensões e incompreensões do mundo e do lugar que nele ocupamos, e de nossas mais ou menos claras compreensões e incompreensões dessas próprias compreensões, e assim por diante, interminavelmente. Para o *dasein*, existir é ontologizar. É no *dasein* que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história etc. Nesse sentido, Heidegger (apud RÉE, 2000, p. 17) explica que:

O *Dasein* não é apenas uma entidade que ocorre em meio a outras entidades. É, antes, uma entidade que se distingue onticamente pelo fato de que, em seu ser, é esse próprio ser que importa para ela. Mas, então, a essa constituição do ser do *Dasein* pertence o fato de que, em se ser, está presente uma relação dirigida para esse ser. E isso, por outro lado, significa que, de certa maneira e de forma em certa medida explícita, o *Dasein* entende-se a si mesmo em seu ser. É peculiar a essa entidade que, com e por meio de seu próprio ser, esse ser a ela se revele. A compreensão do ser é, ela própria, uma característica determinante do ser do *Dasein*. O que distingue onticamente o *Dasein* é que ele é ontológico.

A essência do homem é tal, que é necessariamente o lugar exclusivo da compreensão do ser. Ela é a tradução de uma diferença. A existência não está incluída na essência; é constituída *ek-sistência* pelo *ser* que nela se torna *essência*. *Ente e ser, existência e essência* habitam agora o âmbito do mesmo. Desse modo, aquilo que o homem é, a sua *essência*,

[...] consiste no fato de que ele, como ser pensante, aberto para o ser, está posto em face dele, permanece relacionado com o ser e assim lhe corresponde. O homem é propriamente esta relação de correspondência, e é somente isto. ‘Somente’ não significa

<sup>1</sup> Este é um termo clássico dentro do pensamento do filósofo Heidegger, usado por ele para referir-se àquilo que constitui o ser ou a essência do homem, isto é, a sua existência no sentido de ultrapassagem e transcendência. É o ser do homem. Não é um termo técnico, e como *Daseins* somos simplesmente entidades com atitude ontológica.

limitação, mas uma plenitude. No homem impera um pertencer ao ser; este pertencer escuta ao ser, porque a ele está entregue como propriedade. E o ser? Pensemos o ser em seu sentido primordial como apresentar. O ser se apresenta ao homem, nem acidentalmente nem por exceção. Ser somente é e permanece enquanto aborda o homem pelo apelo. Pois, somente o homem, aberto para o ser propicia-lhe o a advento enquanto apresentar. [...] Homem e ser estão entregues reciprocamente um ao outro como propriedade. Pertencem um ou outro (HEIDEGGER apud MICHELAZZO, 1999, p. 127).

Para Groeninga (2004, p. 254), a consideração do sujeito em sua integralidade significa a busca do que ela chama de *o direito a ser humano*. Já se sabe, portanto, que para atender à dignidade humana a consideração do ser humano deve ser feita em todos os níveis de nossa constituição – espírito, mente e corpo; o individual e o coletivo. Do exposto, é possível apenas concluir que o *ser* mulher não é mera pulsão orgânica, não é apenas aquele ser humano portador de ovário e genitália feminina. Seu destino não se restringe a seu ser biológico. É muito mais do que isso. É o *modo* do *ser*, o seu estilo, o modo de conduzir a sua vida.

#### 4. O *ser* mulher como sujeito passivo da Lei Maria da Penha

Para ter incidência a nova lei, o sujeito passivo da violência deve necessariamente ser uma *mulher* e a ambiência deve ser a unidade doméstica, familiar ou de afeto. Portanto, é fundamental que se constate que a violência seja contra a *mulher* e que haja um vínculo doméstico, familiar ou de afeto com o agente do fato (art. 1º da Lei nº 11.340/2006).

No Estado democrático de direito (CF/88, art.1º), ensina o Prof. Leal (2005, *passim*) que o desatendimento de direitos fundamentais de *vida e dignidade* implica impedir o *ser* do *homem*, mesmo que aferidas as condições entitativas de possibilidade de sua sobrevivência orgânica (ENTE). A constitucionalidade brasileira prioriza a *vida* de um *ser-homem* (liberdade fundamental) e não vida histórico-biológica, já que esta é mera extensão daquela. A garantia é do *homem* enquanto titular da autoria do seu mundo; é garantia da liberdade de o *homem* escolher entre as várias possibilidades de seu mundo no *estar-aí* (*Dasein*) dos entes. Assim, conclui Leal, o direito à vida é a escolha de um mundo no intramundo pelo ser-homem, é a liberdade de decidir sobre o mundo do seu *ser*.

Ser livre, segundo Heidegger, é experimentar-se situado na intersecção do *ser-no-mundo* com o mundo do *ser*. A liberdade realiza a emergência do mundo no interior do *SER*. A liberdade é, pois, a própria prática do pensamento, uma vez que ela deixa-ser

o *ser* (HEIDEGGER apud RESWEBER, 1979, p. 101). Nesse sentido, a Lei Maria da Penha também conferiu ampla tutela à mulher como *ser-homem*. Basta uma leitura dos arts. 2º e 3º para verificar que os direitos fundamentais de *dignidade e liberdade* da mulher são garantidos para que ela possa escolher o mundo do seu *ser*.

Se não bastassem os citados artigos, há ainda o art. 5º, parágrafo único, que enfatiza a liberdade da mulher de *orientação sexual* do seu *ser*. Ora, mais uma vez temos que nos socorrer da Psicanálise no que toca aos estudos sobre sexualidade. A idéia de sexualidade é de tamanha importância na doutrina psicanalítica que, com justa razão, pôde-se afirmar que todo o edifício freudiano assentava-se sobre ela, o que é um exagero.

Freud efetuou uma verdadeira ruptura epistemológica com a sexologia, estendendo a noção de sexualidade a uma disposição psíquica universal e extirpando-a de seu fundamento biológico, anatômico e genital, para fazer dela a própria essência da atividade humana. Distinguiu, assim, os dois grandes campos da sexualidade: a determinação anatômica e biológica (sexo), por um lado, e a representação social e psíquica (gênero<sup>2</sup>) – identidade sexual, por outro. Mostrou que a sexualidade tanto era uma representação ou uma construção mental quanto o lugar de uma diferença anatômica. Para Freud, com efeito, a existência de uma diferença anatômica entre os sexos não desembocava numa concepção naturalista, uma vez que essa famosa diferença, ausente no inconsciente, atesta, para o sujeito, uma contradição estrutural entre a ordem psíquica e a ordem anatômica. É possível, portanto, uma não concordância entre o psíquico e o anatômico, entre o *ser* e o *ente*.

A partir dessa distinção entre o sexo, como a especificidade biológica e anatômica, e o gênero (*gender*), como a representação social e psíquica da diferença sexual – identidade sexual, possibilitou-se interrogar a identidade sexual do *ser* do *ente*, o que possibilitou que a visão que a sociedade ocidental tinha da sexualidade e da história da sexualidade em geral se transformasse totalmente. Percebendo a necessidade de reflexão sobre a redistribuição das relações de identidade entre os sexos, já que a determinação anatômica não se sustenta mais, vislumbrando, pois, a possibilidade de *homem-masculino*, *homem-feminino*, *mulher-feminino* e *mulher-masculino* (NOLASCO, 1995, p. 16), começaram os estudos sobre bissexualidade, homossexualidade, heterossexualidade, transexualidade, hermafroditismo real e os fenômenos de travestismo. Assim, percebe-se que a Lei Maria da Penha ratificou a garantia constitucional democratizada da liberdade do *ente* de escolha sobre o seu próprio mundo, inclusive a sua liberdade de escolha da identidade sexual de seu *ser*.

<sup>2</sup> O termo gênero é utilizado habitualmente para designar qualquer categoria, classe, grupo ou família que apresente os mesmos sinais em comum. Em trabalhos contemporâneos, designa-se por sexo o que deriva do corpo sexuado (macho ou fêmea) e por gênero o que se reporta à significação sexual do corpo na sociedade (masculinidade ou feminilidade). Cf. Roudinesco (1991).

## 5. Lei Maria da Penha: uma (des)igualdade fundamental

### 5.1. A natureza principiológica constitucional dos direitos fundamentais

O paradigma positivado pela Constituição da República Brasileira de 1988 é o do Estado democrático de direito (art. 1º, CF/88), que é aquele que se estrutura em uma democracia representativa, participativa e pluralista e garante a realização prática dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, através de instrumentos apropriados conferidos aos cidadãos, sempre tendo em vista a dignidade humana.

As bases dessa democracia constitucionalizada são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Em razão desse segundo pilar, evidencia-se uma ampliação do conceito de democracia a qual terá que se realizar não apenas no plano político, mas também nas dimensões econômica, social e cultural. Bobbio (1992, p. 1) enfatiza que a marca característica do Estado democrático de direito é a sua legitimação pela consagração e promoção dos direitos fundamentais, já que sem *direitos do homem*, reconhecidos e protegidos, não há democracia.

Um dos fundamentos do nosso Estado democrático de direito é a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). Isso significa que o indivíduo é o limite e o fundamento do domínio político da República. A República, assim, é uma organização que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A dignidade humana é o valor-fonte para definir os direitos fundamentais, isto é, os direitos fundamentais são desdobramentos da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido a Constituição da República, no art. 5º, *caput*, positiva a *inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*. Esse panorama evidencia que a dignidade da pessoa humana é o fundamento material da unidade da Constituição, é ela a unidade axiológica ou teleológica da Constituição. O valor pessoal do homem impõe um limite deontológico à interpretação constitucional. Portanto, reconhece-se aos direitos fundamentais a natureza principiológica constitucional de justificação do Estado. Tais direitos são fundantes, ou seja, são fontes de legitimação de todo o Direito, condicionam a produção e interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais.

### 5.2. Direitos fundamentais como piso de igualdade

Ao assegurar direitos fundamentais para todos os cidadãos, o Estado democrático de direito deve garantir um *piso de igualdade* (LEAL, 2005, p. 79) para todos os cidadãos como ponto de partida para verificar as diferenças. Só será possível verificar diferenças após o atendimento dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, ao patrimônio, à moradia, enfim, aos direitos necessários à dignidade humana.

A igualdade jurídica na democracia nivela todos os cidadãos no plano da titularidade dos conteúdos normativos dos direitos fundamentais. Não há que se falar em desigualdade jurídica de direitos fundamentais (LEAL, 2005, p. 80), porque, uma vez que são cumpridos os direitos fundamentais, o que se tem são desníveis patrimoniais e de personalidade (identidades), sem que tal diferencial pudesse quebrar a igualdade entre as partes a ponto de recuperar a velha máxima de *justiça* do Estado liberal – tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais<sup>3</sup>.

Leal (2005) explica que não há direito à diferença no plano dos direitos fundamentais já acertados constitucionalmente para todos, sob pena de romper o princípio da igualdade jurídica. A possível existência de direitos diferentes só ocorre no sobrenível da normatividade fundamental. Enfatiza ele que “[...] direitos diferentes, na teoria da democracia, não geram diferenças jurídico-fundamentais entre pessoas a suplicarem tratamento discriminatório” (LEAL, 2005, p. 79). As desigualdades possíveis seriam apenas física, psíquica, cultural, estética, ideológica ou econômica. Portanto, o negro, o índio, o homossexual, a lésbica, o deficiente não são desiguais a ninguém quanto a direitos fundamentais na teoria da constitucionalidade democrática. Tanto eles quanto os brancos, os amarelos, as mulheres, os heterossexuais: “[...] homem ou mulher, são iguais em direitos fundamentais e titulares de igualdade processual (simétrica paridade-isonomia) no direito democrático” (LEAL, 2005, p. 79). Os direitos diferentes não implicam uma desigualdade ilegal porque os direitos fundamentais já foram atendidos. Isso não equivale a ser desigual no Estado democrático de direito.

É necessário esclarecer que os direitos diferentes só podem ser discutidos via *devido processo constitucional*. A discussão, negação, produção, defesa, afirmação e aplicação de direitos diferentes, na teoria democrática, só se fazem isonomicamente no espaço-tempo da estrutura procedimental processualizada. A isonomia é princípio jurídico-processual que rege a atuação dos sujeitos do processo na construção de direitos não fundamentais (direitos diferentes), garantindo condições argumentativas isonômicas (igualdade argumentativa na formação processualizada do direito diferente). E, assim, a isonomia não pode ser abandonada “[...] na construção e exercício da constitucionalidade democrática, porque é ela que torna possível a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre maioria e minoria política, ideológica ou social” (LEAL, 2005, p. 79).

<sup>3</sup> Um dos pontos frágeis deste imperativo moral é ter sido defendido em nome de um suposto direito natural. Platão busca nos fazer crer que, se naturalmente alguns indivíduos são superiores, não podem ser tratados de forma igual aos que lhe são desiguais. Para ele, Estado justo era aquele que operacionalizava a manutenção de cada indivíduo no seu *lugar natural*.

### 5.3. Sexo na Lei Maria da Penha, uma desigualdade fundamental

A Constituição brasileira assegura a igualdade fundamental aos seus cidadãos no *caput* do art. 5º “TODOS são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. Como já explicitado, no Estado democrático de direito todos os cidadãos são iguais em relação à titularidade de direitos fundamentais. Nesse sentido, o art. 2º, III, estabelece como objetivo fundamental da República brasileira “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Para não restar qualquer dúvida de que todos os cidadãos são isonomicamente titulares de direitos fundamentais, a Constituição ainda estabelece no art. 5º, I, que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Ora, é nítida que a intenção do legislador foi a de impedir desníveis de direitos fundamentais fundados no *sexo*. As diferenças justificadas estão inclusive previstas na própria Constituição Federal: arts. 7º, XVIII e XIX; 143, §§ 1º e 2º; 201, § 7º, I e II. Portanto, qualquer excepcionalidade na garantia de direitos fundamentais, seja qual for o critério discriminatório utilizado, é inconstitucional. Embora não precisasse, o texto constitucional é expresso em determinar no art. 5º, XLI, que “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Atualmente, o Estado brasileiro é inadimplente em assegurar os conteúdos dos direitos fundamentais. Daí tantas desigualdades fundamentais. A omissão pública chega a ser hedionda. São milhões de esfomeados e despossuídos. Isso é que constitui *crime contra os direitos humanos*. Enfim, a atuação estatal é estupidamente inconstitucional. Nesse contexto, com o discurso salvacionista dos excluídos e estigmatizados, o Estado legisla as chamadas *ações afirmativas*, como se a discriminação por ele promovida e já sofrida pelas minorias, ou pelos *diferentes* (negros, homossexuais, mulheres etc.) também não violasse o texto constitucional democrático. Aliás, a inadimplência dos agentes públicos na garantia do direito à dignidade humana é a inconstitucionalidade mais grave no Estado democrático de direito, pois viola um de seus fundamentos (art. 1º, III, CF/88).

As ações afirmativas são proclamadas pelos legisladores como necessárias à implementação dos direitos fundamentais, o que é um equívoco, pois, segundo o Prof. Leal (2005, p. 79), ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, são direitos líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis) e, assim, devem ser imediatamente satisfeitos pela Administração Pública (art. 2º, I, II, III e IV). Conseqüentemente, só se pode falar em discriminação depois de executados os direitos fundamentais.

Falar de discriminação no atual Estado brasileiro é o mesmo que *chover no molhado*. Enquanto a Administração Pública não implementar os direitos fundamentais, as pessoas estarão sempre em níveis de uma desigualdade fundamental ilegal. A pretexto da inclusão social das mulheres e defesa de seus direitos, bem como da promoção do que se chama de *discriminação lícita*, o Estado brasileiro editou a Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha deixa claro em seu preâmbulo e no art. 1º a razão de sua existência: “[...] criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Na essência, quer viabilizar à mulher o exercício dos direitos fundamentais, a saber: vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, enfim, a dignidade humana. A lei estabelece, portanto, dois critérios para determinar a sua aplicação: primeiro, o sujeito passivo deve ser mulher; segundo, a violência deve ser no âmbito familiar, doméstico ou de afeto. Como ação afirmativa, a Lei Maria da Penha pretende garantir a implementação de direitos fundamentais às mulheres, porém é inconstitucional quando excepciona a implementação de direitos fundamentais em função do sexo, o que gera uma desigualdade fundamental. Realmente, a atuação da nossa Administração Pública é trágica: é inadimplente na garantia dos direitos fundamentais e, quando legisla para dissimular a sua omissão, excepciona a implementação desses direitos.

## 6. Aspectos penais significativos da Lei Maria da Penha

As principais alterações penais trazidas pela Lei são:

a. Configura violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial à mulher, desde que o ambiente seja a unidade doméstica e familiar ou de qualquer relação pessoal afetiva (art. 5º, incisos I, II e III).

Se a sexualidade do indivíduo deve ser avaliada sob os critérios do sexo e do gênero, como fica a violência doméstica e familiar empregada contra os hermafroditas, transexuais (por exemplo, Roberta Close), travestis (por exemplo, Rogéria) e gays, já que podem ser indivíduos do sexo macho com gênero feminino (ou vice-versa)?

b. As relações homoafetivas femininas estão protegidas pela lei (art.5º, parágrafo único).

Interessante o que o afeto fez de sua entrada no Direito de Família, como nas relações de filiação, na adoção e nas relações homoafetivas, como denomina Maria Berenice Dias (2000, *passim*). A ordem familiar deixou de ser fundada na diferença sexual. O conceito de família precisou ser reinventado. A família passou a ser identificada pela presença de um elo de afetividade; os vínculos de parentalidade vêm sendo definidos pela identidade sócio-afetiva, e não pela consangüinidade. A verdade biológica



perdeu significado. Exigem-se novos referenciais para o estabelecimento dos laços de parentesco. Família passou, então, a ser concebida como um espaço de afetividade destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um (HIRONAKA, 2000, p. 21). Assim sendo, começam a ser reconhecidas como entidades familiares as relações homoafetivas, justamente porque houve um alargamento conceitual da família, que passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade para a realização do projeto pessoal de felicidade.

Nas relações homoafetivas há quem desempenhe o gênero masculino e quem desempenhe o gênero feminino. É possível, inclusive, nas famílias homoparenterais<sup>4</sup> que um desempenhe a função paterna e o outro a função materna<sup>5</sup>.

Pergunta-se: a violência doméstica e familiar praticada no âmbito das relações homoafetivas contra o indivíduo do sexo macho e gênero feminino está excluída da “proteção” da Lei Maria da Penha?

c. As formas de violência doméstica e familiar contra a mulher estão definidas no art. 7º (violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

Quais são as possíveis consequências da violência pública (não implementação dos direitos fundamentais) para as relações familiares, domésticas ou íntimas entre os gêneros?

A tradicional divisão sexual das funções domésticas, familiares e afetivas está em xeque: homens na produção, no público e na chefia da casa, mulheres na reprodução, na esfera doméstica, eventualmente *ajudando* no trabalho remunerado. O momento atual é de *transição de gênero*. Os pressupostos que formavam o que se acreditava serem as bases da identidade de gênero têm se modificado. Outros pressupostos surgem no horizonte. Vive-se uma verdadeira *crise paradigmática*, o que nos traz incertezas. E como diz Groeninga (2004, p. 251), crise é “[...] um estado de um sistema em que uma mudança é iminente”. Nolasco (1995, *passim*) conclui que o homem nesta situação, tendo perdido a base anterior da sua identidade de gênero, mas sem palavras para nomear o *novo*, reage com violência: ele vive o desmonte da identidade masculina de provedor. Giddens (2000, p. 92) considera que

<sup>4</sup> O termo homoparentalidade foi criado na França em 1996 pela Associação dos Pais e Futuros Pais Gays e Lésbicos.

<sup>5</sup> Entre 1973 e 1995, foram realizados procedimentos investigativos nos Estado Unidos para testar as aptidões psicológicas dos homossexuais para serem pais, pois há no continente americano de 1 a 5 milhões de mães lésbicas, de 1 a 3 milhões de pais gays, e de 6 a 14 milhões de crianças criadas por pais homossexuais. Essas pesquisas revelaram que os homossexuais eram pais tão comuns quanto os outros, isto é, semelhantes àqueles de famílias horizontais do final do século, incessantemente recompostas. Cf. Roudinesco (2003, p.190).

É possível que boa parte da violência que os homens praticam hoje contra a mulher não seja apenas a persistência do velho sistema, e, sim, uma incapacidade ou recusa de adaptar-se ao novo. Ou seja, não é apenas a continuação do patriarcado tradicional, mas uma reação contra a sua derrocada.

d. A renúncia nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher só pode ocorrer perante o juiz, ouvido o Ministério Público (art. 16);

e. É vedada a aplicação, nos casos de violência contra a mulher, de penas pecuniárias, como as penas de cesta básica, bem como substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17).

Vale lembrar que: a) se a violência contra a pessoa-mulher for dolosa, não cabe substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44, I, CP); b) as penas pecuniárias estão vedadas em qualquer tipo de violência contra a mulher, isto é, tais penas não terão incidência seja no caso de violência física ou grave ameaça, seja no caso de outras violências.

No caso de crimes idênticos, é possível diferenciar a aplicação de penas em função do sexo do sujeito passivo? Se o Direito Penal visa à tutela de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade, como justificar constitucionalmente a aplicação diferenciada de penas a dois crimes idênticos, porém, em um deles o sujeito passivo é homem e no outro é mulher? Exemplo: se um filho bate na sua mãe, causando-lhe lesões corporais leves, a sua pena será privativa de liberdade; ao passo que, se bate no seu pai, também lhe causando lesões corporais leves, será possível a incidência da Lei nº 9.099/95 e, assim, a aplicação de penas restritivas de direitos. Mais uma vez, a Lei Maria da Penha quebra o princípio da igualdade ao promover a discriminação sexual.

É oportuno lembrar que o Código Penal ainda mantém discriminação sexual na tutela de bens jurídicos, especialmente quanto ao crime de estupro. Se a mulher constrange o homem, mediante violência ou grave ameaça, a manter conjunção carnal, a sua conduta está tipificada no art. 146 do CP – constrangimento ilegal.

f. Os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não são mais regidos pela Lei nº 9.099/95 (art. 41).

Se o Estado já reconheceu a ineficiência da estrutura dos Juizados Especiais Criminais, porque os demais cidadãos devem suportá-lo?

Será que a imposição de apenas uma solução processual penal para o conflito doméstico, sem possibilidade de qualquer *acordo*, não irá afastar ainda mais as mulheres da Função Judiciária?

g. A alínea “f” do inciso II do art. 61 do Código Penal passou a figurar com a seguinte redação: “[...] com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica” (art. 43).

Todos os crimes praticados com violência no âmbito doméstico, familiar ou de afeto contra a mulher sofrerão a incidência dessa agravante. Ex.: ameaça, constrangimento ilegal, lesão corporal, homicídio, estupro, atentado violento ao pudor, extorsão mediante seqüestro, roubo, calúnia, injúria, difamação etc. É nítida mais uma violação ao princípio da isonomia por promoção de discriminação sexual quanto à titularidade do bem jurídico lesado, isto é, se o titular do bem jurídico lesado for do gênero feminino, a pena será agravada.

h. O art. 129 do Código Penal recebeu as seguintes alterações:

. “§ 9º - se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: *PENA – DETENÇÃO, DE 3 MESES A 3 ANOS.*”

A pena era de detenção, de 6 meses a 1 ano.

. “§ 11 – na hipótese do § 9º deste artigo, a *PENA* será aumentada de um terço se o crime for cometido contra *PESSOA* portadora de deficiência” (art. 44);

i. O parágrafo único do art. 152 da Lei de Execução Penal passou a vigorar assim: “[...] nos casos de violência doméstica contra a *MULHER*, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório *DO AGRESSOR* a programas de recuperação e reeducação” (art. 45).

## 7. Considerações finais

O homem exalta a violência. Virou o grande monstro que ameaça a família. O povo grita por *socorro*. E o Estado, num ato salvacionista, edita a Lei Maria da Penha. Lógico! Como é inadimplente na implementação dos direitos fundamentais, como educação, saúde, moradia, cultura, emprego etc., e, assim, gerador de muitas das mazelas humanas, faz uso de uma de suas atribuições a mais viável economicamente: o processo legislativo e o sistema penal. Ao criar leis, o Estado transmite ao povo carente de direitos fundamentais a sensação de dever cumprido, já que as leis entram em vigor imediatamente e induzem-nos à ilusão de que agora temos *leis fortes*, que não deixam mais brechas para a impunidade. Aliás, nem pensar em aplicar penas alternativas, pois é o mesmo que não punir. Afinal de contas, lugar de bandido é na cadeia.

Ao atribuir responsabilidade ao Direito Penal de resolver todas as misérias humanas, cria-se a expectativa de que tudo está resolvido. O Estado, aproveitando-se dessa

ilusão, que sabe ser falsa, continua deixando de implementar os direitos fundamentais, agravando cada vez mais a violência. E dessa violência pública já sabemos quais são as consequências para as relações familiares, domésticas ou íntimas entre os gêneros. Aliás, muitas vezes, a intervenção estatal penal é mais danosa que a sua ausência. O dano social gerado pela exclusão propiciada pela intervenção penal do Estado é violentíssimo. Mas, na verdade, o que tudo isso importa? Parece que nada importa a ninguém. Há apenas indiferença.

Nós, seres humanos, estamos motivados a nos livrar de nossas couraças e repensar o nosso futuro. Sabemos que só entre nós poderemos avançar nessas questões da nossa condição. Não nos escapa que é momento de refletir sobre a crise da masculinidade e da feminilidade. Há dúvida de que a natureza determina de modo tão sumário a diferença entre masculino e feminino. Homem, mulher, masculino e feminino são construções. Efetivamente, muitos de nós criticamos o modelo masculino ou feminino sob o qual fomos criados<sup>6</sup>. Já se sabe atualmente que é possível ser homem sem ser macho e opressor.

O desmoronamento dos modelos tradicionais de gênero é mais uma possibilidade do que uma perda. É a possibilidade de mudança. E é essa crise que nos leva à auto-reflexão para a construção de um novo ser humano, um ser humano não determinado por sua biologia, mas capaz de encontrar livremente a sua própria identidade, o seu ser, tomando o cuidado para não cometer o erro de supor a possibilidade de uma nova síntese, de uma nova identidade estereotipada.

Aliás, no Estado democrático de direito em que estamos construindo a identidade do sujeito constitucional, parece-nos que deve ser revista a própria conceituação de gênero em masculino e feminino, já que a Constituição brasileira tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Pelo menos no âmbito jurídico constitucional, não se deve fazer referência à identidade como masculina ou feminina, mas apenas à identidade do sujeito constitucional. Não é possível diante da principiologia democrática constitucionalizada estabelecer modelos de identidade masculina ou feminina. Estereotipar a identidade em masculino e feminino é, no mínimo, discriminatório. Falar em encontrar uma nova identidade masculina ou feminina é um equívoco. É possível apenas refletir sobre a construção da nova identidade do sujeito constitucional no atual Estado democrático de direito.

<sup>6</sup> Os movimentos masculinos têm refletido sobre o seguinte modelo: necessidade de se mostrar sempre forte e capaz; de limitar a expressão de sentimentos; de viver quase que exclusivamente em campos competitivos; de funcionar como servidor da mulher; de ser permanentemente provedor; de ocupar-se apenas de coisas “sérias”, como trabalho, política etc.; e de perder o contato sensível com os filhos, amigos, natureza, estando proibidas entre os homens expressões tais como “fracassei”, “não sei”, “me equivoquei”, “não posso”. Assim também as mulheres refletem sobre o arquétipo feminino instituído ao longo de anos: escravo-senhor. Cf. Nolasco (1995).

Por todo o exposto, percebe-se que a violência doméstica e familiar deve ser tratada por uma equipe multidisciplinar. Tanto autores quanto vítimas de violência e seus familiares precisam de atenção integral, evitando-se a *revitimização* através de uma rede articulada de assistência médica, psicológica, social, política, jurídica e social.

## 8. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GIDDENS, A. *Conversas com Anthony Giddens: o sentido da modernidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise. In: GROENINGA; PEREIRA. (Coord.). *Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HEIDEGGER, M. *Essência do fundamento*. Lisboa: Edições 70, 1988.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. In: \_\_\_\_\_. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Direito à vida e o meio ambiente. In: \_\_\_\_\_. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: \_\_\_\_\_. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: \_\_\_\_\_. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MICHELAZZO, José Carlos. *Do um como princípio ao dois como unidade*: Heidegger e a reconstrução ontológica do real. São Paulo: FAPESP, 1999.

NOLASCO, Sócrates. A desconsideração do masculino: uma contribuição crítica à análise de gênero. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *A desconstrução do masculino*. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

RÈE, Jonathan. *Heidegger: história e verdade em ser e tempo*. Tradução José Oscar de Almeida Marques, Karen Volobuef. São Paulo: UNESP, 2000.

RESWEBER, Jean-Paul. *O pensamento de Martin Heidegger*. Tradução João Agostinho A. Santos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. *Dicionário de psicanálise*. Tradução Vera Ribeiro, Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

### 1.3 MINISTÉRIO PÚBLICO – COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

ALEXANDRE CARLOS BOTREL

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Estudante do 8º período em Direito

KARLA JÚLIA CICARINI BOTREL

Oficial do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Ministério Público: relevância, prerrogativas e vedações. 2.1. Funções institucionais penais. 3. Outras formas de investigação. 3.1. Polícia judiciária. 3.2. Comissões parlamentares de inquérito. 4. Princípios constitucionais do processo penal, relativos à investigação criminal direta pelo Ministério Público. 5. Poder investigatório do Ministério Público: posições divergentes. 6. Resolução do Ministério Público, relativa à investigação criminal. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução

A análise da legitimidade da investigação criminal promovida diretamente pelo Ministério Público e sua competência para tal justifica-se pelo fato de, hodiernamente, ser assunto de vigorosa polêmica. Incessantes discussões orbitam nesse sentido, sobretudo quando se trata das investigações de crimes em que estão envolvidas autoridades ou personalidades influentes de nossa sociedade. Os entendimentos a esse respeito são controversos. A indagação “Pode o Ministério Público realizar busca e apreensão de documentos e pertences pessoais de criminosos, especialmente quando estão envolvidas pessoas da mais alta sociedade brasileira, como banqueiros e autoridades governamentais?” ecoa com certo grau de desconforto.

O Ministério Público, após a promulgação da Constituição da República, em 1988, tornou-se uma Instituição de maior relevância e importância em nossa sociedade. As funções a ele atribuídas, nas diversas áreas de sua competência, desde então, estão sendo realizadas de maneira notável e constante. Esta notabilidade pode ser verificada diariamente, inclusive através dos meios de comunicação. Em nosso Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos estabelecidos pela Constituição devem ser assegurados e protegidos; isso inclui a atuação do Ministério Público, que é instituição permanente, essencial à justiça, “[...] incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme art. 127 da CR.

A aparente omissão do inciso IX do art. 129 da Constituição da República conduz alguns estudiosos a afirmarem que “[...] a Norma Constitucional não dispõe sobre a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigação criminal” (SILVA, 2005, p. 3), e outros a declararem que, através de uma leitura sistemática da Constituição pode-se verificar a legitimidade para tal. Abordaremos, no decorrer desse estudo as duas correntes que versam sobre o tema.

## 2. O Ministério Público: relevância, prerrogativas e vedações

A Constituição da República estabelece nos arts. 127 a 129 que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Não se vincula a nenhum dos poderes, tendo como função privativa a promoção da ação penal pública. Por ser instituição permanente, o Ministério Público não poderá ser extinto, nem sua estrutura alterada sem modificação da própria Constituição. Assim como o Advogado e o Magistrado, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, funcionando como *custus legis* nas demandas em que a lei determina e como *dominus litis* nas de interesse público, em especial a ação penal de que é titular.

Os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, estabelecidos pela Constituição, devem ser assegurados. Isto está contido no rol de atribuições do Ministério Público em sua plenitude, nos termos do art. 127 da CR, *in verbis*: “[...] incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. O art. 129, II, da CR retrata o seu grande valor perante a sociedade ao estabelecer que a Instituição deve “[...] zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.”

A sociedade brasileira tem conhecimento da importância Ministerial em nosso contexto, da relevância de suas atividades e da diligência com que seus membros se dedicam no desempenho de suas funções, nas diversas áreas de atuação. Não somente a relevância de suas funções é reconhecida, como também o grau de complexidade existente nas atividades dos seus membros, pelo que se exige total equilíbrio para o exercício e cumprimento do devido processo legal.

Para Calamandrei (apud MARCHI JUNIOR, 2004, p. 3), a atuação do Ministério Público parecia-lhe demasiadamente difícil, talvez a mais complexa de todos os encargos judiciais, pois, como sustentáculo da acusação, deve ser parcial e entusiasta como um advogado, e ao mesmo tempo, como guardião inflexível da lei, deve ter a imparcialidade do juiz. Para o mestre, o Promotor “[...] se arrisca, momento



a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado”.

Na esfera estadual, através de suas Promotorias e Procuradorias Especializadas de Justiça, o Ministério Público exerce funções de importantíssima repercussão social, dentre elas a de defesa da infância e juventude, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural e do patrimônio público, dos direitos da pessoa portadora de deficiência e idosos; de combate ao crime organizado, aos crimes praticados por agentes políticos municipais, dentre outras. Resta claro, portanto, o proeminente papel que a Instituição Ministerial realiza em prol da sociedade e na defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito.

Com o objetivo do pleno e independente desempenho de suas atribuições, em simetria ao Poder Judiciário, os membros do *Parquet* receberam do legislador constituinte prerrogativas que constituem garantias para a própria sociedade, da existência de uma Instituição que lhe assegure a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Não se trata de privilégios, nem de violação ao princípio da isonomia, e sim de afirmar a necessária independência e autonomia, de forma a se resguardar a instituição, no interesse da sociedade, de eventuais pressões por parte dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e de outros setores da sociedade (MORAES, 2004).

Os arts. 127, § 2º, 128, § 5º da CR, e 3º, da Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP, traduzem essas garantias relativas à Instituição, quais sejam, autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como as concernentes aos seus membros, que consistem na vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Conforme lição de Alexandre de Moraes (2004, p. 525), a autonomia funcional diz respeito à não subordinação dos Promotores e Procuradores, no cumprimento de seus deveres funcionais, a nenhum outro Poder ou autoridade hierárquica, senão unicamente aos ditames constitucionais, legais e à sua própria consciência. Os Procuradores Gerais de Justiça e o da República exercem a chefia administrativa da Instituição, não vinculando a manifestação dos demais membros quanto à sua atividade-fim, ou seja, prevalece a autonomia de cada um no exercício de seu múnus público. O art. 28, do Código de Processo Penal – CPP, corrobora este princípio ao estabelecer que, em caso de divergência da opinião do Promotor, quanto ao pedido de arquivamento do inquérito policial e não apresentação da denúncia, o Juiz deverá remeter o inquérito ou as peças de informação ao Procurador-Geral. Este, se entender de maneira contrária à do Promotor, deverá oferecer a denúncia ou encaminhar a outro órgão do Ministério Público para tal. Não poderá, porém, impelir o primeiro a que ofereça a denúncia.

Entende-se por autonomias administrativa e financeira, previstas no § 2º, do art. 127 da Constituição, e no art. 3º da LONMP, a prática de atos de gestão pelo Ministério Público com a finalidade de prover-lhe os cargos e serviços auxiliares, por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos; a criação de planos de carreira para os seus servidores, com proposta submetida ao Poder Legislativo, a política remuneratória, a elaboração das folhas de pagamento, dentre outros. As garantias próprias dos membros são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, e, conforme já mencionado, não são privilégios de quem os aproveita, e sim, uma segurança à sociedade na defesa de seus direitos e no cumprimento do devido processo legal. Isso porque, estas garantias estão intimamente ligadas a princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito.

A vitaliciedade, após dois anos de efetivo exercício e cumprido satisfatoriamente o estágio probatório, consiste em que o membro do Ministério Público somente perderá o cargo por decisão judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos casos de prática de condutas incompatíveis com o seu exercício, *v.g.*, exercer a advocacia, ou de abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos, nos termos do art. 38, § 1º, da LONMP. A vitaliciedade permite aos membros do Ministério Público usufruir de certa liberdade quanto a opiniões públicas, atuando com técnica e transparência, sem temer pela perda do cargo, caso não se sujeite a influências coletivas (MORAES, 2004, p. 470).

A inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa, conforme art. 128, § 5º, I, *b*, da CR, permite igualmente que os membros da Instituição exerçam suas funções de forma a não sofrerem retaliações de quaisquer natureza nem ameaças decorrentes de sua atuação. Os Promotores e Procuradores somente estão sujeitos aos limites da Constituição, das leis e da sua própria consciência e ninguém, salvo por motivo de interesse público, poderá movê-los da sua esfera de atuação por não concordar com seus pareceres ou por qualquer outro motivo. A inamovibilidade reflete uma garantia de segurança à democracia e ao devido processo legal.

Ainda, os subsídios dos membros do Ministério Público não poderão ser reduzidos como forma de pressioná-los a exercer suas atribuições, violando, assim a garantia do livre exercício de suas funções. Essa prerrogativa auxilia na manutenção da dignidade, da independência e da vontade dos membros (MORAES, 2004, p. 470). Ao tratar da importância dessas garantias, Moraes (2004, p. 466) refere-se ao Poder Judiciário, trazendo ensinamentos aplicáveis ao Ministério Público, por lhe ser análogo:

Todas estas garantias, portanto, são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado, que causem lesão a direitos individuais ou coletivos.

E em relação à Instituição Ministerial firma o entendimento de que

As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, portanto, são garantias da própria sociedade, de que a Instituição, incumbida pela Constituição de ser a guardiã da legalidade formal e material das liberdades públicas, do regime democrático e da Separação de Poderes, contra os abusos do poder Estatal, não sofra pressões odiosas no exercício de seu mister (MORAES, 2004, p. 537).

Tão relevante é o objetivo dessas garantias que o art. 85, II, da Constituição, considera crime de responsabilidade do Presidente da República os atos atentatórios ao livre exercício do Ministério Público. A Carta Magna estabelece igualmente algumas vedações aos membros da Instituição, com o intuito primordial de atender os interesses da sociedade, como acontece com as prerrogativas ministeriais. Tais proibições se justificam pelo fato de terem natureza incompatível com a essência do exercício ministerial. Estão arroladas no inciso II, alíneas *a* a *e*, § 5º, art. 128, da CR:

II – as seguintes vedações:

- a)* receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b)* exercer a advocacia;
- c)* participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d)* exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e)* exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei.

Em estrita paridade com o Poder Judiciário, as restrições impostas aos membros do Ministério Público têm o condão de resguardar a sociedade e a própria Instituição de eventuais suspeições ou desconfianças quanto à transparência e retidão dos membros na condução de suas ações. Têm ainda a finalidade de preservar a exclusividade funcional para melhor satisfazer o interesse social.

## 2.1. Funções institucionais penais

A Constituição da República de 1988 cuidou de relacionar, em seu artigo 129, as funções institucionais do Ministério Público. Na área criminal, os incisos I, VI, VII, VIII e IX do mencionado artigo, determinam que a Instituição tenha a incumbência privativa de promover a ação penal pública, expeça notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, exerça o controle externo das atividades policiais na forma da lei complementar, requisite diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, dentre outras funções que sejam compatíveis com sua finalidade.

No entendimento de Paulo Rangel (2003, p. 173), os princípios da obrigatoriedade e da privatividade da ação penal pública, previstos no inciso I do art. 129 da Constituição, têm seu sustentáculo na “[...] necessidade de se garantir um processo penal justo” e trazem consigo a finalidade de se “[...] impedir o uso abusivo do poder” estatal. Correspondem às garantias prestadas ao indivíduo, que agiu de maneira conflitante com a legislação vigente, de que seus direitos constitucionais serão preservados quando da aplicação do Direito Penal e no curso do processo penal; que o ato praticado constitui crime porque foi anteriormente previsto em lei – o princípio da reserva legal; e de que a “[...] sua punição será medida extrema e de última opção do Estado diante das provas contundentes de sua culpa”. Portanto, para que não haja desequilíbrio na relação processual, ou seja, nem a sociedade fique desprotegida com eventual desinteresse estatal pelo processo, e nem que ocorra desrespeito aos direitos do acusado, surge a necessidade da atuação de um “[...] órgão isento de qualquer sentimento que não o de justiça”, o Ministério Público. Enfatiza, ainda, Rangel (2003, p. 173) que “[...] o Direito Penal e o Processo Penal *não* são instrumentos de punição, mas *sim* de garantia do cidadão” (grifo do autor).

A propositura da ação penal pública constitui uma imposição legal ao Estado, que, sem a qual, não poderá aplicar a pena ao infrator. A obrigatoriedade, de acordo com Rangel (2003, p. 174), “[...] surge diante da presença de um fato típico, ilícito e culpável” e consiste em um poder-dever outorgado ao Ministério Público com o fim de “[...] exigir do Estado-juiz a devida prestação jurisdicional a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal, restabelecendo a ordem jurídica violada.” O Estado legitima “um de seus órgãos a agir em seu nome.” Excepcionalmente, o ofendido poderá propor a ação penal em substituição ao Ministério Público, se este não oferecer a denúncia no prazo legal, conforme arts. 129, I, e 5º, LIX da Constituição, c/c o art. 29 do Código de Processo Penal.

O inciso VI do art. 129 da CR confere ao Ministério Público a atribuição de “[...] expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”. Conforme entendimento do mesmo

autor (RANGEL, 2003, p. 183), esta previsão constitucional trata da possibilidade da Instituição no âmbito de sua competência, civil e penal, realizar procedimentos investigatórios próprios. E isto inclui a investigação preliminar preparatória da ação penal. Hugo Mazzilli (2000, p. 58) possui idêntica opinião:

No inc. VI do art. 129, da Constituição, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para formar sua *opinio delictis*: se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas de matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. O inquérito civil nada mais é que um procedimento administrativo de atribuição ministerial. Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.

No que diz respeito à atribuição do Ministério Público para exercer o controle externo da atividade policial, prevista no inciso VII do art. 129 da Carta Magna, caberá à Instituição fiscalizar a atividade-fim da polícia, que consiste na realização de investigação para apuração de infrações penais. Não cabe ao MP controlar a corporação internamente em seus atos administrativos. Esse controle compete à Corregedoria de Polícia. Ao Ministério Público cumpre controlar as diligências imprescindíveis para a formação da *opinio delicti* (RANGEL, 2003, p. 187). Essa função institucional, no âmbito do Ministério Público da União, é disciplinada por sua Lei Orgânica, a Lei Complementar nº 75, de 20/05/93, em seu art. 9º, sendo oportuna sua transcrição:

### CAPÍTULO III DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Art. 9º - O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais, podendo:

- I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II – ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III – representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- IV – requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V – promover a ação penal por abuso de poder.

Os Estados que ainda não regulamentaram a matéria, através de leis orgânicas, podem e devem aplicar, subsidiariamente, não só o dispositivo acima, como também toda a Lei Orgânica do MPU (RANGEL, 2003, p. 188). Assim, as atividades desempenhadas pelas Polícias Militar e Civil voltadas para a persecução penal, serão objeto de controle externo Ministerial. Como observa Rangel (2003, p. 189), “[...] as funções constitucionais são bem delimitadas e o Ministério Público deve zelar para que toda a investigação seja feita nos exatos limites das atribuições de cada polícia, sob pena de se subverter o devido processo legal”.

A função ministerial subsequente, conferida pela Constituição no inciso VIII do art. 129, é a de poder requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais, com indicação dos fundamentos jurídicos nas manifestações processuais. Como conceitua Rangel (2003, p. 190), “[...] requisição é uma ordem que deve ser aceita, é exigência legal a qual a autoridade policial não pode se furtar de cumprir”.

Esse dispositivo constitucional revogou os arts. 5º, II, e 13, II, do Código de Processo Penal, que autorizavam o juiz a requisitar à autoridade policial diligências investigatórias, em virtude da aplicação do sistema acusatório vigente no Brasil, que atribui ao Poder Judiciário funções precipuamente garantistas. E, sendo o Ministério Público o destinatário final das informações obtidas na fase pré-processual do inquérito para a formação de sua *opinio delicti*, “deve exercer controle sobre todas as atividades persecutórias neste sentido, a fim de evitar que haja oferecimento de uma petição inicial penal inepta” (RANGEL, 2003, p. 191).

Por fim, o inciso IX do art. 129 da Carta Magna, tanto estende ao Ministério Público a possibilidade de exercer outras funções a ele conferidas, compatíveis com a sua finalidade, como veda-lhe o exercício de certas atividades que não atendam diretamente ao interesse social, “[...] a defesa de interesses meramente fazendários e a de interesses exclusivamente individuais [...]” (MAZZILLI, 2000, p. 247).

Em decorrência deste preceito, surge, entre nós, a conhecida discussão se o Ministério Público tem ou não legitimidade para conduzir a investigação criminal, atribuição conferida pela Constituição, *ab initio*, à Polícia Judiciária, em seu artigo 144, no Capítulo que trata da Segurança Pública. A Carta Magna não especifica quais sejam as “[...] outras funções” compatíveis com a finalidade do Ministério Público. Essa aparente omissão, portanto, ocasiona tal discussão, o que leva alguns autores a afirmarem que “[...] a Norma Constitucional não dispõe sobre a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigação criminal” (SILVA, 2005, p. 3), e outros a declararem que através de uma leitura sistemática da Constituição verifica-se a legitimidade do *Parquet* para tanto.

Um outro aspecto a ser analisado é a harmonia presente no inciso IX e no § 2º do mesmo art. 129, em que resta patente a proibição do Promotor *Ad hoc* previsto em legislações anteriores. As funções ministeriais só podem ser desempenhadas pelos membros da carreira que ingressaram na Instituição mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, sob pena de nulidade dos atos, se exercidas por pessoas estranhas aos quadros da carreira ministerial.

De igual modo, não mais se admite o processo penal *ex officio* instaurado pelo juiz, autoridade policial ou outro órgão que não o Ministério Público, com a exceção da hipótese prevista no art. 5º, LIX, da Constituição, c/c o art. 29 do CPP, em que se permite ao particular intentar ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, quando esta não for intentada no prazo legal.

### 3. Outras Formas de Investigação

#### 3.1. Polícia Judiciária

O art. 144, *caput* e incisos, da CR, assim dispõem:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;
- V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Ainda, os §§ 1º e 4º, do mesmo dispositivo constitucional, estabelecem que as incumbências de apurar as infrações penais no âmbito da União e dos Estados e de instaurar o inquérito policial ficam a cargo da Polícia Judiciária, que compreende, respectivamente, as Polícias Federal e Civil. Como aponta Denílson Feitoza Pacheco (2005, p. 5), dentre outras atribuições, a Polícia Judiciária constitui “[...] órgão que tem o dever de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandado de prisão ou mandado de busca e apreensão, à condução de presos para oitiva pelo juiz, etc.”

Conforme o § 6º do art. 144 da Constituição da República, as polícias militares e as civis, os corpos de bombeiros militares, as forças auxiliares e reserva do Exército, são subordinadas aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, ou

seja, ao Poder Executivo Estadual. Estes Órgãos responsáveis pela segurança pública não possuem a autonomia nem independência de que detém a Instituição Ministerial, prerrogativa concedida pela própria Constituição.

Essa dependência do Poder Executivo por parte das polícias constitui uma das críticas feitas pelos defensores da investigação criminal realizada pelo Ministério Público, pois, segundo eles, a Polícia Judiciária pode encontrar obstáculos ao necessitar investigar autoridades hierarquicamente superiores da Corporação, bem como agentes da classe política, justamente porque não possui a mesma autonomia funcional conferida ao MP. Como bem observa o Procurador de Justiça Rodrigo César Rebello Pinho (2004, p. A-3), [do Estado de São Paulo]:

A polícia judiciária, não obstante suas relevantes funções, não goza das mesmas prerrogativas jurídico-constitucionais [do MP]. É vinculada à estrutura orgânica do Executivo, e seus integrantes estão subordinados ao princípio hierárquico, vale dizer, podem a qualquer tempo ser removidos de suas funções, segundo a conveniência de seus superiores, que também podem avocar, a todo instante, a condução de investigações que estejam a cargo dos subordinados.

Conforme o art. 4º do CPP, a polícia judiciária tem por finalidade a apuração das infrações penais e sua autoria. A investigação se dá com o inquérito, e este se inicia de ofício, nos casos em que há prisão em flagrante, ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, quando este não dispuser de meios para oferecer a denúncia, ou, ainda, por intermédio de requerimento pelo ofendido. Nos casos de competência do Juizado Especial Criminal, de acordo com o art. 69, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.099/95, elabora-se apenas o Termo Circunstanciado de Ocorrência, em que se ouvem a vítima e o acusado, obtém-se a sua ficha de antecedentes criminais e marca-se a audiência no Juizado. Não há a elaboração da Nota de Culpa, pois não há prisão do acusado.

Os artigos 4º ao 23 do Código de Processo Penal fixam os procedimentos que devem ser adotados pela Polícia Judiciária para a elaboração e realização do inquérito policial. O Inquérito Policial não faz parte do processo penal, pois é um procedimento administrativo investigatório, não punitivo, a cargo do Poder Executivo. O Código de Processo Penal apresenta algumas características do Inquérito:

- a) escrito (art. 9º);
- b) oficial, haja vista que é elaborado por agente do Estado, o Delegado (art. 6º);
- c) indisponível, pois uma vez iniciado, não pode ser arquivado pelo Delegado (art. 17);



- d) inquisitivo, pela concentração da atividade nas mãos do Delegado (arts. 6º e ss.);
- e) sigiloso, para dar segurança à investigação e resguardar a dignidade da pessoa humana.

Essa característica, porém, não atinge o advogado, que tem assegurado o direito de poder examinar os autos de inquérito findos ou em andamento, conforme art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94. Para fins civis, não pode constar em certidão de antecedentes criminais a ocorrência de inquérito. Esse procedimento pré-processual tem como função apurar os fatos e auxiliar na formação da *opinio delicti*, o juízo de convicção do acusador, via de regra, o Ministério Público, e posteriormente do Juiz. Para iniciar o processo de oferecimento da denúncia é necessário haver indício do crime, ou seja, a autoria e a materialidade.

A Lei prevê, no art. 39, § 5º, do CPP, que o Ministério Público pode dispensar o inquérito caso esteja presente a justa causa, que é o lastro probatório, bem como sejam conhecidos o autor e a materialidade do crime. Apesar de prescindível, o inquérito policial tem a sua importância. É nesta fase que o Delegado ouve o acusado, e suas declarações constituem o seu primeiro momento de defesa, apesar de não haver o contraditório. Como analisa Moraes (2004, p. 125):

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

Nessa fase, também, mais próxima do ocorrido, são realizadas as primeiras provas, e estas auxiliarão na instrução do processo penal. Quando o juiz, já na fase processual, proceder ao interrogatório do acusado, via de regra, não haverá requerimento de outras provas. As que foram produzidas na fase preliminar serão, normalmente, utilizadas no momento processual. Desta forma, há entendimento de que na fase administrativa do inquérito, mais precisamente, na oitiva do acusado e das testemunhas, deveria haver a presença do advogado, para que se garantisse o contraditório, haja vista que as provas produzidas nesse estágio certamente auxiliarão na convicção do juiz.

### 3.2. Comissões Parlamentares de Inquérito

Há, ainda, em nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de investigação criminal não só pela Polícia Judiciária, como também pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. Plínio Salgado (2005, p. 44) ensina que, originadas na Inglaterra e desenvolvidas no

século XVII, especialmente após a edição da declaração de direitos *Bill of Rights*, a qual fortaleceu o poder de fiscalização, investigação e controle do poder público pelo Parlamento Inglês, as comissões parlamentares de inquérito “são órgãos auxiliares do Poder Legislativo na investigação de fatos determinados relativos a abusos ou ilegalidades denunciados, ou cujos indícios são constatados no âmbito do poder público, ou fora, com ele relacionado”. A Constituição Brasileira regulamentou essas comissões em seu art. 58, *caput* e § 3º, assim disposto:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

[...]

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

O Poder Legislativo tem sua função típica de criar leis, porém, não menos importante que esta, foi-lhe outorgada, pela Constituição, “[...] a função de controlar as ações da Administração Pública” (SALGADO, 2001, p. 12), com poderes “[...] apenas investigatórios, assegurando-se a requisição de informações e de documentos públicos e particulares, inclusive de instituições financeiras, e a quebra do sigilo telefônico” (SALGADO, 2005, p. 44).

Essa investigação se denomina inquérito parlamentar, e, por sua natureza investigatória, as comissões não têm o condão de julgar nem de impor penas, limitando-se “[...] a recomendar a adoção de medidas corretivas ou saneadoras de situações irregulares, instauração de processos punitivos [...] ou, ainda, de seu encaminhamento ao Ministério Público [...] para promoção da responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (SALGADO, 2001, p. 13/14).

Os poderes das CPI’s, conforme observa Plínio Salgado (2001, p. 82), “[...] não são ilimitados, mas se circunscrevem ao campo de atribuições legislativas, como decorrência mesma do princípio da tripartição dos Poderes”, sendo-lhes vedado “[...] o uso de prerrogativas que se inserem, constitucional e legalmente, na órbita de competência dos Poderes Executivo e Judiciário, dentre as quais de processar e julgar investigados e testemunhas” (SALGADO, 2005, p. 44).

Nos dias atuais, a sociedade presencia, constantemente, a atuação das CPI's no Congresso Nacional, pelo fato de reiterados escândalos de corrupção no ambiente político. Esta atuação demonstra que a sociedade está preocupada em controlar os atos praticados pelos agentes públicos que devem zelar pelo fiel cumprimento de suas obrigações, observando os princípios da moralidade, legalidade, probidade administrativa, transparência e tantos outros que regem a Administração Pública.

Finalmente, os atos praticados pelas CPI's devem estar em consonância com as normas constitucionais, legais e regimentais, e ficam submetidos ao exame do Poder Judiciário. Faculta-se ao investigado e às testemunhas o uso dos meios processuais hábeis, em especial o *habeas corpus* e o mandado de segurança, um ou outro, dirigido contra a autoridade coatora, o presidente da comissão, para se resguardarem de possíveis abusos de autoridade (SALGADO, 2005, p. 44).

#### **4. Princípios Constitucionais do Processo Penal Relativos à Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público**

O processo penal, assim como todos os outros ramos do Direito, possui princípios, que são raízes, como marcos iniciais, pelos quais se faz reger e que servem de base para toda a sua doutrina. Estes princípios têm sua origem na Constituição e por isto mesmo, como bem observa Tourinho Filho (2002, p. 15), refletem a política processual penal do Estado brasileiro e de sua cultura.

Quando se trata da investigação criminal direta pelo Ministério Público, há que se destacar alguns desses princípios, como o fez Rangel (2003), quais sejam, do devido processo legal, do contraditório, do promotor natural, do ônus da prova na ação penal condenatória, da publicidade dos atos processuais e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

O Princípio do Devido Processo Legal está insculpido no art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, e determina que seja necessário, tanto na fase pré-processual de investigação, quanto no processo em si, o devido respeito a todas as formalidades previstas em lei, ou seja, às regras básicas ditadas pelo legislador na norma válida e justa. Não se pode permitir o cerceamento da liberdade de um indivíduo ou a privação de seus bens sem que o procedimento adotado esteja em perfeita harmonia com a Constituição da República e com as leis vigentes (RANGEL, 2003).

O Princípio do Contraditório está previsto no art. 5º, LV, da CR e consiste no direito da parte acusada ser ouvida e se defender das acusações. Este princípio é inerente ao sistema acusatório em que as funções de acusar, julgar e defender são exercidas distinta e respectivamente pelo Ministério Público, Juiz e Advogado.

Para o mestre e doutor Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 23), o contraditório consiste não apenas na garantia de participação das partes no processo contribuindo para o convencimento do juiz e conseqüente provimento, como também na busca da igualdade processual, pelo atendimento ao princípio da *par conditio* ou paridade de armas. Em seu entendimento, o contraditório garante não somente o direito à informação dos fatos e alegações contrárias com o direito de reação por ambas as partes, mas também a oportunidade de resposta na mesma intensidade e extensão. Não há que se falar em contraditório na fase preliminar de investigação criminal, procedimento administrativo levado a efeito seja pela Polícia Judiciária seja pela Instituição Ministerial, pois ainda não há acusado, e sim investigado pela prática de uma infração penal (RANGEL, 2003). Conforme Moraes (2004), a fase investigatória é preparatória da acusação, constituindo, portanto, mero procedimento administrativo auxiliar na atuação do Ministério Público; logo, a ela não se aplica o contraditório.

O Princípio do Promotor Natural, em semelhança ao Princípio do Juiz Natural, é decorrência do princípio da independência funcional bem como da garantia constitucional de inamovibilidade, expressos nos arts. 127, § 1º e 128, § 5º, I, b, da CR. Este importante princípio garante a toda a sociedade que a ação penal privativa do Ministério Público será promovida por autoridade competente, devidamente investida no cargo e com atribuição para tanto, não podendo o membro do MP ser removido nem retirado de suas funções e de sua área de atuação, salvo nos casos estabelecidos em lei (RANGEL, 2003, p. 73). Essa garantia constitucional está prevista no art. 5º, XXXVII, da CR, *in verbis*: “[...] não haverá juízo ou tribunal de exceção” e no inciso LIII, do mesmo artigo: “[...] ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O Princípio do Ônus da Prova na Ação Penal Condenatória estabelece que o Ministério Público, no exercício da ação penal, tem o encargo de provar a acusação que faz. Os doutrinadores divergem no entendimento do art. 156 do CPP. Para Rangel, há os que sustentam que a divisão do ônus probatório é baseada no interesse da própria afirmação, ou seja, a quem alega competirá a prova. À parte acusadora cabe provar o fato constitutivo objeto da pretensão punitiva e ao réu as alegações da sua inocência, pelos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. Rangel não coaduna com este entendimento. Para ele, é necessário fazer uma interpretação constitucional do art. 156 do CPP, em que a liberdade do indivíduo é a regra. Se não se conseguir provar o alegado, o réu tem que ser absolvido. Dentro de um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, conforme disposto no art. 1º, III, da CR, não se pode entregar ao acusado o ônus da prova de sua inocência. Tudo isso se justifica pelo fato de que a atuação da Instituição Ministerial deve ser pautada pela legalidade e não pelo exercício arbitrário da pretensão acusatória.

O Princípio da Publicidade dos Atos Processuais visa garantir à toda a sociedade o direito de presenciar, conhecer e fiscalizar a atividade jurisdicional. É uma espécie de controle externo desta atividade que hodiernamente se impõe. As audiências, interrogatórios, oitiva de testemunhas e demais atos do processo, em geral, são públicos. Só serão sigilosos em alguns casos previstos expressamente em lei, para resguardar o interesse público. Conforme Rangel (2003), este princípio não se aplica na fase pré-processual de investigação, conduzida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, a fim de se garantir o sucesso na elucidação do fato por razões de interesse da sociedade.

O Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos estabelece limitação ao princípio da liberdade da prova, dentro de um processo ético que visa a continuidade do Estado democrático de direito. As limitações estão no âmbito tanto da prova ilícita quanto do meio como se adquire a prova. Muitas vezes, o documento probatório em si é lícito, porém, o modo como é obtido contraria a ordem jurídica estabelecida. Não se permite encontrar a verdade processual a qualquer custo em detrimento dos direitos e garantias fundamentais. Por isso há a limitação do art. 5º, LVI, da CR. Rangel (2003) ressalta por outro lado que, esta regra não é absoluta quando se trata de obtenção de prova ilícita, ou por meio não admitido em lei, pelo réu para comprovar a sua inocência. Isto porque o bem jurídico tutelado, a liberdade de locomoção, é de maior jaez que o sigilo das comunicações telefônicas, por exemplo. Há que se ponderar a proporcionalidade entre os bens contrastados e analisar que a obtenção ilícita da prova pelo acusado se justifica pelo estado de necessidade, excluindo assim a ilicitude.

Esses são alguns dos princípios pelos quais as autoridades com atribuições criminais no exercício de suas funções investigativas devem se pautar para a preservação do nosso Estado Democrático de Direito.

##### **5. Poder investigatório do Ministério Público: posições divergentes**

Muitos são os entendimentos a respeito da legitimidade e competência do Ministério Público para a investigação criminal direta. Há os que entendem não ter o Ministério Público esta incumbência, principalmente, porque o legislador constituinte originário não lhe teria atribuído, ao menos explicitamente, tal competência. Em outro extremo, estão os que entendem que, por meio de um estudo sistemático do texto constitucional e das legislações infraconstitucionais, dentre outros argumentos, a Instituição possui, sim, legitimidade para exercer a atribuição de investigar diretamente os crimes que se lhe apresentam. Erony da Silva (2005, p. 3) registra que “[...] durante a Assembleia Constituinte, a questão foi amplamente debatida e rejeitada”, que “[...] o Constituinte não deu espaço para o Ministério Público conduzir investigações criminais” e que a

Norma Constitucional não dispõe sobre esta possibilidade, do contrário, a expressão *requisitar diligências investigatórias* do art. 129, VIII da CR, seria outra, caso fosse o desejo para a permissão.

Para ele, é necessária toda a cautela na concessão de poderes, para que não seja o caso de se permitirem prerrogativas “[...] ao arrepio do que foi consagrado na nossa Carta Política”. Se assim acontecer, de se ignorar o texto constitucional, há o risco de se voltar ao tempo do *consta que*, no qual se toleravam “[...] as maiores barbaridades em nome de uma ‘ordem política e social’, que drenou a democracia para a vala das utopias e reduziu a cidadania ao silêncio e ao medo.” Qual seria o limite para se evitar ou ignorar o texto constitucional, em nome de *rigorosa apuração* ou para *agilizar a luta contra a corrupção*? Defende, no entanto, que o “Ministério Público deve agir sempre em parceria com a Polícia Judiciária, requerendo as investigações que entender pertinentes para o desempenho de sua nobre função de fiscal da lei” (SILVA, 2005, p. 4).

Para Marco Antônio Rodrigues Nahum (2004, p. A-3), Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a segurança pública, disciplinada no art. 144 da CR, constitui um bem jurídico do qual todos os membros da sociedade devem participar. Assegura que “[...] é um equívoco acreditar que a investigação, se levada a efeito pelo Ministério Público, reduzirá a criminalidade ou ainda que será realizada de forma mais eficaz do que aquela efetuada pelas polícias”. A redação constitucional já confere ao MP “[...] atribuições suficientes para dinamizar os inquéritos policiais”.

No entendimento do Professor José Barcelos de Souza (2004, p. 2), há duas razões que limitam a atividade investigatória da Instituição Ministerial: a falta de autorização legal e o fato de que existe legalmente outro órgão, a polícia, à qual cabe, embora sem exclusividade, a investigação criminal. A Constituição ou as leis infraconstitucionais não autorizam expressamente o Ministério Público a promover um *inquérito penal próprio*, ministerial, substituto do inquérito policial “[...] cuja elaboração [...] é atribuição legal da polícia”. Entretanto, não significa que não poderia promover uma investigação particular válida. Mesmo porque a todos é dada a faculdade de investigar. A imprensa, o particular, o Poder Legislativo e até o juiz, nos crimes de falência, são autorizados a investigar. Mais ainda o Ministério Público, que possui a função típica, privativa e indeclinável da ação penal pública, deve proceder a investigações prévias [...] para a exata apuração do fato e da autoria”. Esta investigação de crimes está relacionada com seu “[...] poder de fiscalizar a correta aplicação da lei”.

No mesmo sentido, o § 4º do art. 144 do CPP não exclui a competência de autoridades administrativas a quem a lei, expressamente, comete a mesma função de apuração das infrações e de sua autoria. Bem observa o Professor Barcelos (2004, p. 2) que o preceito consignado no art. 47 do CPP autoriza o MP a requisitar de quaisquer

autoridades ou funcionários “[...] documentos complementares ou novos elementos de convicção” que julgue necessários para auxiliá-lo na formação da sua *opinio delicti*. O desatendimento de tal requisição pode ensejar crime de desobediência e prevaricação. O Procurador de Justiça, Antônio de Padova Marchi Júnior (2004, p.4), ensina, com propriedade, qual a real finalidade da Constituição, no propósito de garantir o respeito aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito:

Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 inaugurou não só um federalismo cooperativo como, e conseqüentemente, uma administração pública cooperativa, ou seja: é dever de todos os entes federados, com seus Poderes e respectivos órgãos, desenvolver atividades de cooperação com o fito principal de ver realizados os fundamentos da República Federativa do Brasil expressos no art. 1º de nossa Constituição.

Marchi Júnior (2004, p. 4) afirma que a “Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público um relevo como nunca visto no Ordenamento Jurídico Constitucional brasileiro, bastando lembrar a sua tímida aparição na Constituição Federal de 1891”. No mesmo sentido, o Procurador de Justiça Nedens Ulisses Freire Vieira (2003), enfatiza que:

A Carta Política de 1988 não só assegurou ao Ministério Público a titularidade, *exclusiva*, da ação penal pública (art. 129, inc.I) como atribuiu-lhe o *poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva* (art. 129, inc. VI); requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, inc. VIII); e *exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade* (art. 129, inc. IX). Nesse contexto incluem-se os poderes próprios de investigação, que não lhe podem ser negados porque são inerentes às suas funções constitucionais em matéria criminal (grifo do autor).

José Luiz Quadros de Magalhães (2004, p. A.9) ilustra bem o seu pensamento a este respeito, mencionando que “[...] embora a Constituição de 88 não tenha dito expressamente tratar-se o MP de um quarto poder, o texto em uma leitura sistêmica, assim o caracteriza [...]. Qualquer tentativa de subordinar essa função de fiscalização típica [...] é tentativa de reduzir os mecanismos de controle democrático e inconstitucional”. Complementa Pinho (2004, p. A-3), sobre a importância da preservação do Estado Democrático de Direito e como o MP pode ser poderoso auxiliador na elucidação de crimes de maior repercussão no país:

A realização de investigações criminais pelo Ministério Público deve ser preservada para a plenitude do Estado Democrático de Direito. Não constitui novidade. Desde a edição do Código de Processo Penal, em 1941, já se entendia que os promotores de justiça podiam efetuar investigações por meios próprios, tendo em vista que o inquérito policial nunca foi indispensável para a propositura da ação penal [...] Assim, graças a investigações feitas pelo Ministério Público de São Paulo, foi desvendada a autoria de diversos crimes, tais como os praticados pelo famigerado 'Esquadrão da Morte'. Nem a ditadura militar, que utilizou algumas lideranças daquela organização para combater seus opositores, patrocinou qualquer restrição legal às atribuições do Ministério Público.

Mazzilli (1996, p. 401) reconhece que, “[...] em matéria criminal, as investigações diretas ministeriais constituem exceção”, mas, esta se impõe, principalmente, nos seguintes casos: quando os crimes foram cometidos por policiais e autoridades, nos quais a polícia não está em situação adequada para investigar, dada sua condição de subordinação ao governo e à administração; quando há dificuldade ou desinteresse por parte da polícia em conduzir as investigações, como ocorreu no caso do *Esquadrão da Morte*, em São Paulo, em que a Instituição Ministerial atuou corajosa e persistentemente sob a direção do Procurador de Justiça Hélio Bicudo, confirmando o exercício do controle externo sobre a atividade policial atribuído pela Constituição; ainda, a investigação é admitida nos casos de infração cometida por membros do próprio Ministério Público, pelo Procurador-Geral, atribuição concedida no parágrafo único do art. 18 da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Pacelli (2004, p. 50) reconhece que “[...] a legitimação do *parquet* para a apuração de infrações penais tem, de fato, assento constitucional, [...]” inclusive outorgando-lhe a “[...] titularidade para o exercício de investigações preliminares [...], acerca de matéria incluída entre as suas atribuições”. Um outro entendimento, que não admite a função de investigação ministerial, fundamenta-se na alegação de que o Ministério Público é parte no processo. No sistema acusatório, empregado no Brasil, as funções processuais devem ser separadas. A parte não pode investigar, pois acarretaria a parcialidade.

De acordo com Mazzilli (2000, p. 217), não procede o argumento de que se o Ministério Público conduzir a investigação criminal, será parcial na sua função de promover a justiça, pois o MP não é parte material no processo, e sim, parte processual formal ou instrumental, por vários motivos, quais sejam: o direito de punir que promove não é dele, e sim do Estado; não tem interesse unilateral em contraposição ao interesse de outrem; e nem tem interesse particular fora ou durante o processo. Na análise do autor, a Instituição é parte no sentido técnico e processual no início da ação penal, quando produz provas, debate a causa ou recorre. A imparcialidade pode ser entendida



no sentido não-técnico, moral, como fiscal da lei, pois “[...] não tem um interesse material fora do processo contraposto ao interesse do réu.” Mesmo quando pede a absolvição, por ser moralmente imparcial, continua sendo parte, pois tem ônus e faculdades processuais, “[...] podendo influir no curso do processo”.

Outro entendimento contrário à investigação ministerial, com o qual o Promotor de Justiça Rogério Felipeto (2003) não coaduna, baseia-se no raciocínio de que a Constituição atribuiu exclusividade e monopólio da atividade investigatória à Polícia, principalmente quanto às organizações criminosas, e, como consequência, retira a possibilidade de investigação ministerial. Essa corrente afirma que o legislador só não deu exclusividade à Polícia Civil porque a Polícia Militar também precisa investigar os crimes militares. Não concorda com essa posição o Professor José Barcelos (2004, p. 3), que, em resumo, aponta que “[...] o fato de caber à polícia as investigações penais não seria obstáculo a que outro órgão fosse autorizado a fazê-las, também oficialmente, a menos que para isso tivesse a polícia exclusividade, dada pela Constituição”.

Não pode, porém, a Instituição Ministerial realizar esta atividade nos moldes de um inquérito policial oficial, pois essa é função da polícia. Do contrário, admitir-se-ia a “[...] realização de dois inquéritos oficiais com um mesmo objetivo, sem razão plausível” (SOUZA, 2004, p. 3). Mesmo porque, como visualiza Pacheco (2005, p. 6) o “Ministério Público tem, reiterada e publicamente, declarado que não deseja presidir inquérito policial”. Marchi Júnior (2004, p. 4) acrescenta que, do art. 129, I, da Constituição Federal, infere-se que:

O Ministério Público não pode jamais ser um simples espectador passivo da investigação criminal a cargo, *prioritariamente*, e não *privativamente*, da Polícia Judiciária [...]. O constituinte originário, embora tenha se afastado do modelo de direção da investigação criminal pelo Ministério Público [...], em nenhum momento concedeu o monopólio da investigação à Polícia Judiciária.

Conforme Felipeto (2003, p. 7), “[...] o raciocínio da exclusividade da investigação policial exclui não só o Ministério Público, mas também outras instituições, em prejuízo do interesse público”. Como tratado anteriormente, o inquérito policial é peça meramente informativa, auxiliar na formação da *opinio delicti*, tornando-se perfeitamente dispensável, caso o Ministério Público ou o próprio ofendido já possuam os elementos capazes de fundamentar a denúncia ou a queixa. Esses elementos, portanto, poderão, com toda certeza, ser obtidos através de investigações próprias.

Mais claramente, Pacheco (2005, p. 5) esclarece que o § 4º do art. 144 da CR trata de duas funções distintas cabíveis às Polícias Cíveis, quais sejam, a de polícia judiciária,

que compreende o dever de auxiliar o Poder Judiciário no cumprimento das ordens judiciais de mandado de prisão e busca e apreensão, condução de presos para o interrogatório, dentre outras; e a função de apurar infrações penais. Estas atribuições são distintas e, neste raciocínio, percebe-se que a exclusividade da Polícia Federal para exercer as funções de polícia judiciária da União, concedida pela Constituição no inciso IV, do § 1º, do art. 144 não trata de exclusividade para a apuração de infrações penais. Acrescenta, ainda que:

Os poderes investigatórios do Ministério Público e de outras autoridades administrativas em nada diminuem o poder das polícias, pois há crimes e investigações muito além do suficiente para todo mundo. No mundo, parece-nos que há apenas dois países em que a polícia tem exclusividade de apuração de infração penal. A tendência mundial é a de fortalecimento do poder investigatório do Ministério Público, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha, Itália e Portugal.

Conciliando este dispositivo com o *caput* do art. 144, que estabelece que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos, conclui-se que qualquer pessoa é legítima para investigar, não sendo exclusividade da polícia federal ou civil a investigação criminal. Tanto é assim, que há outras formas de investigação, *v.g.* a Polícia Militar investiga os crimes cometidos por militares, as CPI's investigam os atos dos agentes da Administração Pública. A Polícia Judiciária, pelo fato de não ter independência em relação ao Poder Executivo, muitas vezes encontra barreiras para investigar autoridades políticas ou do próprio corpo policial.

Entretanto, o Ministério Público, no exercício da investigação, à luz dos arts. 5º, XI e XII, e 129, VI, da CR, necessitará de autorização judicial para, por exemplo, realizar busca e apreensão em domicílio, ou interceptar ligações telefônicas. O posicionamento favorável à investigação preliminar realizada pelo Ministério Público reconhece que esta atribuição não substitui as funções da Polícia, especialmente pelo fato de o MP não possuir corpo técnico e nem infra-estrutura para tanto. O Procurador de Justiça Marchi Júnior (2004, p. 4), defende, outrossim, uma atuação conjunta para melhor atender às necessidades constantes da sociedade. Cada um, na realização de suas atribuições, tem suas peculiaridades, que, se entrelaçadas, só trazem resultados mais favoráveis a todos:

Destarte, tem-se que a atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia Judiciária é fundamental, não havendo hierarquia entre ambos. O Ministério Público precisa da atividade policial porque tem limitações de ordem funcional, técnica e de infra-estrutura. A Polícia Judiciária, por sua vez, não raramente precisa escudar-se na autonomia administrativa e funcional do

Ministério Público para melhor desenvolver suas atividades de investigação. Assim, tem-se que a Polícia e o Ministério Público não devem e nem precisam disputar o poder ou competência de investigar; devem e precisam construir uma ação articulada, com o escopo precípua de apurar melhor e com mais eficácia as infrações criminais, principalmente aquelas que causam um dano generalizado a toda a sociedade.

Com maior rigor, o Procurador de Justiça Pinho (2004, p. A-3) defende que:

A interpretação sistemática da Constituição não autoriza esse entendimento [monopólio da investigação pela polícia judiciária]. É inconcebível que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal e destinatário final das apurações, seja reduzido à condição de mero expectador da atividade investigatória e de simples transmissor de seu conteúdo ao Poder Judiciário.

O juiz Nahum (2004, p. A-3) afirma que “[...] a ninguém interessa que o Ministério Público seja um ‘mero despachante’ ou ‘repassador de provas’ em relação às polícias. [...] Entre as instituições constitucionais não reside uma ‘relação de mando’, mas de cooperação”. Rangel (2003, p. 148) traz a sua posição a respeito, ao afirmar que:

A persecução penal feita, diretamente, pelo Ministério Público, encontra amparo assim, na própria Constituição, pois, na medida em que se lhe entrega a defesa da ordem jurídica e dos direitos e garantias fundamentais, deve-se-lhe entregar também os meios pelos quais irá atuar para exercer tal mister. Até para que possa conter os abusos por parte dos agentes públicos que possuem função de investigar.

Conforme o autor, se o MP tem o poder-dever de promover a ação penal pública, precisa ter em mãos as informações necessárias à formação de sua *opinio delicti*. A máxima que diz “[...] quem pode o mais pode o menos” aplica-se ao *Parquet* nesta situação, tendo em vista que o titular da ação penal pública, “[...] com muito mais razão, pode e deve colher, direta e pessoalmente, as provas necessárias para propositura da mesma ação” (RANGEL, 2003, p. 177). Como enfatiza Mauro Fonseca Andrade (2001, p. 87):

Dentre os argumentos contrários, há os que procuram cercear a investigação ministerial, ora atacando o Ministério Público, ora atacando o Poder Judiciário, ora, por fim, desvirtuando a interpretação e aplicabilidade de princípios processuais seguidos internacionalmente. Da mesma forma, nos deparamos com a

existência de argumentos favoráveis, também desprovidos de embasamento legal, mas que encontram amparo junto à necessidade social e realidade de nosso sistema policial.

Portanto, se o texto constitucional atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, podendo requisitar diligências e a instauração do inquérito policial, está apto a investigar, conduzir, ordenar buscas e apreensões mediante autorização judicial, como acontece com a Polícia, enfim, tudo o que for necessário para o bom andamento de suas funções e atendimento das expectativas da sociedade. Não há porque a Instituição ser mera expectadora da fase investigatória.

Há, por fim, uma insatisfação e desconforto, por parte de alguns autores, com relação ao que chamam de *seletividade* nas investigações. Para o juiz do TACRIM – SP, Nahum (2004, p. A-3), por vezes há uma *escolha*, pelo Ministério Público, de casos mais relevantes e de maior repercussão, o que poderá resultar em prejuízo para o sistema investigativo policial traçado na Constituição.

No entendimento do Promotor de Justiça Marcelo Cunha de Araújo (2005), o Ministério Público investiga não só os casos de maior repercussão. O que deve acontecer, muitas vezes, é que, por envolver destacadas personalidades, as investigações são veiculadas na imprensa nacional e, via de consequência, tomam extensas proporções. Afirmo ainda, que as instituições em geral buscam com maior afinho elucidar os crimes mais gravosos à sociedade.

Essas são, portanto, algumas das divergentes posições que permeiam a discussão relativa à legitimidade da investigação criminal efetuada pelo Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal há algum tempo reconhecia, com unanimidade, a natureza constitucional de tais atribuições:

EMENTA: - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O

poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido. MS 21729/DF- DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 05/10/1995 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 19-10-2001.

EMENTA: - Habeas Corpus. 2. Não cabe, em habeas corpus, discutir fatos e provas já considerados pela Corte competente, no aresto que recebeu a denúncia e nos limites do juízo de delibação aí cabível. 3. No caso, não é possível, desde logo, afirmar a improcedência da denúncia. Tratando-se de fato típico e havendo indícios de autoria e materialidade, impõe-se o prosseguimento da ação penal. 4. Com apoio no art. 129 e incisos, da Constituição Federal, o Ministério Público poderá proceder de forma ampla, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito. Dispondo o promotor de elementos para o oferecimento da denúncia, poderá prescindir do inquérito policial, haja vista que o inquérito é procedimento meramente informativo, não submetido ao crivo do contraditório e no qual não se garante o exercício da ampla defesa. 5. Conversão do julgamento de 10.11.98 em diligência para que os impetrantes formalizassem, em petição, o fundamento novo invocado da tribuna, com apoio no fato do arquivamento da Representação e à vista do conteúdo do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 6. Arquivamento do procedimento administrativo disciplinar contra o paciente, tendo em conta que os fatos já estavam sendo apurados na ação penal. Irrelevância, em face

da autonomia das instâncias administrativa e penal. 7. Habeas corpus indeferido e cassada a liminar. HC 77770 / SC - SANTA CATARINA HABEAS CORPUS Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 07/12/1998 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 03-03-2000.

Entretanto, o Pretório Excelso vem alterando sua orientação e atualmente as decisões não são pacíficas:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido. RE 233072 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM Julgamento: 18/05/1999 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 03-05-2002.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido. RE 205473 / AL – ALAGOAS RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 15/12/1998 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 19-03-1999.

Em breve, a Suprema Corte deverá pronunciar-se sobre a admissão ou não pela Constituição das investigações diretas. (SILVA, 2005, p. 3).

## 6. Resolução do Ministério Público Relativa à Investigação Criminal

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais editou, em conjunto com a Corregedoria Geral do Ministério Público, a Resolução PGJ CGMP nº 2, de 14 de setembro de 2004, publicada em 18 de setembro de 2004, que regulamenta o art. 67, I, da Lei Complementar nº 34 de 12 de setembro de 1994, e disciplina, no âmbito de sua atuação, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal, dentre outras providências. Tal procedimento constitui instrumento de natureza administrativa e inquisitória, com a finalidade de obter os esclarecimentos necessários à apuração de infrações penais de ação penal pública (art. 1º).

O Procedimento Investigatório Criminal não tem como propósito substituir a investigação policial, levada a efeito através do inquérito policial, pois é instaurado no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, tendo a Resolução regulamentado essa forma de investigação. O parágrafo único do art. 1º da Resolução estabelece que a instauração do Procedimento Investigatório Criminal não exclui a possibilidade de investigação por outros órgãos da Administração Pública, e, em semelhança ao inquérito policial, não constitui pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal. Entendemos que a regulamentação desse procedimento encontra-se em perfeita harmonia com a legislação e busca atender aos interesses da sociedade, principalmente, no que diz respeito à eficiência na investigação dos crimes. Transcrevemos, na íntegra o teor da Resolução:

### RESOLUÇÃO CONJUNTA PGJ CGMP Nº 2, DE 14 DE SETEMBRO DE 2004

Regulamenta o art. 67, I, da Lei Complementar nº 34, de 12 de setembro de 1994, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal, e dá outras providências.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso da atribuição que lhe é conferida pelo art. 18, LV, da Lei Complementar nº 34/94, em conjunto com o Corregedor-Geral do Ministério Público de Minas Gerais e com anuência, por unanimidade, da Câmara de Procuradores de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais, Considerando que o exercício da ação penal não depende exclusivamente de prévio inquérito policial;

Considerando o que dispõem o art. 26 da Lei nº 8.625/93, o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, o art. 67 da Lei Complementar nº 34/94 e o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal;

Considerando que o Brasil, como Estado-parte de Convenções

Internacionais de Direitos Humanos e de outros instrumentos internacionais, comprometeu-se a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que os Estados-membros do Brasil devem, na defesa dos direitos humanos, priorizar a investigação e o combate aos delitos que colocam em xeque a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a exemplo de tortura, execuções sumárias, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, corrupção, etc;

Considerando a necessidade de disciplinar, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal;

Considerando a orientação expedida pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais no sentido de se uniformizar os procedimentos investigatórios criminais conduzidos pelo Ministério Público;

Considerando a necessidade de se efetivar o combate à criminalidade, primando pelo resguardo do poder punitivo estatal, resolve:

#### CAPÍTULO I DA DEFINIÇÃO E FINALIDADE

Art. 1º O Procedimento Investigatório Criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitória, instaurado e presidido pelo Ministério Público, e terá por fim a obtenção dos esclarecimentos necessários à apuração de infrações penais de ação penal pública.

Parágrafo único. O Procedimento Investigatório Criminal:

- I - não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos da Administração Pública;
- II - não constitui pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal.

#### CAPÍTULO II DA INSTAURAÇÃO

Art. 2º O Procedimento Investigatório Criminal poderá ser instaurado:

I - de ofício, pelo membro do Ministério Público com atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, entre os quais:

- a) comunicação originada de outro membro do Ministério Público, de autoridade judicial ou policial ou ainda de qualquer outra autoridade;
- b) requerimento de qualquer pessoa do povo;



c) representação da vítima ou de seu representante legal quando a lei a exigir.

II - pelo membro do Ministério Público designado pelo Procurador-Geral, em caso de discordância da promoção de arquivamento de peças informativas ou do indeferimento do pedido de instauração;

§1º Da decisão que indefere o requerimento de instauração de Procedimento Investigatório Criminal, caberá recurso para o Procurador-Geral de Justiça, no prazo de 10 (dez) dias.

§2º A designação a que se refere o inciso II deverá recair sobre membro do Ministério Público diverso daquele que promoveu o arquivamento.

Art.3º O Procedimento Investigatório Criminal será instaurado por portaria, devidamente registrada e atuada, com a indicação do objeto a ser investigado, e deverá conter:

I - a descrição do fato objeto de investigação ou esclarecimentos e o meio ou a forma pelo qual dele se tomou conhecimento;

II - o nome e a qualificação do autor da representação, se for o caso;

III - a determinação das diligências iniciais.

Parágrafo único. Se, durante a instrução do procedimento investigatório criminal, for constatada a necessidade de investigação de outros fatos, o membro do Ministério Público poderá aditar a portaria inicial ou determinar a extração de peças para instauração de outro procedimento investigatório criminal.

Art. 4º Em poder das peças informativas, o membro do Ministério Público poderá:

I - promover a ação penal cabível;

II - instaurar Procedimento Investigatório Criminal;

III - encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo;

IV - promover fundamentadamente o respectivo arquivamento;

V - requisitar a instauração de inquérito policial.

### CAPÍTULO III DA INSTRUÇÃO

Art. 5º Sem prejuízo de outras providências inerentes à sua atribuição funcional e legalmente previstas, o membro do Ministério Público, na condução das investigações, poderá:

I - fazer ou determinar a execução de vistorias e inspeções;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, do Estado e dos Municípios;

III - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

IV - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva,

nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;

V - acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;

VI - acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidos pela autoridade judiciária.

§1º O prazo fixado para resposta às requisições do Ministério Público será de 10 (dez) dias úteis, a contar do recebimento, salvo em caso de relevância e urgência ou em casos de complementação de informações.

§2º Ressalvadas as hipóteses de urgência, as notificações para comparecimento devem ser efetivadas com antecedência mínima de 48 horas, respeitadas, em qualquer caso, as prerrogativas legais pertinentes.

§3º A notificação deverá mencionar o fato investigado e a faculdade do notificado de se fazer acompanhar por advogado.

§4º No exercício de suas funções, ou para assegurar o cumprimento de suas determinações, o membro do Ministério Público poderá requisitar o auxílio de força policial.

Art. 6º O Ministério Público, na condução do Procedimento Investigatório Criminal, ouvirá o(s) investigado(s), salvo:

I - se houver dificuldade justificada em fazê-lo;

II - em situações justificadas de urgência;

III - se, de algum modo, venha a acarretar prejuízo à eficácia dos provimentos jurisdicionais cautelares.

§1º A oitiva do(s) investigado(s) será realizada preferencialmente ao final do Procedimento Investigatório Criminal.

§2º Na notificação, o investigado será cientificado desta condição e da faculdade de se fazer acompanhar por advogado.

§3º O investigado poderá, no curso do Procedimento Investigatório Criminal, requerer a juntada de documentos e outras diligências.

Art. 7º As diligências serão documentadas em auto circunstanciado.

Art. 8º As declarações e os depoimentos serão tomados por termo.

Art. 9º Quando necessária, a diligência poderá ser deprecada ao membro do Ministério Público local, assinalando-se prazo razoável para cumprimento, sendo facultado ao membro do Ministério Público deprecante o acompanhamento da(s) diligência(s).

Parágrafo único. A depreciação poderá ser feita por qualquer meio hábil de comunicação, devendo ser formalizada nos autos.

Art. 10. Para fins de instrução do Procedimento Investigatório Criminal ou ajuizamento de ação penal dele decorrente, as

cópias de documentos originais poderão ser autenticadas pelo membro do Ministério Público ou por servidor designado.

Art. 11. A pedido da pessoa interessada, será fornecida comprovação escrita de comparecimento.

Art. 12. O Procedimento Investigatório Criminal deverá ser concluído no prazo de 6 (seis) meses, permitidas, se necessário, prorrogações por iguais períodos, mediante motivação, com comunicação ao Procurador-Geral de Justiça.

#### CAPÍTULO IV DA PUBLICIDADE

Art. 13. Os atos e as peças do Procedimento Investigatório Criminal são públicos, nos termos desta Resolução, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público.

Parágrafo único. A publicidade consistirá:

I - na expedição de certidão, mediante requerimento da parte diretamente interessada, do Poder Judiciário, do Ministério Público e de outros órgãos públicos;

II - na concessão de vistas dos autos, nos termos do inciso I deste artigo;

III - na extração de cópias, nos termos do inciso I deste artigo;

IV - na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do Procedimento Investigatório Criminal, observados o princípio da não culpabilidade e as hipóteses legais de sigilo.

Art. 14 O sigilo das investigações poderá ser decretado pelo presidente do Procedimento Investigatório Criminal, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato o exigir, observadas as garantias legais do investigado e de seu advogado.

Parágrafo único. O sigilo em relação ao investigado ou seu advogado deverá ser decretado judicialmente.

#### CAPÍTULO V DA CONCLUSÃO E DO ARQUIVAMENTO

Art. 15. A conclusão do Procedimento Investigatório Criminal será comunicada ao Procurador-Geral de Justiça e, se for o caso, a denúncia será oferecida no prazo legal contado desta data.

Art. 16. Se o Presidente do Procedimento Investigatório Criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação penal pública, deverá promover o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente.

Parágrafo único. A promoção de arquivamento será apresentada ao Juízo competente na forma do art. 28 do Código de Processo Penal.

Art. 17. Se houver notícia de outras provas relevantes, poderá o membro do Ministério Público requerer o desarquivamento dos autos.

#### CAPÍTULO VI DAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Art. 18. Ressalvadas as substituições decorrentes de faltas e impedimentos legais, caberá ao membro do Ministério Público que detenha a respectiva atribuição:

- I - receber, após protocolo e distribuição, as representações, notícias-crimes e peças informativas;
- II - instaurar e presidir o Procedimento Investigatório Criminal.

§1º O conflito de atribuições será dirimido pelo Procurador-Geral, nos termos da Lei Orgânica respectiva.

§2º É admitida a atuação simultânea no mesmo Procedimento Investigatório:

- I - de mais de um membro do Ministério Público;
- II - entre membros do Ministério Público da União e dos Estados.

Art. 19. Incumbe ao Procurador-Geral:

I - instaurar e presidir o Procedimento Administrativo Investigatório, pessoalmente ou mediante delegação, quando a autoridade noticiada ou investigada gozar de prerrogativa de foro em razão da função, conforme disciplinado na Constituição da República e na Constituição Estadual;

II - expedir e encaminhar as requisições e notificações, quando tiverem como destinatários:

- a) Chefe do Poder Executivo da União ou dos Estados;
- b) Ministros de Estado ou Secretários Estaduais;
- c) membros do Congresso Nacional ou das Assembléias Legislativas;
- d) membros dos Tribunais de Contas da União e dos Estados;
- e) membros do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores, ou ainda dos órgãos do Poder Judiciário em segundo grau de jurisdição;
- f) membros do Ministério Público no último grau da carreira ou que atuem perante o Poder Judiciário em segundo grau de jurisdição.

#### CAPÍTULO VII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 20. Na instrução do Procedimento Investigatório Criminal aplicam-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente, asseguradas as prerrogativas previstas na Lei nº 8.906/94.

Art. 21. A qualquer momento da investigação, diante de abuso ou omissão do membro do Ministério Público, mediante decisão fundamentada e aprovada previamente pelo Conselho Superior do Ministério Público, poderá o Conselho Superior do Ministério Público designar outro membro do Ministério Público para o Procedimento Investigatório Criminal.

Art. 22. Cada Promotoria de Justiça ou Procuradoria da Justiça manterá controle atualizado do andamento de seus Procedimentos Investigatórios Criminais, remetendo-o, anualmente, ao Centro de Apoio Operacional Criminal, para fins estatísticos e de conhecimento.

Art. 23. Os membros do Ministério Público deverão promover, no prazo de 6 (seis) meses, se for o caso, a conversão, em Procedimento Investigatório Criminal, das peças informativas em trâmite.

Art. 24. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 2004.

NEDENS ULISSES FREIRE VIEIRA

Procurador-Geral de Justiça

ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR

Corregedor-Geral do Ministério Público

## 7. Conclusões

Após essas reflexões, concluímos que a Instituição Ministerial, ao longo de sua história, sofreu modificações importantes em sua estrutura e funcionamento. A Constituição da República, em 1988, concedeu ao Ministério Público *status* privilegiado bem como relevantes funções, com o propósito de garantir à sociedade efetividade nos seus direitos fundamentais. Todas as funções, prerrogativas, e vedações estabelecidas para a Instituição demonstram sua proeminente missão.

Assim como existem outras formas de investigação, além da Polícia Judiciária, como as CPI's, a imprensa e o particular, o Ministério Público também está apto a realizar investigações, principalmente, para auxiliá-lo na formação de sua *opinio delicti* em sua função privativa da ação penal pública. Entendemos que não traz nenhum prejuízo para a sociedade o fato de o Ministério Público atuar nas investigações, visto que, em tese, qualquer pessoa ou Instituição pode investigar, e ainda pelo fato de que quanto mais se puder cercear as atuações criminosas, melhor. Principalmente, nos dias de hoje, em que o aumento da criminalidade traz insegurança à população, a atuação de mais órgãos contra o crime acarretará menor impunidade.

Acreditamos que a discussão e as opiniões contrárias a esta investigação pelo MP são impulsionadas por diversas razões, dentre as quais, as de interesses processuais contrapostos. Talvez porque não interesse a certos grupos da sociedade que o Ministério Público tenha a atribuição de investigar diretamente; ou talvez porque queiram ocultar a exemplar dedicação com que os membros do *parquet* se empenham na luta contra os crimes, ou mesmo por motivos ideológicos de natureza profissional. Porém, não se pode negar ou ignorar o notável papel que desempenha a Instituição Ministerial. Pelo fato de ter independência funcional e não estar subordinada a nenhum Poder, a não ser às normas constitucionais e legais e à própria consciência de seus respectivos Órgãos de Execução, chega a ser quase nula a possibilidade de manipulação ou corrupção de seus membros. Não que o Ministério Público esteja acima de qualquer suspeita, ou acima do bem e do mal, mas torna-se menos provável a sua influência para a corrupção. Ademais, o trabalho que realiza perante a sociedade, sem dúvida, traz benefícios a todos.

Podemos citar muitos exemplos de atuação direta, eficaz e bem-sucedida do MP no desvendamento de crimes com a agilidade que é necessária. O episódio da chacina de Unaí/MG é um deles, em que o Ministério Público Federal agiu com distinta competência e agilidade, e os criminosos foram encontrados; no caso do desmantelamento da quadrilha que adulterava combustíveis em Belo Horizonte, que infelizmente custou a vida do Promotor Francisco José Lins do Rêgo, os infratores já foram sentenciados; no caso da morte da modelo fotográfica, em Belo Horizonte, em que já havia sido arquivado o processo com conclusão de suicídio, após as investigações ministeriais a denúncia foi oferecida contra pessoa influente que mantinha relações com a vítima. Em tantos outros episódios, o MP demonstrou que sua atuação, em parceria com a Polícia ou não, só proporciona benefícios para toda a sociedade.

Hoje, em diversas circunstâncias, as pessoas procuram não uma delegacia, mas a promotoria com o objetivo de que seja apurado algum crime de que foram vítimas ou de que tiveram ciência. Seria razoável que o titular da ação penal, o MP, dissesse à vítima, já tão abalada pelas circunstâncias, que procurasse um posto policial mais próximo, pois somente a autoridade policial poderia proceder à persecução penal através da investigação e, que, lamentavelmente, não poderia fazer nada por ela? Evidentemente, não. Faz-se necessário analisar o texto constitucional de forma sistemática, em consonância com todo o ordenamento jurídico. Ademais, é cediço que, quanto a direitos, as normas jurídicas devem ser interpretadas extensivamente, e não de forma restrita, como pretendem alguns.

É necessário refletirmos acerca da real necessidade de termos Instituições comprometidas com o verdadeiro propósito de um Estado Democrático de Direito. Concluímos, portanto, com o entendimento favorável à competência e legitimidade do Ministério Público para a realização de investigações criminais.

## 8. Referências bibliográficas

ACCIOLI, Wilson. *Instituições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2001.

FELIPETO, Rogério. Monopólio da investigação criminal. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, a. 3, n. 39, p. 5-7, set. 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Jornal O Tempo*, Belo Horizonte, 3 ago. 2004.

MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova; AMARAL, Caroline Scofield. (Re)pensando a atribuição investigatória do Ministério Público: argumentos de ordem constitucional e limites funcionais. *Boletim Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, a. 3, n. 46, p. 3-5, mai. 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, aprovada pela Lei n. 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. Constituição e investigação criminal. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 abr. 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3. ed., 2.tir., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denílson Feitoza. Investigação criminal pelo Ministério Público. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, a. 4, n. 60, p. 5-7, ago. 2005.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Investigação criminal e Ministério Público. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 fev. 2004.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. CPI: Uma noção geral. *Revista Del Rey Jurídica*. a. 7, n. 15. 2º sem. 2005.

SILVA, Erony da. Pode o Ministério Público conduzir investigação criminal? *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, a. 4, n. 60, p. 3-4, ago, 2005.

SOUZA, José Barcelos de. Investigação direta pelo Ministério Público. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, a. 3, n. 49, p. 2-4, ago. 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEIRA, Nedens Ulisses Freire. *A investigação criminal pelo Ministério Público*. Palestra proferida no Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça. Brasília, 2003.



## 2. JURISPRUDÊNCIA

### Oferecimento de denúncia em crime de autoria coletiva

EMENTA: HABEAS CORPUS. ARTIGOS 213 E 214, C/C 224 E 226, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O trancamento da ação penal é medida excepcional, somente admitida quando constatada, *prima facie*, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria.
2. Narrando a denúncia fatos configuradores de crime em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal, na via do *habeas corpus*.
3. A doutrina e jurisprudência são acordes ao lecionarem que nos crimes de autoria coletiva não há a necessidade da denúncia ser detalhada, haja vista a natureza do crime. Assim, não há como se definir, *prima facie* o *modus operandi* de cada um dos participantes do delito.
4. Ordem prejudicada, com relação ao paciente (xxxxxxx), e denegada quanto aos demais pacientes.

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3. 1A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E SUA REVOGAÇÃO APÓS O PERÍODO DE PROVA

WILLIAM DE ALMEIDA MARTINS

Técnico do Ministério Público

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Vale do Rio Doce

THIAGO CORREIA AFONSO

Oficial do Ministério Público

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

##### 1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 668.928 – RS (2004/0097583-9)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO  
SUL

RECORRIDO: OSMAR ALMEIDA MACHADO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DE-  
MONSTRADO.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DOS RE-  
QUISITOS.

REVOGAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA. POSSIBILIDA-  
DE.

1.Dissídio não demonstrado.

2.Constatado o descumprimento de condição imposta durante o período de prova  
do sursis processual, é perfeitamente cabível a revogação do benefício, ainda que a  
decisão venha a ser proferida após o término do período de prova. Precedentes do STJ  
e do STF.

3.Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte provido.

(REsp 668928/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em  
09.08.2005, DJ 05.09.2005 p. 466)

##### 2. Razões

Versa a decisão escolhida para comentário sobre a questão da suspensão condicional  
do processo e seu descumprimento, nos termos previstos no art. 89, § 5º, da Lei nº  
9.099/95, onde o Ministério Público do Rio Grande do Sul postulou o afastamento  
da extinção da punibilidade declarada pelo Juízo de primeira instância e confirmada

pelo Tribunal gaúcho, mesmo tendo aquele tomado ciência do descumprimento das condições da benesse legal no período de prova, apesar de tal fato ter ocorrido após o decurso de prazo do período de prova. Destarte, tencionamos fazer uma breve reflexão sobre o tema à luz do acórdão citado.

### 3. Comentários

A nosso juízo, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça revela-se totalmente acertado. Primeiramente, insta-nos frisar que a suspensão condicional do processo, segundo a doutrina mais abalizada, trata-se de instituto despenalizador que visa evitar a aplicação de pena privativa de liberdade.

Questão intrincada é saber se é ou não correta a revogação da suspensão processual mesmo após o decurso de prazo do período de prova. Entendemos que sim, pois há que se levar em consideração sua finalidade e, por óbvio, esta restaria esvaziada caso se extinguisse a punibilidade apenas pelo decurso de prazo estabelecido em lei, como vem entendendo parte da doutrina e da jurisprudência.

Sobre o tema trazemos à colação excerto de voto da lavra do eminente Desembargador Hécio Valentim, na Apelação Criminal nº 1.0024.99.049882-6, que apesar de vencido, seguiu o entendimento prevalente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, *verbis*:

A meu ver, na esteira da linha interpretativa proposta pelo insigne Professor Luiz Flávio Gomes, mesmo a causa descoberta após a expiração do período de prova, mas relativa a fato ocorrido em sua vigência, tem o condão de revogar o benefício. Nesse sentido, o ilustre autor propõe a seguinte leitura: 'O § 5º do art. 89 diz 'Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade'. Isso não significa que mesmo depois de expirado o prazo não possa o juiz revogar a suspensão. Pode. A melhor leitura do dispositivo invocado é a seguinte, portanto: expirado o prazo sem ter havido motivo para a revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Mesmo que descoberto esse motivo após expirado o prazo, pensamos que pode haver revogação. O mesmo não pode ser dito se já existe sentença definitiva extintiva da punibilidade, isto é, se o juiz julgou extinta a punibilidade em sentença definitiva e depois vem a descobrir o motivo da revogação, nada mais pode ser feito, mesmo porque agora deve-se respeitar a coisa julgada. E não existe revisão *pro societate*. É muito convincente que antes dessa sentença sejam colhidas informações a respeito do acusado' (Suspensão Condicional do Processo Penal. São Paulo: RT, 1995. p. 192).

São duas as razões que se me afiguram suficientes para que essa seja entendida como a melhor interpretação do dispositivo.

A primeira é que uma interpretação sistemática e teleológica do instituto da suspensão condicional do processo impede que a extinção da punibilidade do acusado em período de prova se dê pelo simples decurso do tempo, já que a prescrição suspende-se durante aquele período.

Em segundo lugar, é de se atentar para uma razão de ordem prática. A prevalecer a interpretação sugerida pela eminente Relatora, o estímulo ao cumprimento das condições, mormente nos últimos meses ou semanas do período de prova, seria sensivelmente reduzido, o que implicaria enfraquecimento do instituto, que deve ser visto como mais uma medida político-criminal despenalizadora e descarcerizadora, mas não como instrumento de impunidade.

Ora, a pretensão punitiva do Estado só será elidida no caso de efetivo cumprimento das condições estabelecidas, sob pena de se tornar inócua a norma em apreço. Nesse sentido, manifesta-se a doutrina:

O § 5º do art. 89 diz: ‘Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade’. Isso não significa que mesmo depois de expirado o prazo não possa o juízo revogar a suspensão. Pode. A melhor leitura do dispositivo invocado é a seguinte, portanto: expirado o prazo sem ter havido motivo para a revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade (GRINOVER, GOMES FILHO, GOMES, 2002, p. 338).

Entendemos que a decisão judicial em casos como o do acórdão comentado, que, diga-se de passagem, aplica corretamente o citado dispositivo, não deve levar em conta apenas o lapso temporal, fechando os olhos para qualquer questão que, mesmo conhecida *a posteriori*, possa motivar revogação do *sursis*, sob pena de ferir-se frontalmente a *ratio essendi* da norma em comento, tornando-a letra morta. Sendo a decisão *sub examine* meramente declaratória, por disposição expressa do § 5º do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais, não há dúvidas de que a manifestação após o prazo do período de prova é medida razoável e consentânea com a *mens legis*.

Ademais, as medidas despenalizadoras têm, em sua essência, o condão de solucionar, sobretudo, o problema grave em que vive mergulhado o sistema prisional brasileiro. Entretanto, não se pode liberalizar a ponto de desconsiderar um evidente descumprimento das condições impostas a pretexto exclusivo do decurso de prazo. Ora, o acusado que descumpre o que assumiu em juízo demonstra não ter condições de se ver livre da persecução criminal, em suma, não está totalmente apto a uma reinserção social.

#### 4. Conclusão

A decisão em comento, portanto, demonstra a adequada exegese do instituto da suspensão condicional do processo, seguindo *pari passu* com a jurisprudência dominante do próprio Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, prestigiando, assim, o princípio da razoabilidade, do qual não pode o Judiciário deixar de tê-lo como norteador de suas decisões.

#### 5. Referência Bibliográfica

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

#### 4. TÉCNICAS

##### 4.1 PARECER DA ASSESSORIA ESPECIAL

CARLOS ALBERTO DA SILVEIRA ISOLDI FILHO

Promotor de Justiça – Assessor Especial

AUTOS Nº : XXXX  
COMARCA : XXXX  
PARTE : XXXX  
PARTE : XXXX  
RELATOR : XXXX

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico:

Cuida-se de procedimento que visa à apuração de eventual prática de desacato por parte do Cb PM XX, no dia 9/6/2006, em Diamantina, sendo vítima o 1º Sgt XX. No parecer de fl. XX, o digno representante do Ministério Público pediu o arquivamento do feito sob o fundamento de que não houve dolo específico de desacato.

No entanto, a Excelentíssima Magistrada remeteu os autos ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 397 do Código de Processo Penal Militar, por haver indício da prática, em tese, de crime militar (fl. XX).

Esse é o relatório.

O autor da suposta prática de crime contra a honra é militar da reserva, portanto é um civil e não pode ser julgado pela Justiça Militar Estadual, pois o vínculo com a instituição militar desaparece com a exclusão do serviço ativo, por transferência para a reserva remunerada, por reforma, demissão ou outros previstos no Estatuto dos Militares. Destarte, o militar na inatividade (na reserva ou reformado) é “[...] *equiparado a civil para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar estadual*, ressalvados os crimes cometidos antes de passar para a inatividade” (LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 84, grifo nosso).

Nesse contexto, é forçosa a conclusão de que o inciso III do art. 9º do COM – que trata da possibilidade de civil ou de militar da reserva ou reformado praticar crime militar em determinadas situações – somente é aplicável à Justiça Militar Federal. Ao comentar esse dispositivo, Lobão (1999, p. 113, grifo nosso) leciona:

[...] o Código Penal Militar enumera, no inciso III, os casos em que o civil ingressa como sujeito ativo do crime impropriamente militar. Essa permissão, no entanto, não se estende à Justiça Militar estadual. Com efeito, a norma processual penal militar, expressa no art. 125, § 4º, da Constituição, limitou a competência da Justiça Militar estadual para processar e julgar, exclusivamente, o policial militar e o bombeiro militar, nos crimes militares definidos no Código Penal Militar. *Diante da limitação constitucional imposta à Justiça castrense estadual, sempre que fizermos menção a civil, como sujeito ativo do delito militar, estamos nos referindo às infrações contra as Forças Armadas, portanto ao crime militar da competência da Justiça Militar federal. O inciso III menciona, ao lado do civil, o militar da reserva e o reformado, que são civis, para efeito da aplicação do Código Penal castrense, pois não estão incorporados às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares. Como exceção, o militar da reserva, convocado para o serviço ativo, adquire a condição de militar.*

Portanto, apenas quando é convocado para o serviço ativo é que o militar da reserva “[...] equipara-se ao militar, o que se explica porque, com a convocação, incorpora-se, conforme o caso, às Forças Armadas, à Polícia Militar ou ao Corpo de Bombeiros Militar” (LOBÃO, 1999, p. 85). Ou seja, reservista não convocado não pode ser considerado militar para o fim de aplicação do Código Penal Militar, conforme disposto em seu art. 22.

Não é demais lembrar que o art. 13 do estatuto repressor castrense somente pode ser utilizado “[...] para o efeito da aplicação da lei penal militar” ao reservista ou reformado estadual que estiver convocado, pois, do contrário, jamais poderá praticar delito de natureza militar. Esse é o entendimento de nossa melhor doutrina:

[...] o militar da reserva e o reformado, para efeito de conceituação do delito castrense, são considerados civis, pois não estão incluídos na definição de militar. Dessa forma, as prerrogativas a que se refere o art. 13, supra, são as de receber tratamento compatível com o posto ou graduação, na qualidade de indiciados ou acusados” (LOBÃO, 1999, p. 85).

Diante do exposto, a nosso ver, a justiça castrense não tem competência para processar e julgar o presente feito. Como corolário, o Promotor de Justiça ali oficiante não tem atribuições para se manifestar sobre o caso em tela.

Assim sendo, somos pela devolução dos autos para o Juízo de origem para que sejam remetidos para a Justiça Comum (Juízo Criminal da Comarca de Diamantina), onde deverá ser dada vista ao Promotor de Justiça com atribuições que poderá ratificar ou não o pedido de arquivamento de fls. XX para, em seguida, ser apreciado pelo juiz competente.

No caso de a Excelentíssima Magistrada deixar de encaminhar os autos ao Juízo competente, o Promotor de Justiça oficiante junto à 3ª Auditoria Militar Estadual, ao ter ciência da mencionada decisão, poderá adotar as medidas que entender cabíveis e, se for o caso, extrair cópia dos autos para remessa à Justiça Comum.

É o parecer.

Belo Horizonte, XX de XX de 2007.



## SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

### SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL

#### 1. ARTIGOS

##### 1.1 O RECONHECIMENTO LEGAL DO CONCEITO MODERNO DE FAMÍLIA – O ART. 5º, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.340/2006, LEI MARIA DA PENHA

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES  
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)  
Pós-Graduando em Direito Civil pela PUC/MG

“Família é quem você escolhe pra viver  
Família é quem você escolhe pra você  
Não precisa ter conta sanguínea  
É preciso ter sempre um pouco mais de sintonia.”  
(O Rappa)

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O conceito moderno de família. 2. Breves notas sobre a Lei nº 11.340/06. 3. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/06. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (o que Deus uniu o homem não pode separar) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial<sup>1</sup>.

Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável

<sup>1</sup> O Código Civil de 1916 e, posteriormente, também a Lei do Divórcio atribuíam ao cônjuge culpado pela separação judicial as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

(art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: *o afeto*. Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.

Não obstante a consolidação desse conceito moderno sobre a família, certo é que, no plano infraconstitucional, não se via o seu reconhecimento expresso, o que, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados no julgamento dos casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homossexuais (ou homoafetivas, termo mais apropriado para o cenário da atualidade), optando eles, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de qualquer outro tipo de entidade familiar além daquelas três já previstas na Constituição Federal.

Ocorre que, muito recentemente, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo importante inovação no ordenamento jurídico nacional no seu artigo 5º, II e parágrafo único. Desde já, para tornar ainda mais claro o debate, passemos à transcrição deste dispositivo: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Nesse momento, duas indagações precisam ser feitas: 1. teria o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), transportado para o âmbito infraconstitucional, de forma inédita, o moderno conceito de família? 2. Em caso positivo, qual a real extensão desse conceito legal? Dediquemos as linhas vindouras deste trabalho à tentativa de resposta a essas relevantes indagações.

## 2. O conceito moderno de família

Inúmeras são as influências do ambiente social para a formação da personalidade humana. Inegavelmente, a família é a mais importante de todas. É ela que proporciona as recompensas e punições, por cujo intermédio são adquiridas as principais respostas

para os primeiros obstáculos da vida. É instituto no qual a pessoa humana encontra amparo irrestrito, fonte da sua própria felicidade.

Os membros integrantes da família (pais, irmãos, avós etc) moldam o ser humano, contribuindo para a formação do futuro adulto. Não foi por acaso que um dos maiores nomes da literatura brasileira, Machado de Assis, já afirmara que *o menino é pai do homem*. O grupo familiar tem sua função social e é determinado por necessidades sociais. Ele deve garantir o provimento das crianças, para que elas, na idade adulta, exerçam atividades produtivas para a própria sociedade, e deve educá-las, para que elas tenham uma moral e valores compatíveis com a cultura em que vivem (BOCK, 1996). Tanto assim que a organização familiar muda no decorrer da história do homem, é alterada em função das mudanças sociais (BOCK, 1996).

Nesse sentido, entende-se que a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais. Nas palavras da Professora Hironaka (1999, p. 7), ela “[...] é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos [...]; a história da família se confunde com a história da própria humanidade”. Trata-se, em verdade, da *celula mater* da sociedade, do seu núcleo inicial, básico e regular. É um microssistema social, onde os valores de uma época são reproduzidos de modo a garantir a adequada formação do indivíduo.

Entretanto, o Código Civil de 1916, equivocadamente, pretendeu controlar a dinâmica social, pois tentou impor à sociedade um conceito único de família ao prever que apenas o casamento poderia legitimar a formação desse ente. Assim é que a única forma de criar a família legítima (e, conseqüentemente, legitimar os filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos) era mediante o *casamento* (justas núpcias), o qual recebeu gracioso tratamento do Código Civil em nada menos que robustos cento e quarenta e nove artigos (do 180 ao 329).

Além disso, o Código, tido como instrumento legislativo de consagração dos valores burgueses típicos do século XIX, ignorando que é no direito de família, mais do que em qualquer outra seara do direito privado, onde deve haver maior valorização da pessoa humana, deu contornos eminentemente patrimonialistas à família. Por conta disso, tal agrupamento era tratado no Código como um ente de produção de riqueza, perpetuado nas gerações seguintes através do direito das sucessões. Nesse contexto, vale ressaltar que o casamento, à essa época, tinha finalidades de cunho eminentemente econômico, a exemplo do estabelecimento de vínculos patrimoniais (art. 230 – regime de bens), da mútua assistência (art. 231, III), entendida como um recíproco auxílio patrimonial, e do dever de educar e (principalmente) manter a prole (art. 231, IV).

A legalização das relações sexuais, exteriorizada a partir do dever de coabitação consagrado no art. 231, II, e a procriação eram outras finalidades do matrimônio, o que só revelava a quase completa ausência de interesses personalísticos nesse instituto. Ademais, o regime matrimonial de bens teve tratamento primordial do legislador, pois nada menos que cinquenta e nove artigos do Código foram responsáveis por essa disciplina. Os institutos protetivos da tutela, curatela e ausência, por sua vez, que deveriam resguardar com absoluta prioridade os interesses do indivíduo enquanto pessoa humana, constituíam verdadeiro estatuto legal de administração de bens.

Os impedimentos matrimoniais elencados no artigo 183 também tinham como fundamento a defesa do patrimônio e não das pessoas, como nos casos dos incisos XIII, XV e XVI. A escolha do casamento como meio único de constituição da família deu-se por dois motivos essenciais. O primeiro foi o fato de, em decorrência da sociedade brasileira sempre ter tido a propensão de cultivar as tradições cristãs, tal instituto já se encontrar impregnado na cultura nacional. O segundo motivo reside na solenidade e publicidade inerentes ao rito matrimonial: essas características, por certo, gerariam uma segurança jurídica, a qual era favorável à manutenção do compromisso assumido pelos nubentes.

Em razão do aludido modelo uno de família, as relações de fato surgidas fora do casamento não recebiam qualquer reconhecimento jurídico. Não havia família em relações concubinárias, mesmo no denominado concubinato puro (entre pessoas sem impedimentos matrimoniais). Além disso, filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que eles quisessem. Dentro da própria relação matrimonial, notava-se uma certa ausência de preocupação com a felicidade dos membros da família, visto que era evidente o desequilíbrio entre os cônjuges. Aliás, por questão de coerência, não poderia ser diferente. Ora, se o Código era espelho de uma sociedade ainda patriarcal e, por isso mesmo, machista, onde o marido tinha a incumbência de sustentar economicamente a família e à esposa só restava o dever de cuidar da casa e dos filhos, obviamente que a legislação iria estampar a superioridade masculina.

Prevalecia a figura do marido (nas palavras de Tepedino, 2001), uma das quatro figuras masculinas destacadas pelo Código, ao lado do proprietário, do contratante e do testador), e não necessariamente do amor, do afeto. Ao varão praticamente só eram conferidos pelo Código privilégios. O rol de seus direitos era extenso (artigos 233 a 239), incluindo, por exemplo, a chefia exclusiva da sociedade conjugal, a incumbência de representar a família, de administrar os bens comuns e os particulares da mulher (segundo o regime matrimonial eleito), de fixar o domicílio da família, além da exclusividade no exercício do pátrio poder<sup>2</sup> sobre os filhos (art. 240).

<sup>2</sup> Com o advento o Código Civil de 2002, o pátrio poder passou a ser chamado de poder familiar. Mantivemos neste trabalho, porém, o termo antigo por estarmos nos referindo justamente ao Código que o consagrou.

A esposa, por outro lado, ocupava papel meramente secundário, já que quase só tinha deveres, como se via nos artigos 240 a 255. A chefia da sociedade conjugal, por exemplo, só era atribuída a ela em casos excepcionais, consubstanciados no artigo 251. Além disso, determinados atos da vida civil só poderiam ser por ela praticados caso o marido assim consentisse, nos termos do artigo 242.

Nunca é demais ressaltar que, até o Estatuto da Mulher Casada de 1962 (Lei nº 4.121/62), a esposa era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil. Ademais, somente com o citado Estatuto é que ela se tornou colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal, bem como adquiriu a titularidade do pátrio poder, apesar de continuar também como colaboradora no exercício desse direito-dever. A desigualdade e o machismo ficavam ainda patentes quando se analisava o artigo 219, IV, que permitia a anulação do casamento por defloramento da mulher, ignorado pelo marido, hipótese tratada como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, mas que não era (e nem poderia ser) aplicada ao varão. Além disso, entendia a jurisprudência que o *debitum conjugale* só poderia ser exigido pelo homem, nunca pela esposa.

Em verdade, pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação. A dignidade deles era um dado secundário. O que, de fato, se tornava relevante era a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente a mulher. A família era concebida como um instituto em prol da própria família, um fim em si mesma, porque o legislador entendia que aquele modelo fechado era o único correto; logo, assim teria que ser, a qualquer preço, independentemente do sacrifício pessoal de seus membros. Nessa linha de intelecção, a subordinação e o sofrimento da mulher seriam recompensados com um valor de maior importância que é a manutenção do vínculo familiar.

Como consequência de tudo isso, aquelas pessoas que preferiram viver à margem do Direito, pois não se casaram, receberam designações altamente discriminatórias, como *membros de uma família ilegítima* ou ainda *responsáveis pela formação de um concubinato* (no sentido pejorativo da palavra). Os filhos provenientes das relações extraconjugais sofriam do mesmo fardo de serem tratados como *ilegítimos* e, por isso, não recebiam os direitos privativos dos chamados filhos legítimos (de pai e mãe casados), *ex vi* dos artigos 337 a 351. Aliás, a única forma de eliminar tamanha discriminação era através da legitimação dos filhos, o que ocorria, por ser óbvio, com o superveniente matrimônio dos seus respectivos pais. Do contrário, a criança já nascia com uma predisposição à infelicidade, ao menos no que concerne ao reconhecimento da sociedade do seu *status* de filho.

Some-se a tudo isso a enorme força axiológica dada à presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Havendo uma das hipóteses insertas no art. 338 do Código de

1916, decorria naturalmente a presunção relativa de que o filho foi concebido na constância do casamento, mesmo se provado um adultério expressamente confessado pela mulher, nos termos dos artigos 343 e 346. A presunção só poderia ser elidida em caso de propositura da excepcional ação de contestação de paternidade, a qual guardava restrições quanto à legitimidade (só o marido a tinha), ao prazo decadencial (exíguos dois meses, contados do nascimento, se o suposto pai era presente, ou três meses, na hipótese de ausência ou de ter-lhe sido ocultado o nascimento, contando-se então o prazo a partir de seu retorno ou da ciência do fato) e à causa de pedir (taxativamente limitada aos artigos 340 a 342).

Outro balizador da família do Código Civil de 1916 era a relação hierárquica existente entre pais e filhos, mesmo aqueles chamados de *legítimos*: o pai ocupava o posto de senhor absoluto da razão, enquanto que o filho era seu mero obediente. O processo educacional era extremamente rígido, autoritário e unilateral. O filho não tinha voz nem vez, restando a ele somente o privilégio de calar-se e obedecer, pois o patriarca sabia o que era bom para sua prole (ou melhor: para a família). Não era aberto espaço para o diálogo, para a troca de idéias e de conhecimentos, algo tão salutar em qualquer método educacional.

O pai do início do século XX tinha como seu principal papel nutrir financeiramente seus filhos. Isso bastaria para que fosse proporcionada a felicidade da sua prole. Aí estava exaurido o seu dever. Logo, a paternidade não era inspirada na proteção da pessoa dos filhos, mas no patrimônio familiar. Por outro lado, o pátrio poder era exercido pelo seu titular como se fosse um direito dele para com seus filhos, quando, na verdade, os poderes eram conferidos a ele no intuito de facilitar a realização do dever da paternidade responsável (guarda, educação e sustento da prole). Apresentados todos esses caracteres e feitas tais considerações, já é possível qualificar com detalhes o modelo de família (im)posto pelo Código Civil de 1916, mas, para que não pare qualquer tipo de dúvida, arrematemos o assunto com a valiosa lição de Tepedino (2001, p. 351), *in verbis*:

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.

Ao considerar como ideal o modelo de família por ele consagrado, o Código Civil vedava por absoluto o término definitivo do vínculo matrimonial (à época não era permitido no Brasil o divórcio), admitindo apenas o encerramento da sociedade conjugal, através da separação judicial, sendo que o culpado pela separação era duramente punido com a perda automática da guarda judicial dos filhos e dos direitos ao nome de casado e aos alimentos.

Em virtude desse freio proporcionado pelo Código, é de se imaginar quantas famílias sofreram com o fato de terem que manter a fachada hipócrita da felicidade apenas em prol de um reconhecimento, um *status* dado pela sociedade, quando, no âmago de cada um dos seus membros, reinava a insuportabilidade da convivência, algo relativamente normal nos relacionamentos humanos, mas terrivelmente evitado em razão do medo da rejeição e dos preconceitos sociais. Inúmeros casais digladiavam-se, sequer dormiam no mesmo leito, chegavam até as vias de fato, mas permaneciam juntos para que não fosse rompida a decantada família. A influência da Igreja Católica era ainda muito forte, projetando-se também no mundo jurídico. Assim, o sacramento do matrimônio decorria da vontade de Deus e, como *o que o Criador reuniu não poderia o homem separar*, os cônjuges deveriam permanecer juntos até *que a morte os separasse*. Todo esse cenário perdurou por muito tempo, durante quase todo o século XX, mas, felizmente, a Constituição Federal de 1988, atendendo aos anseios sociais, alterou radicalmente o paradigma da família.

Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no direito civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como despatrimonialização ou personalização desse ramo do Direito. No campo específico do direito de família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entreajuda e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, o amor e a ajuda mútua.

Nesse sentido, percebe-se que as relações familiares se tornam muito mais verdadeiras, porque são construídas (e não impostas) por quem integra o instituto (e não por um terceiro, um elemento estranho, como o legislador). O ser, finalmente, supera o ter, fazendo com que o afeto se torne o elemento irradiador da convivência familiar.

O relacionamento entre os familiares, portanto, ganha uma nova roupagem. Passa a ser muito mais aberto, democrático e plural, permitindo que cada indivíduo venha a obter, de fato, a realização da sua felicidade particular. Isso porque, se a

Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como superprincípio, assim o fez por ter encontrado na família pós-moderna um forte (talvez o principal) meio de sua propagação, pois é no âmbito familiar que o indivíduo cresce e adquire suas habilidades para a convivência social.

Nessa linha de intelecção, Tepedino (2001, p. 328, grifo nosso) afirma que a maior preocupação da atualidade é com “[...] a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, *em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social*”. O Professor Farias (2003) reforça essa idéia ao proclamar que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar “[...] eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”.

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro LAR, Lugar de Afeto e Respeito (PEREIRA; DIAS, 2001). Nesse contexto, é imperioso fazer a releitura de alguns dos institutos do Direito de Família, precipuamente o relacionamento entre os cônjuges.

O casamento deixa de ter importância tão-somente pelo vínculo em si para ser encarado como o melhor instrumento encontrado pelos nubentes (na visão deles) para compartilharem o desejo de alcançar a felicidade. Ficar muito mais fácil realizar esse sonho junto da pessoa que se ama, pois desse sublime sentimento decorrerá uma mútua assistência verdadeira e autêntica, sem qualquer tipo de obrigação imposta por lei, até porque quem ama não se preocupa com o amado por dever, mas por desprendimento próprio.

É nesse cenário que os chamados deveres do casamento devem receber nova interpretação. A fidelidade, por exemplo, não envolve unicamente o aspecto sexual, mas também o respeito e o carinho mútuos, a confiança, a cumplicidade etc. Daí porque já começa a ser discutida, no âmbito dos Tribunais, a possibilidade de se configurar a traição por meio da Internet, especialmente nas famigeradas salas de bate-papo (chats).

O dever de coabitação segue esse mesmo trilhar: não é mais suficiente a mera convivência sob o mesmo teto conjugal para que ele esteja sendo corretamente respeitado. A boa convivência entre quatro paredes, constante, ininterrupta, intensa e



prazerosa, isso sim perfectibiliza a vida em comum. Com base nessa assertiva é que os Tribunais<sup>3</sup> vêm admitindo a existência de separação de fato entre cônjuges que residem no mesmo local, sustentam a imagem de casados perante a sociedade, mas vivem às turras dentro do lar, muitas vezes causando traumas inimagináveis nos seus filhos.

Verifica-se também uma nova roupagem do dever de sustento, guarda e educação dos filhos: o papel do pai (gênero) moderno não se limita apenas ao simples pagamento dos gastos da sua prole ao final do mês. É inegável que o pagamento das diversas despesas é indispensável à sobrevivência dos menores, mas ele não é a única função dos pais, sequer a mais importante, até porque poderia ser facilmente preenchida por um orfanato ou outra instituição de caridade qualquer, talvez até com maior eficiência.

É o acompanhamento psicológico, educacional e mesmo espiritual, o diálogo exercitado cotidianamente, a transferência de maturidade e de lições de vida, a participação efetiva na escolha do colégio, do esporte, da academia de balé, é estar sempre se renovando e se conhecendo para acompanhar as gradativas mudanças dos filhos, enfim, é preparar um ser humano intelectualmente equilibrado e certo dos seus valores para a vida em sociedade que define o verdadeiro papel do pai contemporâneo.

Os filhos, de outro lado, ganharam o espaço necessário à participação no processo educacional: saíram da condição de meros objetos desse processo para alcançarem o *status* de sujeitos com direito à voz naquilo que lhes interessava diretamente. Dessa forma, os filhos deixaram de ser simples repetidores de ordens dos seus pais, o que aumentou em muito o contato (verdadeiro) entre eles.

Continuando na releitura dos deveres do casamento, há de ser analisado neste momento o dever da mútua assistência. É certo que, à época do Código Civil de 1916, tal dever não tinha conotação personalística, já que se referia principalmente ao auxílio patrimonial entre os cônjuges. Mas, atualmente, com a nova interpretação que lhe é dada pela Constituição, a mútua assistência exerce papel relevante na consecução da dignidade humana. Em época de franca personalização do Direito Civil, é inevitável afirmar que a mútua assistência é o principal fim/dever do casamento. Por isso, nas palavras de Venosa (2001, p. 38), o instituto do matrimônio pode ser resumido “[...] na comunhão de vida e de interesses”.

Hoje é irrefutável, frente à Hermenêutica Constitucional, que a mútua assistência implica a busca em comum da alegria e da felicidade dos consortes na divisão cotidiana de suas dúvidas e aflições, seus fracassos e tropeços, suas vitórias e conquistas, pois

<sup>3</sup> O julgado RT 574/271 permitiu a concessão de alimentos para o cônjuge que vivia sob o mesmo teto do seu par, pois reconheceu a separação de fato entre eles.

é recíproco o amor entre eles, de um só se pode esperar o desejo de querer o bem do outro. Nesse contexto, Rodrigues (2000, p. 21) assevera que “[...] a aproximação dos sexos e o natural convívio entre marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem assistência é mero corolário”. Diniz (2002, p. 35), por seu turno, afirma que o auxílio mútuo é “[...] corolário do convívio entre os cônjuges e fim do matrimônio”.

Perfeita é a exposição de Almada (1978, p. 206) quando salienta que “[...] quem contrai núpcias quer assistir e proteger o seu par amoroso e essa expressão do amor é implícita no matrimônio como elemento lógico de sua motivação e finalidades maiores, pois casamento é integração harmônica de predicados, suprimimento recíproco de falhas, comunhão de esforços diferenciados, para o atingimento de um fim comum: a felicidade”. Azevedo (1976, p. 87) ressalta que “[...] o amor é mais importante do que tudo na família [...] o mútuo auxílio material e espiritual entre os esposos, sua convivência amorosa, é mais importante do que a própria formalidade que faz nascer a família”. Arrematando, brilhante e magistral é a lição da Professora Santos (1999, p. 62), que merece ser transcrita:

Concluimos que a finalidade essencial de todos aqueles que se casam é a realização pessoal, sendo a mútua assistência o principal instrumento para que os cônjuges atinjam esse fim ou objetivo primordial.

Isso porque os seres humanos, originalmente limitados, buscam no casamento a superação de suas deficiências, para que se realizem e alcancem a felicidade, o que depende de uma conduta de mútuo auxílio e respeito, a qual é imposta, juridicamente, pelo dever recíproco de assistência imaterial entre os cônjuges. Como enfatizam Jorge Adolfo Mazzinghi, doutrinador argentino, e Puig Peña, autor espanhol, o matrimônio complementa a limitação da pessoa humana, que procura a própria perfeição e a perfeição do cônjuge, na busca da mútua realização, razão pela qual os consortes devem observar uma conduta de satisfação recíproca, própria de duas pessoas que se amam.

A mútua assistência, portanto, não decorre do simples vínculo matrimonial em si, mas do sentimento de amor entre os cônjuges, o qual é o verdadeiro responsável pela criação e manutenção desse vínculo. Diante dessa releitura do dever da mútua assistência, constata-se uma autêntica transformação do instituto do casamento, que deixa de ser o único meio de formação da família para se constituir em um dos (ressalte-se, nunca o único) centros de realização da dignidade da pessoa humana. Se um homem e uma mulher escolhem formar uma família através do casamento é porque entendem que este instituto será a melhor alternativa para o desenvolvimento do amor que um sente pelo outro.

Por outro lado, não havia punição maior para duas pessoas do que continuarem casadas quando uma nutria pela outra ódio mortal. Vamos e venhamos, se o casamento era meio de promoção da dignidade, ele só deveria continuar existindo caso estivesse cumprindo o seu papel. No momento em que deixa de cumpri-lo, não há mais qualquer motivo para sua manutenção, razão pela qual o legislador constitucional, sabiamente, ampliou as hipóteses de divórcio já discretamente reguladas pela Lei nº 6.515/77.

Assim, a Carta Magna, como consequência da dignidade humana e no intuito de promovê-la, não só retirou do casamento o monopólio na criação ou legitimação da família, como também permitiu outras formas de entidades familiares, quais sejam, a união estável e a família monoparental. Com isso, pessoas que antes não queriam ou não podiam convolar núpcias e, por isso mesmo, recebiam tratamento discriminatório, passaram a ter a oportunidade de constituir uma entidade familiar, pelo menos aos olhos da lei, já que na realidade fática tudo isso já existia. Era por demais injusto tolher alguém que não encontrava no casamento o meio adequado para a realização da sua própria dignidade. Com a inovação constitucional, a probabilidade de sucesso particular dessas pessoas aumentou consideravelmente.

Nessa esteira, vale a pena aqui mencionar o pensamento do ilustre Professor Lobo (2006, grifo nosso), segundo o qual o art. 226, § 4º, da Constituição Federal, ao estatuir que “[...] entende-se, *também*, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, acabou criando uma *cláusula geral de inclusão da família*, no sentido de que essa entidade, antes reconhecida pela lei, se constituída unicamente pelo casamento (*numerus clausus*), agora deve ser sempre reconhecida pelo ordenamento jurídico, se restar caracterizado seu solitário elemento caracterizador, o *afeto*.

Em outras palavras, a família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico (modelo único de família) para ser reconhecida pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (modelo aberto e plural de família). Por isso, passa-se a conferir maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

Os exemplos desse novo paradigma são citados pela própria Constituição Federal, ao reconhecer como entidade familiar também a união estável (art. 226, § 3º) e a família monoparental (art. 226, § 4º). Mas, seguindo a linha de raciocínio do Professor Lobo (2006), esses não são os únicos exemplos a serem dados. É por isso que já se verifica na doutrina<sup>4</sup> e na jurisprudência, com muito acerto, uma forte tendência em reconhecer como entidade familiar (e não mais como sociedade de fato, afastando-se

<sup>4</sup> A esse respeito, sugerimos a leitura do livro da Professora Dias (2001).

assim a aplicação da famigerada Súmula n. 380 do STF<sup>5</sup>) a união entre homossexuais (melhor chamadas de uniões homoafetivas), reconhecimento que implica a fixação da competência da Vara de Família (não mais Vara Cível) para apreciar feitos a ela relacionados. A título de ilustração, colacionemos os seguintes julgados:

HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATO DAS RELACOES HUMANAS, QUE AS POSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUE OS AVANCOS NAO SOFRAM RETROCESSO E PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2000a).

RELACOES HOMOSSEXUAIS. COMPETENCIA DA VARA DE FAMILIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO EM SOCIEDADE DE FATO. A COMPETENCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARACAO DE SOCIEDADE DE FATO DE

<sup>5</sup> A Súmula assevera que “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Tal Súmula constitui uma construção jurisprudencial realizada pelo Pretório Excelso para amenizar os efeitos do não reconhecimento jurídico da união estável como entidade familiar. Através dela, a convivência dos concubinos era tida como uma sociedade de fato e, desse modo, era possível haver a dissolução desta convivência e a conseqüente partilha do patrimônio comum, só que em sede de Vara Cível (não na Vara de Família). Com o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico nacional passou a reconhecer a união estável como entidade familiar e a Súmula 380 STF deixou de ser aplicada a ela. Algo semelhante vem ocorrendo com a união homoafetiva: inicialmente muitos autores sustentaram a aplicação da multi-citada Súmula a esta união, mas, modernamente, a doutrina vem se inclinando pelo reconhecimento da mesma como verdadeira entidade familiar, afastando-se assim a incidência do conteúdo sumular à situação em comento.

CASAI FORMADO POR PESSOAS DO MESMO SEXO, E DAS VARAS DE FAMÍLIA, CONFORME PRECEDENTES DESTA CAMARA, POR NAO SER POSSIVEL QUALQUER DISCRIMINACAO POR SE TRATAR DE UNIAO ENTRE HOMOSSEXUAIS, POIS E CERTO QUE A CONSTITUICAO FEDERAL, CONSAGRANDO PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE DIREITO, PROIBE DISCRIMINACAO DE QUALQUERESPECIE,PRINCIPALMENTEQUANTO A OPCAO SEXUAL, SENDO INCABIVEL, ASSIM, QUANTO A SOCIEDADE DE FATO HOMOSSEXUAL. CONFLITO DE COMPETENCIA ACOLHIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2000b).

Noutro giro, identifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, analisando lides atinentes ao bem de família, já reconheceu como entidade familiar a pessoa solitária (*o single*) e a comunidade formada por variados parentes, principalmente entre irmãos (*família anaparental*), como se vê dos seguintes julgados:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. (BRASIL, 2000).

EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (BRASIL, 1998).

À guisa de todo o expendido, resta demonstrado que a família deixou de ser um instituto fechado e individualista para ser definida modernamente como uma comunidade de

afeto e entreaajuda, local propício à realização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, caracterizada como um ente voltado para o próprio homem, plural como ele mesmo é, democrática, aberta, multifacetária, não discriminatória, natural e verdadeira. Por consequência, os modelos de família são sempre *sugeridos* pela Constituição e nunca *impostos* pelo ordenamento jurídico com outrora ocorria no Código Civil de 1916.

Não obstante a consolidação deste conceito moderno sobre a família, certo é que, no plano infraconstitucional, não se via o reconhecimento expresso de tal conceito, o que, muitas vezes, causava insegurança aos magistrados no julgamento dos casos concretos, principalmente nas lides envolvendo uniões homoafetivas, optando eles, no vazio legislativo, pelo não reconhecimento de outro tipo de entidade familiar além daquelas três já previstas na Constituição Federal. Ocorre que, muito recentemente, em 7 de agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340/2006, que, apesar de ter como finalidade primordial a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, acabou trazendo no seu bojo importante inovação no ordenamento jurídico nacional no seu artigo 5º, II e parágrafo único.

Neste momento, devem ser retomadas as duas indagações formuladas na Introdução deste trabalho: 1. teria o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 transportado para o âmbito infraconstitucional, de forma inédita, o moderno conceito de família? 2. Em caso positivo, qual a real extensão desse conceito legal? Antes de respondermos propriamente a essas indagações, avancemos no desenvolvimento do trabalho, realizando no capítulo vindouro uma brevíssima análise acerca da Lei Maria da Penha, com destaque para o dispositivo ora em apreciação.

## 2. Breves notas sobre a Lei nº 11.340/06

No dia 7 de agosto de 2006, foi sancionada pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva a Lei nº 11.340, que foi prontamente alcunhada de Lei Maria da Penha, em uma justíssima homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha, vítima de um caso de violência doméstica que se tornou emblemático. A referida Lei:

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 Penal; e dá outras providências.

Em 29 de maio de 1983, o marido de Maria da Penha tentou matá-la com disparos de arma de fogo, enquanto ela dormia, e procurou encobrir a sua ação alegando que houve uma tentativa de roubo em sua residência. Após ficar hospitalizada por duas semanas, Maria da Penha retornou ao lar com a seqüela permanente da paraplegia nos seus membros inferiores. Não obstante, seu marido voltou a atentar contra sua vida, tentando eletrocutá-la durante o banho. Felizmente, Maria da Penha conseguiu sobreviver, mas seu marido ficou impune durante longos dezenove anos e seis meses, quando, finalmente, foi condenado e preso.

Destarte, diante dessa imensa morosidade, o caso foi levado até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA (Caso nº 12.051/OEA), que, em resposta, publicou o Relatório nº 54, de 2001, no qual consta a recomendação dirigida à República Federativa do Brasil para que fosse realizada uma profunda reforma legislativa com o fito de proporcionar um efetivo combate aos casos de violência doméstica praticada contra a mulher. Atendendo a essa recomendação é que o país, em muito boa hora, fez surgir a Lei Maria da Penha. Através desse instrumento legislativo, verificou-se a implementação de medidas que verdadeiramente passaram a contribuir no combate à violência doméstica contra mulheres, a exemplo da possibilidade de retirada do agressor do convívio da agredida (inclusive com a decretação da prisão preventiva daquele), do apoio psicossocial da vítima etc. Não obstante, ao menos para os fins deste trabalho, a maior inovação trazida pela Lei Maria da Penha vem estampada no seu art. 5º, II e parágrafo único. É o que será visto no próximo capítulo.

### **3. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/06**

Após todo o arcabouço teórico desenvolvido, até o momento, neste trabalho, fica muito fácil perceber que a Lei Maria da Penha, ao estatuir, no seu art. 5º, II, que a família deve ser “[...] compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” acabou se tornando a primeira norma infraconstitucional a reconhecer categoricamente o conceito moderno de família.

Note-se que o dispositivo *sub oculis* destaca que é considerada família não apenas a comunidade tida como tal pelo ordenamento jurídico (comunidade formada por indivíduos que são aparentados, ou seja, unidos por laços naturais e, por afinidade), mas também aquela na qual os seus componentes se consideram aparentados, ou, em outras palavras, são unidos por vontade expressa. Dessa forma, pode-se afirmar que a presente norma consagra, pela primeira vez, no âmbito infraconstitucional, a idéia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros.

Em definitivo, tem-se como assente o entendimento de que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Por conta disso, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar. Nesse cenário, impende destacar que, embora o *caput* do art. 5º da Lei mencione que o conceito de família aqui tratado valha apenas para os seus próprios fins, é óbvio que, com base no que foi explanado no capítulo 1 deste trabalho, tal conceito deve ser estendido para todo o ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante a Constituição Federal ter sido a verdadeira responsável pela criação desse moderno conceito de família, não há que se olvidar acerca da imensa importância da previsão infraconstitucional dele, para fins de incremento da segurança jurídica na resolução das lides forenses, principalmente nos termos propostos no parágrafo anterior, ainda mais quando se leva em conta o mau hábito que por muito tempo habitou o direito civil de se dar mais valor ao Código Civil do que ao Texto Constitucional<sup>6</sup>.

A outra conclusão a que se chega é que esse conceito legal acaba por expressamente reconhecer, no mundo jurídico, a união homossexual (ou homoafetiva). Aliás, a própria Lei Maria da Penha não deixa dúvidas de que é possível considerar a união homoafetiva como entidade familiar ao dispor, no parágrafo único do art. 5º, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Desde já, ressalte-se que, apesar do referido dispositivo tratar apenas do homossexualismo feminino, é óbvio que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino.

Essa conclusão implica a perda de interesse na aprovação de qualquer projeto de lei que venha a disciplinar essa matéria, pois, na verdade, já há lei tratando expressamente dela. Além disso, afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula nº 380 do STF, visto que as uniões homoafetivas não são sociedades de fato e sim entidades familiares, daí porque sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível. Arrematemos essa questão transcrevendo as brilhantes palavras da festejada Professora Dias (2006):

Diante da expressão legal, é imperioso reconhecer que as uniões homoafetivas constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros. Quer as uniões formadas por um homem e uma mulher, quer as formadas por duas mulheres, quer as formadas por um homem e uma pessoa com distinta

<sup>6</sup> Este fenômeno de superposição do Código Civil à Constituição Federal é chamado por Tepedino (2001) de *subversão hermenêutica*.



identidade de gênero, todas configuram entidade familiar. Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, fato é que ampliou o conceito de família, independentemente do sexo dos parceiros. Se também família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Basta invocar o princípio da igualdade. A partir da nova definição de entidade familiar, não mais cabe questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo. Ninguém pode continuar sustentando que, em face da omissão legislativa, não é possível emprestar-lhes efeitos jurídicos [...]. Diante da definição de entidade familiar, não mais se justifica que o amor entre iguais seja banido do âmbito da proteção jurídica, visto que suas desavenças são reconhecidas como violência doméstica.

## 6. Conclusão

Ao final deste trabalho, é forçoso concluir que, a partir da Constituição Federal, através do princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, § 3º) e da família monoparental (art. 226, § 4º) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a família, antes tratada pelo Código Civil de 1916 sob uma única modalidade (a família matrimonializada) e com um enfoque eminentemente patrimonialista, passou a ser considerada um agrupamento aberto, plural, multifacetário, personalista, irradiador da felicidade de cada um dos seus membros, onde o afeto é o seu solitário requisito de constituição. O conceito moderno de família foi consagrado pela primeira vez, no plano infraconstitucional, a partir do art. 5º, II, da Lei nº 11.340. Por questão de coerência com a Constituição Federal e para garantir uma maior segurança jurídica, o conceito previsto na Lei Maria da Penha deve permear todo o ordenamento pátrio. Por força desse conceito legal e ainda com base no que dispõe o parágrafo único do art. 5º da mesma Lei, está definitivamente reconhecida a união homoafetiva (entre mulheres e, pelo princípio constitucional da igualdade, também entre homens) como entidade familiar, o que implica a perda de interesse na aprovação de qualquer projeto de lei que venha a disciplinar essa matéria, bem como afasta-se por completo a incidência da famigerada Súmula nº 380 do STF, pois tal união não é sociedade de fato (e sim entidade familiar), daí porque sua apreciação deve se dar sempre na Vara de Família, nunca em uma Vara Cível.

## 7. Referências bibliográficas

ALMADA, Nery de Mello. *Manual de direito de família*. São Paulo: Tribuna da Justiça, 1978.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplemento*. São Paulo: José Bushatski, 1976.

BOCK, Ana Maria et al. *Psicologias*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 205.179/SP. Brasília, 7 de fevereiro de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 159.851/SP. Brasília, 22 de junho de 1998.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Violência doméstica e as uniões homoafetivas*. *JusNavigandi*, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>. Acesso em: 27 out. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida. *Revista Persona*, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>. Acesso em: 4 jan. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, v. 1, n. 1, abr./jun. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. *JusNavigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=2552>. Acesso em: 27 out. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 598362655. Relator: Des. José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 1º de março de 2000a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. CCO nº 70000992156. Relator: Des. Jose Ataides Siqueira Trindade. Porto Alegre, 29 de junho de 2000b.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 5.

## 1.2 REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL – MUDANÇAS OPERADAS NO DIREITO DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo

Mestre em Direito Civil pela Universidade de Paris (Sorbonne)

Mestre em Processo Civil pela Universidade Paulista

Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania

Ex-membro do Órgão Especial do Colégio de Procuradores

Ex-membro do Conselho Superior

Ex-membro do Conselho Redacional da Revista *Justitia*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Elementos de validade do casamento. 3. Regimes matrimoniais de bens. 4. Direitos e deveres dos cônjuges. 5. Dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal. 6. A guarda e visita dos filhos. 7. Alimentos. 8. Relações de parentesco. Filiação. 9. Direito sucessório dos cônjuges e companheiros. 10. Cessão de direitos hereditários. 11. Exclusão de herdeiro. 12. Fideicomisso. 13. Conclusão. 14. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

A entrada em vigor de um novo código exige de todo aquele que se dedica ao estudo do Direito uma acurada reflexão sobre as inovações por ele introduzidas no sistema jurídico do país, especialmente sobre aquelas de maior monta. Esse, exatamente, o objetivo do ensaio. Não se trata, obviamente, de um estudo de fôlego, com posições definitivas e acabadas. É trabalho que reflete as impressões do autor sobre um texto normativo, ainda em fase de sedimentação. O fato é que aí está o novo Código Civil e urge conhecê-lo e entendê-lo. Preso a esse norte, procurarei destacar as principais modificações por ele operadas no Direito da Família e das Sucessões, de maneira direta e concisa. Cumpre, finalmente, esclarecer que, na medida do possível seguirá esse estudo a mesma ordem de entrada das matérias estabelecidas na nova lei. Prestados os necessários esclarecimentos, passo ao enfrentamento da matéria.

### 2. Elementos de validade do casamento

A primeira grande inovação que verifico no instituto, diz respeito à unificação da idade núbil, ou seja, homem ou mulher, agora, podem se casar a partir dos 16 anos, exigindo-se a autorização de ambos os pais, ou seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, que passou a ser alcançada aos 18 anos (art. 1517). No sistema anterior, eram 16 anos para as mulheres e 18 anos para os homens (CC de 1916, art. 183, XII). Visto que a idade núbil não se confunde com a maioridade civil, os menores de 18 anos continuam a necessitar da autorização dos pais para

que possam se casar. Se analfabetos, autorizarão com assinatura a rogo. Havendo divergência entre eles, ou se um deles estiver em lugar incerto e não sabido, poderá o juiz suprir esse consentimento. O mesmo se fazendo nos casos de recusas abusivas. A autorização para contrair matrimônio, expedida pelos pais, tutores ou curadores continua podendo ser revogada até a celebração do casamento (art. 1518).

A segunda novidade que observo é a do estabelecimento de uma idade única para a deflagração do regime obrigatório da separação de bens, qual seja, a de 60 anos para ambos os sexos (art. 1641 II). Lembro que, no Código anterior, era de 60 anos para os homens e 50 anos para as mulheres (CC de 1916, 258 II). Aqui, como também ocorrido na capacidade núbil, a igualdade de tratamento dos sexos é consequência das reformas introduzidas pela Carta de 1988. Questão que talvez gere alguma celeuma é a da possibilidade do regime compulsório de separação ser alterado, com fundamento no artigo 1639, § 2º? A resposta que, em princípio, melhor se coaduna com o sistema, sem dúvida nenhuma, é a negativa. É preciso, no entanto, lembrar que o direito de família exige do intérprete uma visão mais elástica e afinada com a realidade da vida e, certamente, casos serão trazidos aos Tribunais, que não será a melhor solução. Aliás, como bem observa Rodrigues (1999, p. 165), “[...] uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar atrativos matrimoniais de quem a detém. Não havendo inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver”.

A terceira alteração, embora de pouca ou nenhuma repercussão de ordem prática, diz respeito ao casamento religioso de efeitos civis. Antes regulado em lei esparsa, agora pelo próprio Código Civil (arts. 1515 e 1516). Maior e mais importante alteração, nota-se no capítulo que trata dos impedimentos matrimoniais. Impedimentos, para o novo Código, são apenas aqueles antes chamados de dirimentes, esses se violados tornam nulo ou anulável o casamento (arts. 1521 e 1522).

Impedimentos impeditivos ou simplesmente proibitivos passam a ser tratados como causas suspensivas, porque sua arguição apenas suspende a execução do casamento, até que a causa seja eliminada (arts. 1523 e 1524). Ocorrendo o enlace com inobservância de qualquer uma dessas causas suspensivas, o regime de bens será, obrigatoriamente, o da separação (art. 1641, I) e terão os filhos hipoteca legal sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior (art. 1489, II). Facultado ao juiz, permitir a realização do casamento, sem qualquer restrição, se provada a inexistência de prejuízo, respectivamente para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada (art. 1523, parágrafo único). Melhorou, pois, em muito, o trato científico da matéria. Impedimento, sempre é bom lembrar, só ocorre quando o casamento não é admitido.

A melhoria da técnica legislativa mais se evidencia no fato de ter o novo ordenamento deslocado para o capítulo em que trata da invalidade do casamento, hipóteses que nada tem a ver com impedimentos ou causas suspensivas (art. 1550). Mas desacertos também ocorreram. Inovação infeliz e que espero seja logo corrigida é a que passou a impedir o casamento entre primos e de tios com sobrinhos (art. 1521, IV). Desde que realizados os exames médicos necessários e constatada a inexistência de qualquer risco de mal formação da prole, não vejo qualquer justificativa para essa proibição. Desastrada, outrossim, a regra que trouxe a obrigatoriedade da homologação judicial dos procedimentos de habilitação de casamento (art. 1526). Nada justifica a exigência, que servirá, apenas, para retardar o andamento de nosso, já tão moroso, Judiciário.

### 3. Regimes matrimoniais de bens

A grande alteração, nesta parte ocorrida, não foi certamente a supressão do regime dotal, pois não bastasse a sua manifesta inconstitucionalidade, nunca se mostrou útil, tampouco caiu no agrado do povo brasileiro. Também não pode ser atribuída a introdução no rol dos chamados regimes nomeados, do complicado regime de participação final de aqüestros, híbrido dos regimes da comunhão universal e da separação de bens (arts. 1672 a 1686). A verdadeira e importante novidade está, sem dúvida alguma, na admissão da mutabilidade do regime anteriormente escolhido (art. 1639, § 2º), uma vez que até então o regime de bens era irrevogável (art. 1916, 230).

Só o futuro poderá dizer, no entanto, se andou bem o legislador. Pessoalmente, nunca vi com bons olhos a imutabilidade do regime de bens. Entendo, como já entendia, antes, o velho Carvalho Santos, que o interesse dos cônjuges, em muitos casos, aconselha a modificação, e que, no tocante a terceiros, seus direitos podem ficar ressaltados, sem que haja necessidade de se acolher, inflexivelmente, o princípio da imutabilidade, imposto pelo legislador de 1916. Em verdade a idéia não é nova; numerosas legislações alienígenas, como a suíça, a austríaca e a alemã, já permitiam a alteração do regime, durante o casamento. A possibilidade de mudança de regime, no entanto, não é irrestrita, depende de autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, depois de apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros (art. 1639, § 2º).

Outra inovação trazida pelo Código de 2002, que considero bastante positiva, foi o desaparecimento da exigência de outorga uxória, quando o regime adotado pelo casal for o da separação absoluta de bens, para a prática dos atos elencados nos quatro incisos do artigo 1647, quais sejam: alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança ou aval; fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

#### 4. Direitos e deveres dos cônjuges

O novo Código Civil descreve através de suas normas reguladoras da questão familiar, a curva evolutiva já traçada pelo legislador constituinte de 1988. Desapareceu assim do novo texto o modelo da sociedade conjugal diferenciada, assente sobre a idéia da complementaridade dos sexos, refletida na função específica de cada um dos cônjuges dentro da família. A família passou a ser uma sociedade funcionalmente indiferenciada ou, pelo menos, não tipicamente diferenciada, assente sobre dois novos princípios: o da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (igualdade jurídica) e o da direção conjunta ou da co-direção, quer nas relações de caráter pessoal, quer nos assuntos de natureza patrimonial. O referido princípio da co-direção envolve a necessidade de acordo sistemático dos cônjuges na condução dos assuntos da família. E reveste-se de uma importância prática muito grande naqueles domínios fundamentais, como o governo doméstico, a fixação da residência do casal, a administração dos bens e o exercício do poder familiar.

Eliminada a distribuição clássica dos direitos e deveres dos cônjuges, a gestão da sociedade matrimonial far-se-á, doravante, de harmonia com a convenção inicialmente firmada entre os nubentes, ou, na falta de pacto inicial, na sequência das deliberações por eles tomadas sobre a vida do lar (custeio das despesas domésticas, feitura e preparo das refeições, assistência e cuidado dos filhos etc.). Se não for possível o acordo, será lícito a qualquer dos cônjuges recorrer ao judiciário para que este decida em termos definitivos a controvérsia. Ao marido não mais compete a representação externa da sociedade conjugal, a administração dos bens do casal; e à mulher também não mais pertence nem o governo doméstico, nem a direção do lar. Cada um dos cônjuges passou a administrar livremente os seus bens próprios, sem necessidade, para a mulher, de reservar para si esse poder, nas cláusulas do pacto antenupcial. Aos bens comuns foi adotada a regra da co-direção ou direção conjunta.

Eliminadas as desigualdades entre homem e mulher, não mais se admite o bem reservado para a mulher casada. O poder paternal, agora chamado de poder familiar, passou a ser exercido por ambos os pais, de comum acordo, podendo qualquer deles recorrer ao tribunal na falta de acordo sobre questões de particular importância (art. 1631 e parágrafo). A igualdade compreende, também, se ponha de lado a preferência da mãe na guarda dos filhos menores (arts. 1584 e 1612). No que toca ao direito de uso do nome de família, o novo Código trouxe profundas modificações. Doravante tanto a mulher poderá adotar os apelidos do marido, como o marido acrescer aos próprios o apelido da mulher, sem a menor preocupação do estabelecimento de um nome institucional da família (art. 1565, § 1º). De igual forma, os filhos tanto podem ostentar os apelidos só do pai, ou só da mãe, como podem ter os apelidos de um e outro.

## 5. Dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal

Muitas, nesta parte, foram as modificações introduzidas pelo novo Código. A primeira que merece ser destacada, embora não se encontre inserida no Livro do Direito de Família, nele repercute fortemente; falo dos artigos 6º e 7º, que deram, à chamada morte presumida efeitos não previstos no sistema anterior. No Código revogado, os efeitos dela decorrentes eram meramente patrimoniais, não implicavam em extinção da personalidade (arts. 411 e 412). Maior cautela deverá, agora, ser exigida na declaração da presunção de morte, tamanhas e tão graves as consequências dela advindas no plano familiar.

Imagine o leitor os problemas que surgirão com o eventual regresso de alguém que foi declarado morto. Pense na hipótese dele encontrar sua mulher casada com outro. Nossa lei não oferece solução ao problema. Nós, no entanto, não poderemos nos furtar de resolvê-lo. A solução que me parece mais correta, é a adotada pelo direito argentino, qual seja, os novos vínculos preferem os antigos. A questão, no entanto, não é fácil, tanto que encontra na doutrina estrangeira soluções das mais diversas. Melhor estaria nosso legislador se houvesse traçado uma linha para a solução dos problemas que, certamente, advirão da amplitude dos efeitos que deu à chamada morte presumida. Ao omitir-se, permitiu que se instale no país, ao menos num primeiro momento, uma verdadeira loteria togada.

Essas novas disposições (arts. 6º e 7º), de qualquer forma, melhor se harmonizam com a Lei de Registros Públicos, que no seu artigo 88, já permitia a justificação judicial de morte, naqueles casos de grandes sinistros. Outra alteração digna de nota, é referente a separação por grave doença mental. Aqui tivemos um encurtamento do prazo para sua postulação, antes de cinco anos, agora de dois (art. 1572, § 2º). Mantida, no entanto, injusta punição contra o cônjuge que, casado em comunhão universal de bens, requerer a separação (art. 1572, § 3º). Falo apenas em regime de comunhão universal, porque nos demais a comunicabilidade não se aplica a bens remanescentes que o demandado trouxe ao casamento.

Na separação amigável, também tivemos um encurtamento de prazo. Para a homologação da separação por mútuo consentimento basta agora que o casamento tenha perdurado por mais de um ano, não dois, como era exigido no sistema anterior (art. 1574). No divórcio, mais inovações. De agora em diante, independentemente de sua modalidade, poderá o divórcio ser obtido sem que haja prévia partilha de bens (art. 1581). O afastamento da partilha como condicionante à obtenção do divórcio, é medida que reflete posicionamento que já vinha se firmando na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais. Não havendo mesmo razão para impedir que o casal resolva sua situação pessoal, em nome da prevalência de interesse financeiro.



Se ao afastar a partilha como condicionante à obtenção do divórcio o Código inovou para melhor, noutro, entendo ter retrocedido. Falo do § 2º do artigo 1572, que permitiu a manutenção do nome de casado após o divórcio. Melhor solução, sem dúvida, era a dada pelo artigo 25 da Lei 6515, de 1977, que só permitia a manutenção do nome de casada pela divorciada em situações excepcionais, quais sejam: evidente prejuízo na sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome e o dos filhos havidos da união dissolvida; dano grave em decisão judicial.

## 5. A guarda e visita dos filhos

A guarda dos filhos de pais separados ou divorciados é matéria que volta a ser disciplinada pelo Código Civil (arts. 1583 a 1590). E como era mesmo de se esperar, manteve-se o legislador dentro da linha que já vinha sendo traçada pela jurisprudência. A regra geral é que decretada a separação ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1584). Regra essa que, como as demais, também se aplicam aos casos de anulação de casamento e ruptura de união estável, em havendo filhos comuns do casal.

Quanto ao direito de visitas do pai ou da mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, o novo Código não o apenas o mantém, como estimula o seu exercício (art. 1589). Lamento, apenas, não tenha o novo Código tratado do direito de visitas dos avós e outros parentes do menor, tão necessárias à preservação dos respectivos laços de afetividade.

## 6. Alimentos

Alimentos continuam sendo devidos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho a própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (art. 1695). A reciprocidade do direito, também foi preservada no novo ordenamento (art. 1696); da mesma forma, mantida foi a transmissibilidade da obrigação aos herdeiros do devedor (art. 1700).

A irrenunciabilidade, outrora limitada aos alimentos decorrentes de parentesco, estende-se agora àqueles devidos em razão de casamento (art. 1707). O que implica em dizer, que não mais poderão os cônjuges, por ocasião da separação, renunciar ao direito alimentar. A inovação é desastrosa, sob todos os aspectos. Se, com a separação, desaparece o dever de mútua assistência e se as vontades dos ex-cônjuges, manifestam-se livremente, não a aspecto de ordem pública a ser preservado na renúncia aos alimentos.

Mais questionável, inclusive, sob o aspecto moral, o dispositivo que permite que, mesmo culpado o cônjuge pela separação, possa exigir alimentos do outro, se não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho (art. 1704, parágrafo único). Os alimentos aqui referidos serão apenas os indispensáveis à subsistência do ex-cônjuge, quer dizer, de valor bastante inferior aos que seriam devidos em casos de ausência de culpa. Essa a orientação traçada pelos §§ 1º e 2º do artigo 1694 do Código Civil.

## 7. Relações de parentesco

No novo Código continua inexistindo limite para o parentesco em linha reta, seja ela ascendente ou descendente (art. 1591). Na linha colateral, houve redução de dois graus, ou seja, parentesco agora só existe até o quarto grau (art. 1592). O vínculo de afinidade, por sua vez, passou a também abranger os companheiros (art. 1595); mantidos os limites anteriores (ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro) e sua perpetuidade na linha reta, mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável (art. 1595, §§ 1º e 2º).

## 8. Filiação

Adequou-se o novo Código ao ditame constitucional, não trazendo dispositivos diferenciadores da prole, em razão da sua origem ou impeditivos da pesquisa da paternidade ou maternidade verdadeira. Passou, também, a disciplinar a chamada fertilização *in vitro* (homóloga e heteróloga), mesmo naquelas situações de fecundação após a morte do doador (art. 1597, III, IV e V). Cabe aqui a observação de que o embrião poderá ser aninhado no útero de outra mulher, fato que faz surgir a toda a problemática da maternidade de substituição, também chamada barriga de aluguel. Poderão ou não ser cobrados os serviços de aninhamento de embrião?

A maior parte da doutrina e a própria comunidade médica mostram-se contrárias a qualquer modalidade de pagamento para essa prestação de serviço. Há, no entanto, países como os Estados Unidos da América do Norte que não só admitem a remuneração do serviço, como a incentivam. Não tendo nosso Código disciplinado a questão, cumprirá ao julgador resolvê-la. A determinação da maternidade, nesses casos de barriga de aluguel, é outra questão aberta à celeuma. Pessoalmente, entendo que mãe será aquela que teve seu óvulo fecundado. As ações negatórias de paternidade e também as de maternidade, são agora imprescritíveis; mantido, no entanto, o caráter de ações personalíssimas (art. 1601).

## 9. Direito sucessório dos cônjuges e companheiros

O novo Código inova, profundamente, a matéria relativa à sucessão do cônjuge ou companheiro. Sendo essa, certamente, a maior alteração feita no Livro do Direito das Sucessões. Eles, que no sistema anterior estavam colocados em terceiro lugar na sucessão hereditária, passam agora a integrar as duas primeiras classes preferenciais, concorrendo com descendentes ou ascendentes do morto, se ao tempo da abertura da sucessão, dele não estavam separados judicialmente, nem de fato há mais de dois anos. Idêntica, no entanto, não é a situação de ambos, como adiante ficará demonstrado.

Ao cônjuge o legislador confere a qualidade de herdeiro necessário (art. 1845), o que de pronto lhe assegura direito sobre a metade dos bens da herança, a chamada legítima, da qual só será afastado por indignidade ou por deserdação (art. 1846). Vedada a gravação de sua legítima com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, salvo se houver justa causa, declarada no testamento (art. 1848). Justamente na questão da deserdação que cometeu a nova lei o seu maior erro, porquanto deixou de traçar hipóteses pelas quais poderia o cônjuge ser deserddado. Não sendo possível a utilização da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão fica sem qualquer possibilidade de solução.

Concorrendo o cônjuge com descendente, só herda se não era casado em comunhão universal de bens ou com separação obrigatória, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (art. 1829, I). Admitida sua participação, terá direito a quinhão igual aos que sucederem por cabeça, não podendo sua cota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (art. 1832). Em concorrência com ascendente herda sem restrições quanto ao regime matrimonial de bens (art. 1829, II). Recolherá um terço da herança quando o concurso se fizer com ascendente em primeiro grau; metade, se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau (art. 1837).

Na falta de descendente ou ascendente, a herança lhe será deferida por inteiro (art. 1838). O pressuposto da lei para a limitação quanto ao regime é de que havendo comunhão ilimitada, não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes. Manteve, outrossim, o novo Código o direito real de habitação, estendendo-o a qualquer regime de bens (art. 1831). Ao companheiro ou companheira, o Código não conferiu a qualidade de herdeiro necessário e sua participação na sucessão do outro só se dá em relação aos bens adquiridos, onerosamente, na vigência da união estável (art. 1790).

Concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do

que couber a cada um deles; com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (art. 1790, I a IV). Nesse concurso diferenciado difícil será a partilha quando houver filhos comuns e não comuns do casal. Haveríamos de conjugar os incisos I e II do artigo 1790. Ocorre, entretanto, que os dispositivos são manifestamente incompatíveis, em vista da necessidade, inclusive constitucional, de se manter a igualdade de quinhões entre os filhos. A única solução que, neste caso, me parece viável é dar prevalência a regra do inciso I, dividindo-se igualmente a herança entre todos.

Lamentável o silêncio do novo Código sobre o direito real de habitação do companheiro. Embora previsto na Lei 9.278, de 1996, poderá essa omissão levar a afirmação de ter sido ele implicitamente revogado pela lei nova. Vê-se, portanto, que em matéria sucessória fica o companheiro bastante inferiorizado em comparação com o cônjuge, o que é, no mínimo, deplorável. Discutível, inclusive, a constitucionalidade da diferenciação feita pelo novo Código, face ao teor do artigo 226 da Carta Federal.

#### **10. Cessão de direitos hereditários**

Com o novo Código passou a herança à ser considerada indivisível até a partilha, regendo-se pelas normas do condomínio (art. 1791). Justamente por isso foi dado aos herdeiros direito real de preferência em igualdade de condições, na cessão a estranho, com direito de adjudicação em até cento e oitenta dias após a transmissão (arts. 1794 e 1795). Firma-se com isso, o que já vinha sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

#### **11. Exclusão de herdeiro**

Aqui também tivemos modificação. As hipóteses até então existentes foram ampliadas pelo novo Código para compreender também os atentados ao cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente do autor da herança (art. 1814).

#### **12. Fideicomisso**

Continua o fideicomisso a permitir a substituição fideicomissária, embora agora restrito a casos de herdeiros ainda não concebidos ao tempo da morte do testador (art. 1952). Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário (art. 1952, parágrafo único).

### 13. Conclusão

São estas, caro leitor, algumas observações que entendi oportuno trazer nessa ocasião. Procurei expor pontos que me pareceram relevantes. Busquei elencar o prático, tão necessário hoje em dia. E havia muito mais de que falar. Mas receio estar falando tudo o que já se sabia. Receba minhas palavras como as de alguém interessado em encontrar soluções válidas para a prestação de bons serviços judiciários, para o bem do povo e tranquilidade da consciência.

### 14. Referências bibliográficas

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### TAMG

Proteção ao patrimônio ideal do ser humano. Discriminação em virtude da atividade profissional exercida. Violação ao postulado da dignidade da pessoa humana.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - DISCRIMINAÇÃO - CLUBE RECREATIVO QUE EXPULSA CONVIDADA, EM RAZÃO DE SUA PROFISSÃO - DANO MORAL CONSUBSTANCIADO.

- A expulsão de uma pessoa de um clube recreativo, em face do negócio jurídico por ela explorado, constitui violação ao patrimônio ideal do ser humano, que se caracteriza por sua honra subjetiva, devendo, em princípio, ser indenizada.

- O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização. (TAMG, 5ª Câmara Cível, 2.0000.00.373180-2/000, Rel. Juiz Mariné da Cunha, j. 24.10.2002, DJ 06.11.2002).

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 DA MUTABILIDADE DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS MESMO QUANDO IMPOSTA, *A PRIORI*, A SEPARAÇÃO LEGAL NO CASO DE CASAMENTO DE MENORES DE IDADE

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES  
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Bacharel em Direito

##### 1. Acórdão

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
2ª CÂMARA CÍVEL  
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0394.03.034395-5/001  
COMARCA: MANHUAÇU  
APELANTE: A.B.N. e L.B.B.  
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
RELATOR: DESEMBARGADOR NILSON REIS  
DATA DO JULGAMENTO: 3 DE MAIO DE 2005

**EMENTA:** ORDINÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO - ART. 1.639 DO CC - ALCANCE. As disposições do art. 1.639 do CC sobre alteração do regime de bens não alcançam o casamento realizado sob o regime obrigatório da separação de bens. APELO IMPROVIDO.

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

##### VOTO

Conheço do recurso, porque presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação ordinária com pedido de modificação do regime de bens no casamento, proposta por A.B.N. e L.B.B., cuja petição inicial foi indeferida, com base nos artigos 267, I c/c 295, I, parágrafo único, III, do CPC (impossibilidade jurídica do pedido) (f. 17-19).

Os autores, inconformados, apelam (f. 21-27) e sustentam que o pedido de modificação do regime de bens do casamento é juridicamente possível, porquanto previsto pelo § 2º do art. 1.639 do CC. Por fim, dizem que a alteração do regime de casamento não viola o ato jurídico perfeito, porquanto não se deve considerá-lo como absoluto, e a vontade das partes deve prevalecer, conforme faculta a legislação civil em vigor.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 39-41, TJ, opina pela procedência do recurso.

Assim relatados, passo à decisão.

A análise dos autos revela que os apelantes contraíram matrimônio sob o regime da separação de bens, por força do art. 258, parágrafo único, e art. 214 do Código Civil de 1916 (f. 06), ou seja, regime obrigatório. Aliás, o regime obrigatório tem por fundamento o fato de conquanto os nubentes tenham liberdade na escolha do regime matrimonial de bens, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em determinados casos excepcionais, um regime obrigatório, no caso, o da separação de bens (RT 561-70).

O Código Civil em vigor, à luz do art. 1.641, manteve a orientação do Código Civil revogado, isto porque o regime obrigatório ou regime legal (de separação de bens no casamento) restou previsto para as pessoas que se enquadram nas hipóteses dos incisos I, II e III. Os apelantes, pelo teor da certidão de casamento de f. 06, pertencem ao grupo do inciso III do art. 1.641 do CC.

Nesse contexto, do ponto de vista lógico-sistemático e teleológico que preside a interpretação do Direito de alteração do regime no casamento, tem como limite de admissibilidade o regime obrigatório da separação de bens no casamento, ou seja, aqueles expressos nos incisos do art. 1.641 do CC. Imaginar o contrário é interpretar a legislação de modo parcial, quando o seu contexto dirige-se a um todo.

Ademais, se o legislador de 2002 não quisesse que o regime obrigatório da separação de bens perdurasse no tempo, decerto que teria dito no § 2º do art. 1.639 do CC que é admissível a alteração do regime de bens, inclusive em relação ao regime obrigatório a separação de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Ressalvo que tenho adotado entendimento de possibilidade de alteração do regime de bens (por exemplo, quando da relatoria da Apelação nº 1.0024.03.001131-6/001), quando inexistente prejuízo aos cônjuges ou a terceiros, inclusive sem distinção entre casamentos realizados sob a égide do antigo ou do atual Código Civil, mas, em casos de escolha de regime de bens voluntária, o que não é, de todo, o caso dos autos. Como já dito, o fato de terem os apelantes contraído núpcias sob o regime de separação legal de bens, devido à menoridade, à época, os impede de alterá-lo, ainda que alcançada a maioridade. Teríamos, no caso, uma burla à lei.



Com efeito, o pedido dos apelantes de modificação do regime de bens no casamento configura-se juridicamente impossível, porquanto não autorizado pelo ordenamento jurídico. Em suma, as disposições do art. 1.639 do CC sobre alteração do regime de bens não alcançam o casamento realizado sob o regime obrigatório da separação de bens.

Assim sendo, nego provimento à apelação, para confirmar a r. sentença recorrida.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): JARBAS LADEIRA e BRANDÃO TEIXEIRA.

SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO.

## 2. Razões

A despeito de o CC/2002 ter expressamente consagrado o princípio da mutabilidade do regime matrimonial de bens no Direito de Família (art. 1.639, § 2º), tem-se entendido que tal autonomia encontra barreira no seu art. 1.641, o qual prevê a imposição, em nosso entendimento, *de forma inconstitucional*, do regime de separação legal ou obrigatória em três situações distintas: a) casamento contraído com inobservância das causas suspensivas; b) casamento da pessoa maior de sessenta anos; c) casamento de todos que dependerem de suprimento judicial. Essa última situação é objeto de nossos comentários.

Há também quem sustente a inconstitucionalidade de tal vedação, inclusive por ferir o princípio da isonomia, uma vez que ela não se aplica aos casos de união estável. Por outro lado, os Tribunais têm feito uma interpretação meramente literal do dispositivo, pugnando por sua aplicabilidade incondicional, mesmo diante das abalizadas críticas oferecidas por determinado setor da doutrina.

Foi o entendimento esposado no acórdão ora comentado, em que a 2ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais concluiu que a alteração do regime de bens pode ser aplicada inclusive aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, mas sendo inviável a sua aplicação se for verificada a hipótese do inciso III do art. 1.641 do CC/2002. Assim, trata-se de matéria polêmica para a qual tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda não possuem um entendimento uniforme. Logo, esperamos poder apresentar os dois pontos de vista acerca do presente assunto para, ao final, tecermos a nossa proposta de alteração do dispositivo em questão.

### 3. Comentários

#### 3.1 Consagração da Mutabilidade ou Revogabilidade do Regime de Bens

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, § 2º, consagrou o chamado *princípio da mutabilidade* do regime de bens mediante autorização judicial, desde que:

- a) o pedido seja formulado em consenso por ambos os cônjuges;
- b) apurada as razões invocadas;
- c) ressalvados os direitos de terceiros.

Assim, aboliu-se a imutabilidade ou irrevogabilidade do regime de bens do art. 230 do CC/1916. Sobre as razões de o legislador ordinário ter adotado a imutabilidade no CC/1916, Venosa (2003, p. 171) anota que ela foi erigida na lei “[...] como garantia aos próprios cônjuges e para o resguardo ao direito de terceiros”. E completa:

No curso da vida conjugal, um dos cônjuges poderia fazer prevalecer indevidamente sua vontade para alterar o regime em detrimento do outro ou dos credores do casal. Terceiros que contraem obrigações com pessoas casadas devem conhecer seu regime de bens, porque dele decorrem inúmeros reflexos nos negócios jurídicos. Nosso sistema de 1916 não permitia, pois, que o regime escolhido fosse alterado no curso da vida conjugal. Não é o que ocorre em todas as legislações.

Rodrigues, em sua obra atualizada por Cahali (2006, p. 149) transcreve a lição de Lafayete acerca da imutabilidade do regime de bens prestigiada no CC/1916:

Uma vez definitivamente estabelecido [o regime de bens], não pode mais ser alterado ou modificado. Esta salutar disposição legal é determinada por motivos os mais ponderosos. A permissão de alterar o regime de bens na constância do matrimônio, além de deixar os direitos do cônjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da sedução e da astúcia do outro, colocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompatível com a estabilidade de ordem pública que lhes é mister.

Pela simples leitura da citação colacionada acima, percebe-se que a ideologia reinante à época era a de absoluta presunção de inferioridade, *in casu*, da esposa em relação ao marido, bem como se constata a indisfarçável nota característica dos chamados códigos oitocentistas, consistente na desmesurada proteção do patrimônio. Assim, observa-se que nem de longe tal ideologia deixou-se influenciar por princípios como

o da igualdade entre os cônjuges (CF/88, arts. 5º e 226, § 5º, e CC/2002, art. 1.511), o do planejamento familiar conjunto (CF/88, art. 226, § 7º, e CC/2002, art. 1.565, § 2º), o da comunhão de deveres recíprocos (CC/2002, arts. 1.566 e 1.567, *caput*), o da solidariedade e proteção familiar (CF/88, art. 226), entre tantos outros princípios constitucionais da família.

A preocupação exagerada com o patrimônio, aliada à presunção de que um dos consortes sempre irá ludibriar o outro em determinados casos, não mais tem espaço nos dias atuais, que são marcados por uma participação cada vez mais efetiva, paritária e consciente de ambos os cônjuges nos rumos do casamento. Na atual sistemática do CC/2002, vale observar que, para a implementação da alteração do regime de bens, os direitos de terceiros deverão ser assegurados, o que se constitui em mecanismo eficiente para evitar a fraude e outras burlas.

Rodrigues (2006, p. 150) aponta, no direito comparado, outros países cujo sistema jurídico adota a teoria da revogabilidade dos regimes de bens: Alemanha, Suíça, França, Bélgica e Itália. Seja como for, o fato é que agora é possível que os cônjuges alterem o regime de bens no decorrer da sua vida conjugal, dispondo da mesma forma que os bens comuns. Escreve Dias (2005, p. 210) que o “[...] único limite é o mínimo ético de qualquer avença, que não deve afrontar disposição expressa de lei (1.655)”.

A mobilidade no tocante aos bens comuns sempre foi nota característica nas uniões estáveis e talvez tenha sido essa a inspiração para o legislador inovar a ordem jurídica nesse particular, pois como afirma Venosa (2003, p. 171), manter a “[...] imutabilidade do regime de bens seria tratar o casamento de forma mais rigorosa que a união sem casamento”.

### **3.2 Da Alteração do Regime de Bens no Caso da Separação Obrigatória ou Legal Imposta àqueles que Dependerem, para Casar, de Suprimento Judicial. Da Releitura do Art. 1.641 do CC/2002**

O Código Civil, de 2002, dispõe:

Art. 1641. É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de sessenta anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (grifo nosso).

Antes de abordarmos propriamente a matéria, é importante trazer a distinção entre separação absoluta ou convencional de bens e separação legal ou obrigatória de bens, segundo a lição de Nery Junior e Nery (2003, p. 746):

No regime de separação (convencional) de bens, como previsto neste capítulo (CC 1687 e 1688), os nubentes estipulam livremente em contrato (pacto antenupcial CC 1653 e 1657), antes de celebrado o casamento (CC 1639), o que melhor lhes convém quanto aos seus bens. Já o regime de separação *obrigatória* de bens, que se impõe em virtude de situação peculiar dos nubentes nos termos do CC 1641 e incisos, não decorre de convenção das partes, mas de imposição de lei, e por isso se diz, *regime de separação legal de bens*.

Dito isso, reitera-se que o acórdão em comento negou a possibilidade de o casal alterar o regime matrimonial de bens devido ao fato de que, à época em que contraíram o casamento, precisaram do suprimimento judicial (CC/1916, art. 258, parágrafo único, IV, c/c art. 214, *caput*).

Vale frisar que o motivo do não-provimento ao apelo não foi o fato de as núpcias terem sido celebradas sob a vigência do CC/1916; isso inclusive foi ressaltado pelo Relator no curso do voto. A razão pela qual o Tribunal de Justiça justificou a improcedência do pedido formulado foi, repita-se, o fato de o art. 1.641, III, do CC/2002 impor a separação legal como regime de bens, o qual, segundo o Relator, deve perdurar durante toda a existência da vida conjugal nesse caso.

Com o devido respeito, não concordamos com o entendimento exarado nesse acórdão do TJMG. Várias são as razões que nos levam a afirmar que o inciso III deve ter compatibilizada a sua interpretação com os princípios e nuances que permeiam todo o sistema.

Além disso, reputamos ilegítima a opção feita pelo legislador ordinário de 2002 que, não obstante tenha promovido verdadeiros progressos no campo do Direito Civil, não andou bem em relação a essa particular questão. Em obra clássica, Perlingieri (2002, p. 3) aduz que, diante das escolhas legislativas ilegítimas, o jurista pode se empenhar em uma atividade, às vezes, historicamente louvável, de resistência contra elas. Trata-se de questão que coloca de um lado a chamada *fidelidade ao ordenamento* e, de outro, o *direito de resistência*.

Como exemplo, Perlingieri (2002, p. 3) anota que na época do nazismo, parte da jurisprudência alemã e italiana soube colocar um freio, mesmo que limitado, na atividade legiferante referente às normas que inspiravam distinção de pessoas com

base na raça. Assim, de acordo com as circunstâncias, era necessário aplicar tais normas, ora de maneira restritiva, ora de maneira ampliativa.

Sob semelhante viés, Almeida (2003, p.149) escreve que é “[...] dentro do Estado Democrático de Direito que o Poder Judiciário Brasileiro tem a função de transformar positivamente a realidade social, no sentido de implementação da igualdade material”. Para o autor, essa tarefa fundamental do Poder Judiciário está consagrada, com dignidade constitucional de cláusula pétrea, no capítulo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, mais precisamente no art. 5º, XXXV. E conclui Almeida (2003, p. 150):

Essa implementação material do Estado democrático de direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido do seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de um lado, *proteção* dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro, de *efetivação*, no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva.

Passemos a alguns argumentos que nos conduzem à possibilidade da mutabilidade do regime matrimonial de bens mesmo quando verificada a hipótese do art. 1.641, III, do CC/2002.

**a) Da ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que não há similar barreira em se tratando da união estável**

Em primeiro lugar, é patente a ofensa ao princípio da isonomia, pois não há similar barreira em se tratando da união estável. Dias (2005, p. 209) refere-se às hipóteses do art. 1641 como sendo “[...] raras e inconstitucionais exceções”, comparando-se com a união estável, em que “[...] plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, tudo o que quiserem”. E mesmo assim, no caso de união estável, no silêncio dos conviventes, o art. 1.725 do CC/2002 impõe o regime de comunhão parcial de bens, o qual é, pelo menos a princípio, mais *justo e harmônico* que o gravoso regime da separação obrigatória. E conclui a desembargadora gaúcha:

No momento em que a Constituição concedeu o mesmo *status* ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é no mínimo inconstitucional reconhecer que há limitação à liberdade de decidir as questões patrimoniais no casamento, sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão.

Dias (2005, p. 65) lembra que em sede do *direito das famílias* vigora o princípio constitucional da proibição do retrocesso social (art. 226), decorrente da consagração constitucional da igualdade entre as próprias entidades familiares. Com base nesse princípio, nenhum texto infraconstitucional poderá fornecer tratamento diferenciado às entidades familiares de modo a representar um verdadeiro retrocesso social quando atingir direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Por isso, quando houver a atribuição de privilégio a alguma entidade familiar sem que haja a correspondente referência às outras, é necessário que o intérprete supra essa lacuna.

**b) Da ineficaz tentativa de proteção ao patrimônio dos menores, no caso de casamento celebrado por intermédio do suprimento judicial**

Ao escreverem sobre a constitucionalização ou publicização do Direito Civil, Faria e Rosenvald (2006, p. 19) ensinam que o Direito Civil contemporâneo deve ser forjado no princípio da legalidade constitucional, vocacionado principalmente para a garantia da dignidade da pessoa humana, em que a preocupação com o homem, com o humano, passa a ser o seu foco principal. Para eles (2006, p. 27), as categorias meramente patrimoniais do Direito Civil devem ser repensadas “[...] a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), *solidariedade social* (art. 3º, III) e na *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º)”.

Especificamente quanto ao inciso III do art. 1.641 do CC/2002, Rodrigues (2006, p. 143) comenta ser evidente o intuito protetivo do legislador “[...] para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do consorte”.

A imposição do regime de separação obrigatória tem evidente o intuito protetivo: de uma lado, evita, na maioria das previsões, que pessoas, pela sua posição, possam ser conduzidas ao casamento pela atração que sua fortuna exerce; e, de outro, preserva os direitos patrimoniais dos filhos, herdeiros, tutelados, curatelados e do ex-cônjuge (RODRIGUES, 2006, p. 148).

Mas em muitos casos, como pondera Rodrigues (2006, p. 143), “[...] a disposição da lei, ao invés de beneficiar, pode prejudicar a pessoa que visa proteger”. Isso ocorre porque, quando se tem em mente a exacerbada preocupação com a defesa do patrimônio conjugal nos casamentos, denota-se que tais regras como a do art. 1.641, III, do CC/2002 foram feitas apenas para as classes mais ricas da população. Esquece-se, por conseguinte, que a maior parte da população brasileira é constituída de pessoas humildes, desprovidas de grande volume de recursos. Por isso, nesses casos, é ineficaz a tentativa de proteção a um patrimônio que, via de regra, nem sequer existe. E mais:

tal regime pode gerar flagrantes injustiças a um dos cônjuges, como se observa da abalizada crítica feita por Rodrigues (2006, p. 147) a esse respeito;

A quase-totalidade dos casamentos realizados após a obtenção de autorização judicial é de gente pobre, que nada possui ao tempo do enlace. Se o casal depois enriquece, e como regra geral os bens de raiz são adquiridos em nome do marido, a mulher chega, ao fim da vida, pobre, ao contrário de seu consorte, em cujo nome se encontram os haveres ganhos pelo esforço comum.

Posição idêntica é a de Venosa (2003, p. 174) ao lembrar que “[...] o legislador, direcionado para uma posição essencialmente patrimonial, esbarra em nossa realidade social”, a qual nos dá conta de que os casamentos de pessoas que necessitaram de suprimimento judicial ocorre nas classes menos favorecidas, cujo patrimônio, talvez, será formado somente nos anos futuros. Por isso, a pedra de toque do novo direito civil constitucional não é mais a preocupação exacerbada com o patrimônio do casal, mas com o próprio ser humano e o exercício de uma vida digna, a partir do *solidarismo social* e da *igualdade substancial*. Faria e Rosenvald (2006, p. 29) anotam a esse respeito:

Bem-vindos ao novo Direito Civil, construído a partir da legalidade constitucional, cujo olhar se volta para a proteção da pessoa humana e não mais para o seu patrimônio. Seus mares estão à espera de descobertas e conquistas. Sobreleva, no entanto, importante aviso aos navegantes : o caminho que se descortina, nascido da colisão inevitável entre a realidade viva e os velhos ideais do novo(?) Código Civil – inspirado em categorias jurídicas ultrapassadas – , não tem rota predeterminada. Precisa ser redescoberto. E suas pontes e portos serão construídos, a partir do reconhecimento do atual modelo de vida plural e aberta, garantindo proteção à pessoa humana.

Por fim, transcreve-se, ainda, a lição de Faria e Rosenvald (2006, p. 33) a respeito da socialização dos institutos civilistas com expressão econômica:

A tônica é a prevalência de valores mais humanitários e sociais. ‘O destaque dos elementos sociais impregnará o direito privado de conotações próprias, eliminando resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é fim último da norma, equilibrando-se os diferentes interesses por ela regidos’, consoante o pensamento de Carlos Alberto Bittar.

**c) Da Súmula nº 377/STF como um abrandamento ao rigor do regime de separação legal de bens e sinalização de mudanças**

Diz a Súmula nº 377 do STF: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. A Súmula foi aprovada em sessão plenária do Pretório Excelso em 03.04.1964 e teve como precedentes, entre outros, o RE nº 7243 (embargos), RE nº 9128, RE nº 10951 e RE nº 8894 (embargos), “[...] embora a sua jurisprudência não fosse firme nem constante”, lembra Rodrigues (2006, p. 172).

Com isso, explica Dias (2005, p. 232), o “Supremo Tribunal Federal sinalizou a possibilidade de divisão do acervo adquirido durante o casamento em nome de um dos cônjuges”. Logo, tal presunção de comunicabilidade instituída pela Súmula nº 377/STF, em relação aos casamentos celebrados sob o regime de separação obrigatória, visa a coibir o enriquecimento sem causa de apenas um dos cônjuges em detrimento do outro.

Se os cônjuges que se casaram sob a rubrica da separação legal, no caso do art. 1.641, III, do CC/2002, pudessem alterar, no futuro, o regime patrimonial para o de comunhão parcial, os efeitos práticos nesse caso seriam os mesmos observados a partir da aplicação da Súmula nº 377/STF, evitando-se, assim, locupletamento ilegal de um dos cônjuges sobre o outro. Para Dias (2005, p. 234), o conteúdo ético do enunciado é nítido, de forma a assegurar a meação no patrimônio construído. E acrescenta mais:

Impositivo reconhecer, no mínimo, que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros, obtidos na vigência do casamento. Aliás, esta é a lógica que inspirou a edição da Súmula. O casamento gera plena comunhão de vidas (1.511). Em decorrência do dever de mútua assistência (1.566 III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (1.565). Surge verdadeiro vínculo de solidariedade (265), não se justificando a vedação, sob pena de se fomentar o enriquecimento indevido de um em detrimento do outro.

De toda forma, é bastante válida e salutar essa súmula, cujo efeito prático foi o de aproximar o regime de separação legal ao de comunhão parcial. Rodrigues (2006) posiciona-se favoravelmente à aplicação da Súmula nº 377/STF inclusive nos casos da separação convencional.

No regime de separação convencional de bens, até poderíamos, em certos casos, sustentar a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, tendo em vista que essa foi a opção dos nubentes ao tempo do matrimônio. Mas, impor a



incomunicabilidade de maneira cega àqueles que não puderam optar, isso se caracteriza uma indevida ingerência do Estado e uma agressão aos valores constitucionais que permeiam o casamento.

Duas jovens pessoas que resolverem se casar dificilmente terão patrimônio ao tempo do casamento. Tendo em vista as juras *de amor e fidelidade*, notadamente feitas durante a juventude, é inegável que a maioria dessas uniões é permeada por desejo de ajuda mútua, espírito de solidariedade e sentimento de afetividade, de tal modo que tudo aquilo a ser conquistado pelos cônjuges fatalmente virá do seu esforço comum. Em outras palavras, os cônjuges vivem uma atmosfera de completa união, jamais de divisão ou distinção. Logo, impor-se a separação legal é, no mínimo, incoerente, levando-se em consideração as expectativas do casal e o novo perfil eudemonista da família, explicado por Dias (2005, p. 67) a partir da consagração do chamado *princípio da afetividade*:

A família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família que progride à medida que regride ao seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família. Por isso a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Além disso, vale lembrar que o art. 1.688 do CC/2002 dispõe que “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”. Como se vê, a solidariedade familiar parece mesmo ser o lema nos novos perfis de entidades familiares. Por isso, a regra é a comunhão de obrigações e direitos, sendo certo que os bens adquiridos ao longo dos anos de vida matrimonial comum devem mesmo ser atribuídos a ambos, concepção que, todavia, é vedada pelo art. 1.641, III, do CC/2002.

Assim, pode-se dizer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência há muito vêm cumprindo o seu papel no sentido de se repararem injustiças descabidas; espera-se, agora, uma atitude coerente do legislador para atualizar o *Codex* à própria realidade social.

### 3.3. Das Propostas de Alterações

Como vimos, várias são as premissas que nos permitem afirmar a não-razoabilidade de imposição da imutabilidade do regime patrimonial em relação aos que necessitaram de suprimimento judicial para se casarem (CC/2002, art. 1.641, III).

Vale lembrar que, na sistemática do CC/2002, o suprimimento judicial divide-se em duas espécies: o *suprimimento do consentimento ou da outorga* (art. 1.517, parágrafo único) e o *suprimimento da idade* (art. 1.520). Na primeira hipótese, os nubentes são maiores de 16 e menores de 18 anos, portanto atingiram a idade núbil, mas não obtiveram o consentimento ou a outorga dos pais, conforme exige o *caput* do art. 1.517 do CC/2002. Na segunda, permite-se o casamento dos absolutamente incapazes, portanto sem a idade núbil de 16 anos, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da menor.

A diferença é que no primeiro caso, trata-se de menores relativamente incapazes e que precisam do consentimento dos pais para casar, ao passo que no segundo, trata-se de absolutamente incapazes, os quais, mesmo com o consentimento dos pais, não podem casar-se senão mediante suprimimento de idade a ser deferido pelo juiz. Tanto numa como noutra, a consequência é irremediavelmente a mesma, qual seja, a da imposição do regime obrigatório de separação devido ao suprimimento judicial concedido (CC/2002, art. 1.641, III).

A teor do acórdão em comento, parece que os apelantes, menores de 16 anos, casaram-se durante a vigência do Código Civil de 1916 para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal (CC/1916, art. 214, *caput*) e por isso necessitaram do suprimimento judicial em relação à idade (CC/1916, art. 258, parágrafo único, IV).

A imposição da imutabilidade do regime de bens nos casos de *suprimimento do consentimento* é ainda mais descabida. Como se sabe, o suprimimento judicial nesses casos ocorre quando verificada a injustificável resistência dos pais em manifestar a sua outorga ao casamento. Nery Junior e Nery (2003, p. 694) aduzem o seguinte:

Suprimimento da outorga. O Código quer que o casamento seja realizado com a aquiescência de ambos os pais, mas não pretende impedi-lo porque somente um deles o não aprove (Bevilaqua, CC, v. II<sup>10</sup>, 186, 26). É possível que o interessado busque em juízo a outorga para a realização do ato, se a negativa de anuência ou de autorização for despropositada, ou se se deu de forma inadequada. CF, 5º, XXXV: 'A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'.

Ora, se a resistência é de todo descabida, por qual razão os nubentes deveriam ter que se resignar por toda a vida diante de um regime que não espelha a ideologia das núpcias que contraíram? Se a negativa dos pais em anuir ao casamento foi reputada injusta pelo Judiciário, qual o motivo de impedir a modificação posterior do regime de bens?

A esse respeito, também escreve Dias (2005, p. 235): “Assim, injusto o regime de incomunicabilidade total dos bens, não havendo porque o Estado impor qualquer tipo de punição quando a própria Justiça chancelou a realização do matrimônio”. E mais à frente, a jurista conclui com sabedoria:

Com o suprimimento judicial da idade núbil, o requisito da idade foi satisfeito por ordem emanada do Poder Judiciário. Cabe questionar: de que vale então dito suprimimento? Afinal, o juiz supriu ou não supriu a falta do requisito obrigatório? De qualquer forma, é no mínimo estranho que o juiz libere da penalização os noivos menores de 16 anos, cujos pais sequer concordaram com o casamento, e não possa conceder o mesmo ‘perdão’ em se tratando de noivos com mais de 60 anos.

Seja como for, acreditamos que os menores que tenham se casado mediante suprimimento judicial (*suprimimento do consentimento ou suprimimento da idade*) devem ser liberados da imposição do regime de separação legal. Assim, apontaremos aqui a nossa sugestão em relação ao art. 1.641, III, do CC/2002.

Em primeiro lugar, é de consignar que o art. 1.641, III, do CC/2002 não veda expressamente a alteração do regime patrimonial. O artigo apenas determina que os cônjuges, nesse caso, deverão adotar, *no momento do casamento*, o regime de separação obrigatória, sendo silente, portanto, em relação a uma possível alteração desse regime *a posteriori*. Por isso, dizemos aqui que a imutabilidade, *in casu*, é apenas aparente, pois, além de não encontrar óbice legal expressamente previsto no *Codex*, a sua aceitação está de acordo com os fins sociais a que se dirige a norma.

O foco da proteção do art. 1.641, III, do CC/2002 deve ser transmutado do aspecto meramente patrimonial para a dimensão da verdadeira felicidade dos consortes, aí entendida como o conjunto de fatores que possibilitará a realização do novo e moderno perfil do conceito de família, calcada na dignidade da pessoa humana, no solidarismo, na democracia e no humanismo, assim como voltada para a tutela da pessoa humana, esta, sim, sujeito de direitos.

Concordamos com Dias (2005, p. 37) quando sustenta que a família adquiriu uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais

de seus componentes, podendo afirmar que o princípio motivador do *direito das famílias* é o princípio da afetividade. Logo, em nosso entendimento, a melhor solução consistiria na adoção do critério da imutabilidade temporária, ou seja, nos casos de suprimimento judicial, os nubentes poderiam alterar o regime de bens tão logo fosse atingida a maioridade por ambos os cônjuges.

No caso concreto, o Juiz poderia analisar os diversos fatores de fato e de direito trazidos no bojo do pedido de alteração no regime de bens e, assim, deferir o pedido sem maiores auguras, desde que respeitados os requisitos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002.

Outra sugestão seria a aplicação do critério adotado pelo legislador de 2002 no que tange ao parágrafo único do art. 1.523 do CC: caso os cônjuges menores provem a ausência de bens a partilhar ou a inexistência de prejuízo patrimonial a terceiros, a lei deveria liberá-los da imposição da imutabilidade e da adoção compulsória do regime de separação legal:

Art. 1.523. ....  
Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou a inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Se tal regime visa proteger o patrimônio dos cônjuges e se nada há a partilhar, não há lógica em se adotar semelhante vedação. No caso de um ou ambos cônjuges serem herdeiros, bastaria que o sistema prevísse uma regra de incomunicabilidade de tais bens, pelo menos até atingir-se a maioridade, como sugerido acima, a partir de quando eles poderiam dirigir os rumos do casamento da forma que melhor lhes aprouvesse.

Em comentário à disposição contida no parágrafo único do art. 1.523 do CC/2002, Rodrigues (2006, p. 149) aduz ter sido prodigioso o critério adotado, pois, de um lado, evita prejudicar o cônjuge que a lei visa proteger e, de outro, preserva os direitos de terceiros, como os do ex-cônjuge ou dos herdeiros. E em relação ao art. 1.641 do CC/2002, leciona Rodrigues (2006, p. 149):

É lamentável não ter sido mais audacioso o legislador estendendo essa flexibilidade da imposição ao regime de separação obrigatória também aos demais casos do art. 1.641. *Quem sabe, por analogia, equidade, ou projetando os fins sociais a que a lei se dirige, a jurisprudência siga este caminho, suprimindo a omissão da norma,* cujo avanço ocorrido, mas contido, pode

ainda causar injustiças, como visto anteriormente. (grifo nosso).

Consta do acórdão em comento que:

[...] se o legislador de 2002 não quisesse que o regime obrigatório da separação de bens perdurasse no tempo, decerto que teria dito no § 2º do art. 1.639 do CC que é admissível a alteração do regime de bens, inclusive em relação ao regime obrigatório a separação de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Todavia, o direito é criado não apenas pelo legislador, mas por todos os seus aplicadores e intérpretes que, por uma forma ou outra, têm o poder de influenciar positivamente nos rumos da sociedade mediante a concretização da norma jurídica, sempre em prol do bem comum coletivo e do bem-estar dos cidadãos. Nessa seara, o precedente jurisprudencial é de suma importância para a efetivação da ordem jurídica justa. Perlingieri (2002, p. 20) já sustentava que o conjunto das decisões judiciais deveria representar o direito vivente, sociologicamente recuperável, otimizador das regras e princípios. O juiz ou o advogado não poderiam ficar vinculados a leis abstratas que não sejam capazes de suprir injustiças e omissões. E conclui:

Por conseguinte, no sistema jurisprudencial os precedentes têm um papel relevante; o seu fundamento está na aplicação e na interpretação de normas e princípios que não são próprios, mas que, ao contrário, pertencem ao sistema das fontes normativas primárias, sem as quais seriam ‘flores sem caules’.

A respeito do fim da aparente imutabilidade de regime patrimonial contida no art. 1.641, III, do CC/2002, Rodrigues (2006, p. 149) lança a sua sugestão aos Poderes Legislativo e Judiciário:

Àquele [legislador] para alterar a norma, e a estes [juízes] para, enquanto mantido o sistema atual, estenderem o avanço previsto no parágrafo único do art. 1.523 a todos os casos de separação obrigatória de bens, evitando-se impor situações injustas para aquele que a lei criou restrição com o objetivo de proteger.

Dias (2005, p. 28) aduz que, embora o novo Código Civil tenha sido bem-vindo, chegou velho, haja vista o seu descompasso com o sistema jurídico em vários pontos. E traz a seguinte reflexão aos operadores do Direito:

Por isso, é imprescindível que os lidadores do Direito busquem aperfeiçoá-lo: proponham emendas retificativas, realizem quem

sabe até verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece. Mas mudar era preciso. Preferir que as coisas fiquem como estão – postura tipicamente humana, pelo medo no novo – é mais fácil. De outro lado, criticar, sem nada acrescentar é uma atitude estéril que em nada contribui para que algo seja melhorado.

#### 4. Conclusão

O Código Civil, de 2002, consagrou o princípio da mutabilidade dos regimes de bens no Direito de Família (art. 1639, § 2º), mesmo em se tratando de casamentos celebrados anteriormente sob a vigência do CC/1916, segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Para que ocorra a mudança no regime patrimonial de bens é necessária a observância dos seguintes requisitos previstos no art. 1639, § 2º, do CC/2002: a) o pedido seja formulado em consenso por ambos os cônjuges; b) apuradas as razões invocadas; c) ressalvados os direitos de terceiros.

Não obstante a consagração do princípio da mutabilidade apontado acima, o art. 1.641, III, do CC/2002 prevê compulsoriamente (pelo menos no momento de celebração do casamento) a adoção do regime de separação legal de bens a todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

O suprimimento judicial divide-se em duas espécies: a) *suprimimento do consentimento ou da outorga dos pais* (CC/2002, art. 1.517, parágrafo único) e o suprimimento da idade (CC/2002, art. 1.520). Vale lembrar que, na sistemática do CC/2002, o suprimimento judicial divide-se em duas espécies: o suprimimento do consentimento ou da outorga (art. 1.517, parágrafo único) e o suprimimento da idade (art. 1.520). Na primeira hipótese, os nubentes são maiores de 16 e menores de 18 anos, portanto atingiram a idade núbil, mas não obtiveram o consentimento ou a outorga dos pais, conforme exige o *caput* do art. 1.517 do CC/2002. Na segunda, permite-se o casamento dos absolutamente incapazes, portanto sem a idade núbil de 16 anos, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da menor.

A partir de uma interpretação da norma voltada à realidade social das partes, é possível que, na hipótese do art. 1.641, III, do CC/2002 (*suprimimento do consentimento ou suprimimento da idade*), o regime de bens seja posteriormente alterado de acordo com as necessidades, características e aspirações do casal.

A vedação à mudança do regime patrimonial na hipótese do art. 1.641, III, do CC/2002, fere o princípio da isonomia, uma vez que não há similar barreira em se tratando da

união estável. Além disso, trata-se de uma ineficaz tentativa de proteção ao patrimônio dos nubentes menores de 16 anos, pois, na experiência brasileira, raramente eles já terão adquirido alguma porção significativa de bens a essa época, aliado ao fato de esse tipo de casamento normalmente ocorrer nas camadas mais pobres da sociedade.

A Súmula nº 377/STF representa um abrandamento ao rigor do regime de separação legal de bens.

Apresentamos a sugestão de que imutabilidade do regime de bens seja temporária, de modo que os nubentes menores que dependerem de suprimento judicial para casar, seja em relação ao consentimento dos pais ou em relação à idade, possam alterar o regime de bens após atingida a maioridade.

Outra sugestão seria a aplicação do critério adotado pelo legislador no que tange ao parágrafo único do art. 1.523 do CC/2002: caso os cônjuges menores provem a ausência de bens a partilhar ou a inexistência de prejuízo patrimonial de terceira pessoa, a lei deveria liberá-los da imposição da imutabilidade e da adoção compulsória do regime de separação legal.

O presente comentário visa apresentar uma grave distorção contemplada pelo legislador no art. 1.641 do CC/2002, na medida em que sobrepõe o patrimônio ao ser humano, fim de todo o sistema jurídico. E não é só: pretende aproximar a norma, ser abstratamente construído, da realidade social onde terá de ser concretizada, sempre na perspectiva do Direito Civil Constitucional. Não se deve perder de vista que a ausência de legitimidade se afigura patente quando se agiganta o abismo entre a base normativa e a realidade social, campo concreto de aplicabilidade da norma.

## 5. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. Atualização Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6.



## SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

### 1. ARTIGOS

#### 1.1 A RELEVÂNCIA DA ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS QUE ENVOLVAM CONFLITO COLETIVO: RESGATE DA CIDADANIA COMO PRÁTICA EXPERIMENTAL<sup>1</sup>

MARIA ELMIRA EVANGELINA DO AMARAL DICK

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O direito de propriedade e sua função social. 3. Experiência prática. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

#### 1. Introdução

A função social da propriedade rural é princípio constitucional, cuja análise torna-se indispensável no trâmite e julgamento das ações possessórias, decorrentes dos conflitos advindos da luta pela posse da terra rural. A análise do conceito da função social da propriedade rural, em sua tríplice natureza constitucional – econômica, ecológica e social – e também em seus aspectos infraconstitucionais, torna-se relevante para compreender-se a transmutação do sentido do direito de propriedade, que deixou de ser visto sob a ótica puramente tradicional-civilista e individual para ser encarado sob o prisma coletivo e socializante. Nessa perspectiva, pode-se entender a atuação pacífica dos movimentos sociais de trabalhadores rurais sem terra como indicativa da ausência do cumprimento da função social que, nas hipóteses permitidas, ensejaria a desapropriação objetivada, para fins de reforma agrária.

Desse modo, não se deve aceitar apenas a apresentação do título aquisitivo do imóvel pelo proprietário, mas, sobretudo, deve-se exigir a demonstração do cumprimento de seu dever jurídico, aqui já referido. Apenas, desse modo, se configurará tanto a propriedade plena, como a posse, também plena, que o proprietário diz ter. A idéia, ora esboçada, decorrente do trabalho desenvolvido pela Promotoria de Justiça Especializada em Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais, será detalhada no corpo deste artigo e ilustrada praticamente na participação em audiências agrárias realizadas em todo o Estado de Minas Gerais e nas visitas aos acampamentos de trabalhadores rurais sem terra.

<sup>1</sup> Artigo publicado na Revista *Temas Atuais de Direito Processual*, IEC – PUC Minas, 2006.

## 2. O direito de propriedade e sua função social

A concepção privatista da propriedade prevista nas Constituições Liberais fornecia ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seu bem de forma absoluta e incondicional. Contemplavam-se apenas os poderes jurídicos inerentes ao direito de propriedade, sustentados pela garantia da liberdade individual. Com a evolução socioeconômica do final do século XIX, a expansão da civilização industrial e o aumento da concentração de renda nas mãos de poucos, percebida ao longo do século XX, foi necessária a modificação do pensamento jurídico, reconhecendo-se a propriedade como direito voltado ao bem-estar social. A propriedade deixou de ser apontada como um direito puramente individual, para ser inserida na categoria dos direitos sociais e coletivos, que buscam facilitar o acesso à terra e à moradia para aqueles que dela necessitem. Objetivou-se defender os deveres jurídicos dos proprietários, consistentes, para alguns, em limites positivos ao direito, traduzidos na proibição de abuso e na dinâmica social da propriedade. A doutrina da função social passou a condicionar o exercício do direito de propriedade, retirando do proprietário a exclusividade de seu direito subjetivo, impondo-lhe conferir ao bem um fim coletivo.

Em nossa atual Constituição Federal, a função social está incluída nos princípios da ordem econômica (artigo 170, III), e nos direitos fundamentais (artigo 5º, XXIII), estando assegurada a sua natureza de princípio constitucional, cuja observância se faz obrigatória para se resguardar o direito de propriedade nos termos do artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Os requisitos que estabelecem o cumprimento da função social da propriedade estão elencados no artigo 186 da Constituição Federal e devem estar demonstrados nos processos possessórios para o deferimento do pedido. Assim, o proprietário deve provar, simultaneamente, a produtividade agrícola, pecuária e industrial – que revela o aspecto econômico; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente – aspecto ambiental; o cumprimento das relações trabalhistas – aspecto social, que abaixo serão detalhados, além de demonstrar o favorecimento do bem estar dos proprietários e dos trabalhadores. Há quem considere inexistir proteção constitucional à propriedade, quando não houver cumprimento da função social, “[...] provocando perda ao proprietário absentista, que não procure dar uma destinação sócio-econômica a sua terra, o que demonstra que a Constituição trouxe uma nova concepção de propriedade”, segundo Pereira (2000, p. 111). Por sua vez, Silva (apud PEREIRA, 2000):

[...] entende que o princípio da função social traz um novo regime jurídico à propriedade, pois incide no próprio conteúdo deste direito como elemento que determina a aquisição, o gozo e a utilização; logo ela só é considerada legítima quando cumpre a sua função social, razão porque não deveria mais ser prevista entre os direitos individuais [...] sim, como instituição de direito econômico.

Logo, nos termos desse raciocínio, a propriedade apenas poderá ser considerada e justificada, se houver o cumprimento da função social, entendida como o conjunto dos deveres jurídicos positivos que devem ser observados e atendidos pelo proprietário em prol do interesse coletivo, conforme referência anterior. Além do disposto no artigo 186 da Constituição Federal, podemos citar o artigo 1.228, com destaque para o § 1º, do Código Civil de 2002, que revela a preocupação do atual legislador infraconstitucional com as atividades econômicas, sociais e ambientais no exercício do direito de propriedade, o que inexistia anteriormente no artigo 524 do Código Civil de 1916, quando o ter sobrepunha o fazer; em outras palavras, o que o legislador quis regular foi a inação e o imobilismo do proprietário relativamente aos atos voltados ao coletivo.

Verifica-se, portanto, que a função social, em todos os seus aspectos, reflete uma atividade que deve ser exercida no interesse da sociedade como um todo, e não apenas no interesse do proprietário-agente. Na medida em que se perquire a produtividade do imóvel em toda a sua extensão, busca-se investigar o aproveitamento racional e adequado do solo, a taxa de crescimento econômico, o desenvolvimento tecnológico utilizado e o tipo de atividade econômica predominante em cada região, com o intuito de avaliar a melhor técnica agrícola para uma produção satisfatória, em um determinado padrão de solo. A atividade econômica explorada condiciona a geração de empregos para a região e a circulação de riqueza o que indubitavelmente interessa à coletividade local.

A análise do aspecto ecológico visa à preocupação com o meio ambiente equilibrado e preservado, artigo 225 da Constituição Federal, não só com o modo de utilização dos recursos naturais disponíveis (artigo 9º, §§ 2º e 3º, da Lei 8629/93), mas, também, com o emprego de produtos químicos e técnicas lesivas ao meio ambiente. Esse uso propicia elevada produtividade a baixo custo, como é o caso, já sabido, da utilização de agrotóxicos lesivos e danosos à saúde, sem o devido controle, com a evidente concorrência desleal. Há de se investigar, por isso, se a exploração econômica mantém o mesmo potencial produtivo da propriedade, as configurações próprias do meio ambiente, sem prejudicar a vida no local e ao redor. Deve-se, outrossim, esclarecer a necessidade de se verificar a existência de averbação de reserva legal – espaço territorial protegido para fins de sustentabilidade – na matrícula do imóvel, como requisito de cumprimento da função social ambiental (artigos 16, § 2º e 44, parágrafo único, da Lei nº 4.771/65). Ressaltam-se os termos da proposição de nº 10 aprovada no II Congresso Nacional da Magistratura e do Ministério Público para o Meio Ambiente, realizado em Araxá/MG, em 2004, organizado pelo então Coordenador do CAO-MA e atual Procurador-Geral de Justiça, Jarbas Soares Júnior, do qual a autora participou como relatora em duas mesas específicas:

[...] averbação da área de reserva legal, bem de interesse comum a todos os habitantes do país, não constitui opção do proprietário rural, nem faculdade do registrador de imóveis, mas imposição legal, visando à preservação e à proteção da fauna e da flora, devendo o oficial, uma vez submetido título relativo à propriedade rural a registro, somente realizá-lo após a averbação da área de reserva legal, em inteligência do texto legal que torna viável o seu objetivo e cumpre a função social da propriedade.

Anota-se, ainda, a necessidade de proteção e verificação de áreas de preservação permanente (artigo 225, § 1º, III, da Constituição Federal), salientando-se sempre o disposto em lei para a verificação da função ambiental da propriedade. Quanto ao aspecto social da propriedade, é imperioso demonstrar o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores que, no imóvel, realizam seus trabalhos, incluindo as condições decentes de sua ocorrência. Qualquer violação a uma dessas obrigações acarreta o descumprimento dos deveres jurídicos do proprietário, com destaque evidente para o trabalho escravo. Complemente-se que o favorecimento do bem-estar dos trabalhadores torna-se configurado quando há atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observando-se as normas de segurança do trabalho, sem provocação de conflitos e tensões sociais no imóvel, conforme artigo 9º, parágrafo 5º, da Lei nº 8.629/93. Caso não estejam demonstrados os requisitos constitucionais indicados, não há de se referir à proteção possessória ao proprietário-requerente, que não se desincumbiu do ônus que lhe competia para ter o seu pedido deferido nas ações possessórias. É preciso considerar a comprovação desses requisitos e da inovação do Código Civil de 2002, para assegurar e proteger a propriedade rural. Pode-se ilustrar esse raciocínio com os posicionamentos judiciais abaixo reproduzidos:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. CONFLITO AGRÁRIO. INTERVENÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE. PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA. LIMINAR REVOGADA.

- Não se conhece de preliminar de carência de ação quando o tema envolve-se com o mérito da liminar, concedida em ação possessória.

- A intervenção prévia do Ministério Público nas ações que revelam o conflito agrário é indispensável, mesmo antes de ser examinado o pedido de liminar em ação de reintegração de posse.

- A tutela de urgência em ação possessória não pode ser concedida quando o autor omite-se em demonstrar que a propriedade que possui atende à função social exigida pela

Constituição da República.

- Preliminares não conhecidas e agravo provido (MINAS GERAIS, 2004a).

AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO EFEITO ATIVO – REINTEGRAÇÃO LIMINAR DA POSSE DENEGADA EM 1º GRAU – GRANDE PROPRIEDADE INVADIDA PELO MST – NÃO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – IMÓVEL IMPRODUTIVO – DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 186 DA CF/88 – NÃO SATISFAÇÃO DOS ELEMENTOS ECONÔMICO, AMBIENTAL E SOCIAL NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL – REQUISITO PARA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. IMPROVIMENTO.

- Não havendo o agravante comprovado tratar-se seu imóvel de propriedade produtiva, tem-se que dito imóvel não cumpre sua função social na forma prevista no art. 186 da CF/88;

- Com a interpretação sistemática do texto constitucional, a função social da propriedade passa a ser requisito para a proteção possessória, de forma que, apenas se o imóvel atender aos requisitos previstos no art. 186 da CF/88, é que deve ter ele plena proteção na forma dos arts. 1210 do NCC e 927 do CPC (MINAS GERAIS, 2004b).

Com efeito, a propriedade que não cumpre a função social sofrerá as conseqüências da desapropriação, nos termos do artigo 184 da Constituição Federal, com as ressalvas estampadas no seu artigo 185, exatamente por não estar protegida pela ordem jurídica vigente. Dentro desse contexto, nos casos de atuação pacífica dos movimentos sociais que buscam a implementação da reforma agrária, vista como um direito difuso, as ocupações podem ser consideradas como indicativas do não cumprimento da função social do imóvel, apontando área improdutiva, ou que não atenda aos demais requisitos. Lado outro, na hipótese de ocorrência de invasão de área comprovadamente produtiva, e que atenda aos outros elementos, a liminar de desocupação deverá ser prontamente deferida. As ocupações dessas terras têm demonstrado o objetivo dos movimentos sociais de provocar a desapropriação pelos órgãos federais competentes, destinando-as a quem delas necessite para moradia e sobrevivência, além de provocar o questionamento sobre a política agrária nacional. Na verdade, detecta-se a continuidade e o prosseguimento da luta histórica pela terra (agora amplamente documentada pela mídia), marcada pela vontade de se incluir indivíduos que vivem na exclusão, permitindo-lhes participar da vida em sociedade.

Em linhas gerais, a reforma agrária representa para os integrantes dos movimentos sociais de trabalhadores rurais sem terra o acesso à cidadania, à possibilidade de

usufruir e de compartilhar dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna, tais como trabalho e produção, moradia, educação, saúde, alimentação, assistência aos desamparados. A concretização desse desafio, comprometido com o desenvolvimento de novos valores, encontra guarida processual na análise relevante das funções socializantes da propriedade.

### 3. Experiência prática

Em junho de 2002, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais criou a Vara Agrária, por meio da Resolução nº 398/2002, alterada pela Resolução nº 438/2004, de 21 de junho de 2004. O seu objetivo é o de processar e julgar as ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terras rurais, mencionadas no artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil, e as que lhe são conexas, nos termos do artigo 2º da nova Resolução. Apesar de a Vara Agrária estar sediada na Capital do Estado, Belo Horizonte, o magistrado agrário poderá designar audiência de conciliação e justificação na Comarca dos fatos, quando necessário, e, havendo urgência, por exemplo, nas hipóteses em que a função social da propriedade não esteja demonstrada de plano nos autos, e, nos casos de conflitos acirrados entre as partes em litígio. Nessas ocasiões, anteriormente à audiência, o juiz realiza visitas de constatação nos acampamentos, acompanhado por assessores, pelo Ministério Público, por integrantes do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e do Instituto de Terras – ITER, esses dois últimos como convidados, para dialogar com os líderes do movimento social e com os trabalhadores rurais acerca da ocupação do local. A equipe prossegue no exame das condições da ocupação propriamente dita, a fim de se inteirar do fenômeno em si; data de ingresso na propriedade e motivos; observação da propriedade como um todo – produtividade – ; condições de preservação do meio ambiente; proximidade de áreas de preservação permanente; culturas temporárias para sobrevivência; dimensão do acampamento; número de trabalhadores rurais acampados e crianças; existência ou não de meio de transporte escolar; contato com os proprietários, arrendatários e empregados da fazenda; características da propriedade; natureza das terras, se devolutas ou não, etc.

Os dados obtidos são importantes para o desenrolar da audiência, uma vez que todos os operadores do direito e integrantes de órgãos próprios tomaram conhecimento da realidade do conflito – normalmente paupérrima - possuindo elementos reais para construir uma proposta de acordo adequada ou uma solução justa para o caso concreto. Vê-se que os operadores do direito, principalmente os Magistrados e os Promotores de Justiça Agrários, estão preocupados com essa problemática, deslocando-se para as áreas de conflito, buscando soluções específicas para as situações que se apresentam e assumindo posturas de responsabilidade na defesa do direito, da democracia e dos princípios constitucionais. Há, enfim, no entender da autora, um compromisso com os

desafios de nosso tempo, com as ações afirmativas e políticas públicas voltadas a essa questão. Deve-se considerar a importância do procedimento inovador adotado pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais na busca de solução para os conflitos coletivos que envolvam a posse da terra rural.

#### 4. Conclusão

Conforme exposto neste texto, os elementos da função social da propriedade devem ser analisados e investigados no curso das ações possessórias. Não basta, portanto, a simples apresentação pelo requerente de documentos comprobatórios de sua titularidade, uma vez que os imóveis rurais devem revelar uma destinação social. Na medida em que o princípio da função social está inserido no rol dos direitos fundamentais, artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, é dever do Poder Judiciário e do Ministério Público exigir e zelar pela demonstração desse princípio em processos pertinentes, em que se procure enfatizar o respeito e o resgate da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Esses princípios são os próprios elementos fundantes da República Federativa do Brasil e do Estado democrático de direito, segundo artigo 1º da Constituição Federal.

#### Referências bibliográficas

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 468.384-9/Veríssimo. Relator: Juíza Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 25 de novembro de 2004a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Agravo de Instrumento nº 425.429-9. Relator: Juiz Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, 3 de agosto de 2004b.

PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José. (Org). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

## 1.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Ônus da prova: generalidades. 3. A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça. 4. A inversão judicial genérica do ônus da prova. 5. A teoria dinâmica do ônus da prova. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

O estudo de temas processuais em uma perspectiva constitucional<sup>1</sup>, embora não seja propriamente uma novidade<sup>2</sup>, ainda não é realizado com a frequência necessária, o que faz com que alguns institutos tenham sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos, por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais. Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais<sup>3</sup>. O objeto deste trabalho limita-se exatamente à análise de

<sup>1</sup> Fala-se em Direito Processual Constitucional (jurisdição constitucional) e Direito Constitucional Processual (princípios processuais na Constituição). Amplamente, com outras indicações bibliográficas: DANTAS (2003, p. 107-135).

<sup>2</sup> Alguns exemplos dessa abordagem, apenas a título de ilustração: Trocker (1974), Comoglio (1998; 2003), Morello (1998), Porto (2003), Tucci (1989; 1999), Grinover (1990; 1998), Dantas (2003), Guerra (2003), Nery Junior (2004), Cruz (1993), Medina (2005), Rosas (1999), Siqueira Junior (2006), Guerra Filho (2005), Miranda (2000), Oliveira (2004; 2006), Marinoni (2004; 2006 e vários artigos disponíveis em: [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br)). Registre-se, ainda, que moderna obra sistemática sobre o processo civil é inaugurada exatamente com estudo sobre a relação entre o processo e os direitos fundamentais: Diddier Junior (2006). Registre-se a constante preocupação de Moreira com as repercussões das normas constitucionais no estudo do processo, cujo reconhecimento se traduziu em oportuna homenagem coordenada por Fux, Nery Junior e Wambier (2006). Lembre-se que Couture (2003), ainda na primeira metade do século anterior, dedicou ao estudo da relação entre a Constituição e o Processo o primeiro volume de seus *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Também Calamandrei e Fix-Zamudio possuem importância histórica no estudo entre a Constituição e o processo, conforme estudo de Ferrer (2003). Nesse estudo, além do exame dos trabalhos de Fix-Zamudio, há interessantes notícias sobre os trabalhos de Couture e Calamandrei.

<sup>3</sup> “Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido” (OLIVEIRA, 2006).



um dos institutos que, por não ser examinado constitucionalmente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup>, mostra-se inadequado em sua função de garantir a tutela de direitos: o ônus da prova. Com efeito, se em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos<sup>5</sup> afirmados pelas partes perante o Judiciário, a produção de provas<sup>6</sup> assume particular importância no resultado

<sup>4</sup> “Acórdão que decidiu controvérsia acerca da distribuição dos ônus da prova com base exclusivamente na legislação infraconstitucional pertinente. Hipótese em que ofensa à Carta da República, se existente, seria reflexa e indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, ainda, das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido”. (BRASIL, 2002a). “Processual. Tempestividade de recurso. Fundamento da decisão agravada inatado. Ônus da prova. Controvérsia infraconstitucional. Ofensa indireta à CF. Reexame de fatos e provas (Súmula 279). Regimental não provido” (BRASIL, 2004). “Agravo regimental a que se nega provimento, por tratar o recurso extraordinário de matéria processual referente ao reexame do julgamento dos embargos de declaração opostos na instância de origem e à distribuição do ônus da prova” (BRASIL, 2002b). “Direito constitucional e processual civil. Recurso extraordinário. Procuração a Defensor Público: inexigibilidade. Alegação de ofensa ao art. 37, § 6, da C.F.: tema não prequestionado (súmulas 282 e 356). 1. Tem razão o agravante quando sustenta a inexigibilidade de procuração a Defensor Público. 2. Não, porém, quando insiste na subida do Recurso Extraordinário, em face dos termos do acórdão extraordinariamente recorrido. 3. É que o aresto reconheceu a culpa ‘in vigilando’ do Município, ora recorrente, com base em circunstâncias de fato, que não podem ser reexaminadas por esta Corte, em Recurso Extraordinário (Súmula 279). 4. E, quanto à inversão do ônus da prova, focalizou questão processual, que somente poderia ser revista, em Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, da C.F.). Este, porém, manteve o não seguimento de tal Recurso, com trânsito em julgado, ficando preclusa tal questão. 5. Não pode, ademais, ser examinada a alegada violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, seja porque os arestos da Apelação e dos Embargos Declaratórios não os focalizaram (Súmulas 282 e 356), seja porque se valeram de fundamentos estranhos à norma constitucional em questão (Súmula 283). 6. E é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em Recurso Extraordinário, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 7. Agravo improvido”. (BRASIL, 2000). Na Espanha e na Argentina, por exemplo, a análise da distribuição do ônus da prova pelos respectivos Tribunais Constitucionais trouxe evidentes progressos na compreensão do tema (AROCA, 2005; PEYRANO, 2004).

<sup>5</sup> Mesmo nos processos em que se discute apenas matéria de direito, há questões fáticas subjacentes, existindo verdadeira comunicação entre norma e fato. No controle abstrato de normas, por exemplo, existe espaço para instrução probatória, como resulta claro do exame dos artigos 6º, 7º, § 2º, 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99. Sobre a figura do *amicus curiae*, especialmente no controle abstrato de normas, inclusive sobre sua contribuição para a instrução do processo, é fundamental a leitura do trabalho de Bueno (2006).

<sup>6</sup> “A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio” (MOREIRA, 2005, p. 12), o que, adiantamos desde já, está longe de significar que sirva para a busca da verdade no processo, por absoluta impossibilidade lógica (MAIA, 2004). Para Taruffo (1992), apesar das dificuldades que cercam a determinação da verdade dos fatos, a justiça da decisão judicial passa necessariamente pela busca da verdade no processo, que é denominada de verdade relativa e deve ser buscada dentro de um contexto processual específico, já que “[...] a prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a partir da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos”, sendo que “[...] o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão” (TARUFFO, 2002). Anote-se que, embora os progressos científicos contribuam para uma maior aproximação da verdade dos fatos afirmados, a cientificação probatória não resolve todos os problemas, nem dispensa o juiz de uma análise dos demais elementos da causa. Como bem destaca Taru-

do processo e, conseqüentemente, na concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que é o meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão. Dessa forma, se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito reclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça<sup>7</sup>. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja

ffo (2001, p. 95), “[...] a resposta científica à necessidade de certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é, pois, importante sempre que ela seja realmente possível, mas sem dúvida ela não pode ser considerada como uma solução fácil e completa de todas as dificuldades que se enfrentam para formular a decisão”. A utilização da prova científica e sua relevância para o resultado do processo também repercutem no estudo da coisa julgada, especialmente no que se refere à sua revisão, tema, aliás, que é mais um exemplo da repercussão dos direitos fundamentais no processo civil. Sobre a descon sideração da coisa julgada, reportamo-nos a duas obras básicas, onde se encontrarão outras referências: Diddier (2006) e Talamini (2005). Vê-se, pois, que o problema da verdade no processo é extremamente complexo. O processo é formado pela argumentação jurídica dos sujeitos de que dele participam e, se normalmente depende da reconstrução de situações fáticas, não significa que sua finalidade seja a busca da verdade – mesmo a denominada formal, especialmente porque não há nenhuma validade ou vantagem na utilização da dicotomia formal/material nesse particular –, mas, sim, do convencimento motivado do julgador. Na realidade, tanto quanto possível, as partes e o juiz devem investigar os fatos do modo mais amplo permitido pelos naturais limites cognitivos de um processo judicial, a fim de estabelecer uma compreensão plena dos elementos relevantes para a decisão de uma causa. Entretanto, por diversos motivos uma investigação profunda pode ser frustrada ou até impedida, seja por razões humanas, lógicas ou legislativas (por exemplo: técnicas de cognição). Nesse quadro, o conhecimento possível sobre os fatos pode não ser pleno e exauriente, mas suficiente para legitimar uma decisão judicial. Importa estabelecer que o necessário é que o julgador indique, na fundamentação, as razões de seu convencimento acerca dos fatos importantes para a resolução da causa. Como destaca Moreira (2004, p. 107), em um autêntico Estado de Direito não basta que o órgão judicial esteja convencido de tal ou qual proposição seja verdadeira ou falsa, mas que indique na sentença as razões de seu convencimento. Aliás, sobre a verdade, vale reproduzir uma poesia de Drummond de Andrade (2002), para ilustrar o afirmado: “A porta da verdade estava aberta,/mas só deixava passar /meia pessoa de cada vez./Assim não era possível atingir toda a verdade,/porque a meia pessoa que entrava /só trazia o perfil de meia verdade./E sua segunda metade /voltava igualmente com meio perfil./E os meios perfis não coincidiam./Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta./Chegaram ao lugar luminoso /onde a verdade esplendia seus fogos./Era dividida em metades /diferentes uma da outra./Chegou-se a discutir qual a metade mais bela./Nenhuma das duas era totalmente bela./E carecia optar./ Cada um optou conforme /seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.

<sup>7</sup> A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência das denominadas condições da ação, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação *concretamente exercida* é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de condições impostas pelo ordenamento. Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade desarrazoadas, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (apud GONZÁLES PÉREZ, 2001, p. 74) que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embarquem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional: “*Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del*

impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional<sup>8</sup>. Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável se lhe ser negada a tutela de direitos.

Em suma, a distribuição do ônus da prova pode fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça. Para a plena efetividade do processo, é imprescindível o correto manejo da técnica<sup>9</sup>, não escapando dessa realidade as regras sobre a instrução do processo, mas os instrumentos disponíveis devem ser adequados às exigências para a efetiva tutela do direito material, não bastando a previsão formal de meios inidôneos para a realização de direitos<sup>10</sup>. Ao tratar de alguns temas fundamentais do processo civil moderno, Moreira (1989, p. 4) afirmou que “[...] muito há que se investigar, por exemplo, sobre a medida em que se pode tornar flexível, em razão de peculiaridades da matéria litigiosa, o regime de distribuição do *onus probandi* estabelecido no art. 333 [do Código de Processo Civil]”. Será nosso propósito tecer alguns apontamentos, ainda que presos às limitações materiais, formais e pessoais deste texto, sobre a distribuição do ônus da prova, tendo como base a previsão de inversão judicial prevista do Código de Defesa do Consumidor e a garantia constitucional do acesso à justiça.

*acceso a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', si proscribire aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican'.*

<sup>8</sup> Como corretamente disse Couture (2003, p. 48), a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa.

<sup>9</sup> Sobre a importância da técnica para a efetividade do processo: Moreira (1997); Bedaque (2006); Marinoni (2004; 2006a).

<sup>10</sup> “Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo reistar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional” (MARINONI, 2006b).



Para o desenvolvimento de nosso estudo, é fundamental fixar a seguinte premissa: a distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, uma questão constitucional (CANOTILHO, 2004). Em diversas situações, estaremos diante de casos difíceis (MORELLO, 2004, p. 335)<sup>11</sup>, como as lesões pré-natais (WALTER, 1985, p. 242), questões inerentes a atividades de risco (AROCA, 2005, p. 127), que envolvam direitos fundamentais, direitos transindividuais, entre outros, para os quais as regras ortodoxas de distribuição do ônus da prova são insuficientes e, se aplicadas, levarão a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de acesso à justiça. É bem verdade que o legislador brasileiro vem se preocupando com a insuficiência probatória e sua repercussão na formação da coisa julgada nos processos coletivos, mas nos parece que a discussão deve avançar ainda mais, a fim de que se busque uma maior flexibilização das regras da distribuição do ônus da prova à luz das peculiaridades do direito material e do caso concreto. Esperamos poder fornecer subsídios que contribuam para a discussão sobre o ônus da prova, cujo estudo já foi considerado a coluna vertebral do processo civil (ROSENBERG, 1955, p. 228), a partir de sua compreensão na perspectiva dos direitos fundamentais<sup>12</sup>.

## 2. Ônus da prova: generalidades

Para os fins deste texto, é desnecessária uma exposição sistemática sobre a noção de ônus da prova<sup>13</sup>, bastando traçar as linhas básicas que caracterizam sua estrutura e finalidade. A idéia básica sobre o ônus da prova é, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício<sup>14</sup>,

<sup>11</sup>Na teoria da argumentação, fala-se ainda em casos trágicos, em que “[...] não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema” (ATIENZA, 2000, p. 335).

<sup>12</sup>Sobre a teoria dos direitos fundamentais, cuja exposição, mesmo sintética, não será realizada no corpo deste trabalho, mas dele é premissa inafastável, valem ser conferidas as seguintes obras de referência, cada qual com ampla indicação bibliográfica complementar: Alexy (2001); Sarlet (2006); Castro (2003); Pereira (2006).

<sup>13</sup>Em clássica passagem, Goldschmidt (1936, p. 203) considerou ônus como sendo um “[...] imperativo do interesse próprio”, transmitindo uma idéia relacionada a situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade. Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros: Echandia (2002); Santos (1983); Rosenberg (2002). Um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Múrias (2000); Michelli (2004); Rangel (2002); Leonardo (2004); Pacífico (2001); Badaró (2003); Arenhart (2006). Embora não o tenhamos consultado diretamente, deve ser mencionado o estudo clássico de Faria (1936).

<sup>14</sup>Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZAID, 1972, p. 64). O aspecto motivacional é mencionado por Dinamarco (2000). Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova em: Pacífico (2001, p. 139-152) e Badaró (2003, p. 185-190).



servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes. As regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória. Diversos fatores, como as presunções legais<sup>15</sup> e o comportamento das partes (MOREIRA, 2004), podem influir no encargo de produção da prova, mas, ainda assim, pode-se chegar ao final do processo sem que os fatos relevantes estejam esclarecidos. Mesmo com a utilização dos amplos poderes instrutórios do juiz<sup>16</sup>, pode persistir uma incerteza fática que exija a utilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de direito (ROSENBERG, 1955), as regras sobre o ônus probatório são uma consequência da insuficiência ou ausência das provas para a resolução de determinado processo, decorrendo, assim, de um quadro de incerteza fática. Ou seja: o ônus da prova se planta no terreno da dúvida (BADARÓ, 2003). A persistência de um insuficiente material probatório, portanto, compele o juiz a lançar mão das normas sobre distribuição do ônus da prova, espécie de *ultima ratio* que lhe permite sair de uma situação embaraçosa, constituindo verdadeira tábua de salvação (MOREIRA, 1980). O descumprimento do ônus da prova não implica julgamento desfavorável, assim como seu cumprimento não significa necessariamente o acolhimento da pretensão, já que a prova suficiente pode ser trazida pelo processo pela outra parte, pelo próprio juiz ou pelo Ministério Público, mas pode significar o aumento do risco de uma decisão desfavorável, razão pela qual as partes devem estar cientes das regras de distribuição (MARINONI, 2006a). A idéia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, chegando Rosenberg a elaborar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual (ROSENBERG, 1955, p. 222). Na correta síntese de Marinoni (2006) sobre o pensamento clássico na matéria,

[...] a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o

<sup>15</sup> Cf. Moreira (1988; 2005); Arenhart (2006, 47-48). Sobre o tema, especificamente relacionado às ações de paternidade, vale mencionar interessante obra coletiva coordenada por Diddier Junior e Mazzei (2006).

<sup>16</sup> Sobre os poderes instrutórios do juiz, vale conferir os textos de Moreira (1989): O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos; Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo; Sobre a participação do juiz no processo civil. Ver também Moreira (2003). Ainda: Bedaque (2001). Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: Lopes (2006). Para o debate da questão no processo penal: Zilli (2003). Alguma notícia do tema no direito comparado em: Abel Lluch (2005) e Abel Lluch e Pico Jun ou (2003). No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados (BRASIL, 1994, 2001).

ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

É essa, basicamente, a doutrina inspiradora do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, em que são fixadas as regras gerais sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto<sup>17</sup>. Como veremos nos itens seguintes, esse regramento é insuficiente e não atende às especificidades dos casos concretos e do direito material, tratando estática e uniformemente situações diferenciadas.

### **3. A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça**

A relevância das regras sobre o ônus da prova na concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho (2004, p. 170) a propor o deslocamento do direito à prova “[...] do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional”, identificando uma carência de estudos nessa perspectiva<sup>18</sup>. Realmente, à garantia constitucional da tutela de um direito afirmado em juízo segue-se a possibilidade efetiva de sua apreciação pelo judiciário (MARINONI, 2006a, p. 215). O direito de ação compreende a oportunidade de o autor influir no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro direito à prova (GOMES FILHO, 2001), considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo (DINAMARCO, 2000, p. 47). Na certa lição de Marinoni (2006a, p. 310).

[...] o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa –, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o

<sup>17</sup> Na linha, aliás, do pensamento de Rosenberg (1955, p. 227).

<sup>18</sup> “Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso deficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova” (CANOTILHO, 2004, p. 169).

direito usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade.

Parece-nos, pois, que a distribuição do ônus da prova é uma questão constitucional (SOARES, 2006), sendo que “[...] a remissão sistemática do regime jurídico do ônus da prova para o direito processual legalmente estabelecido pode, porém, suscitar sérias interrogações em domínios tão sensíveis num Estado de Direito democrático-constitucional como é o do regime de direitos, liberdades e garantias” (CANOTILHO, 2004, p. 170). Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla restrição da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental. Em suma, “[...] a violação do direito á prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça” (KNIJNIK, 2006, p. 943), restringindo-se indevidamente o exercício de um direito fundamental<sup>19</sup>, não sendo ocioso lembrar que deve ser garantida à parte o direito de participar do processo influenciando seu resultado<sup>20</sup>. É oportuno finalizar esse item lembrando que o procedimento estruturado de acordo com as situações de *directo* material integra a proteção dos *directos* fundamentais, já que

[...] los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a ‘una protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos. [...] El hecho de que en ámbito de los derechos fundamentales las normas procedimentales no puedan proporcionar todo no significa que deban ser subestimadas. Allí donde las normas procedimentales pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales, está exigidas prima facie por principios iusfundamentales. (ob.cit.)

#### 4. A inversão judicial genérica do ônus da prova

A inversão ou modificação<sup>21</sup> do ônus da prova à luz das circunstâncias do caso concreto é prevista basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor e enseja diversas

<sup>19</sup> O tema das restrições aos direitos fundamentais é vasto e possui alta complexidade, não cabendo ser analisado nesse espaço, razão pela qual nos remetemos a trabalhos sobre o tema, onde se encontrarão outras referências: Alexy (2001); Novais (2003); Pereira (2006).

<sup>20</sup> “A participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental” (OLIVEIRA, 2006a).

<sup>21</sup> Arenhart (2006) sustenta a preferência pela expressão ‘modificação do ônus da prova’, por não se tratar de verdadeira ‘inversão’. Embora suas objeções sejam razoáveis, manteremos a denominação tradicionalmente utilizada na bibliografia pátria.

controvérsias<sup>22</sup>, sendo relevante para nosso estudo tratar apenas da finalidade do dispositivo e de algumas repercussões de sua aplicação. A possibilidade de inversão do ônus da prova visa a facilitar a produção probatória (WATANABE, 2004, p. 794), o esclarecimento e a resolução das questões de consumo. Rompe-se, assim, com a idéia de que bastam regras estáticas e abstratas para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, havendo necessidade de se examinarem as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança da alegação, seja em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe de sua situação econômica<sup>23</sup>.

O momento da inversão do ônus da prova depende do convencimento<sup>24</sup> do juiz e, normalmente, entende-se que somente ocorre quando da prolação da sentença<sup>25</sup>. Mais

<sup>22</sup> Interessante exame de vários problemas relacionados com o tema, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, pode ser encontrado em: Carvalho Filho (2003). Também vale conferir a exposição panorâmica feita por Rebouças (2006).

<sup>23</sup> Idem. Dinamarco (2000, p. 80) entende que, se o Ministério Público for o autor de uma ação envolvendo relação de consumo, não haverá inversão do ônus da prova por não haver hipossuficiência. Não concordamos com essa posição por ao menos dois motivos: 1) a inversão pode ocorrer também em razão da verossimilhança das alegações (embora não seja esta uma autêntica hipótese de inversão, mas assim é considerada pela lei) e não só da hipossuficiência; 2) a hipossuficiência não é só econômica, podendo haver hipóteses em que, por exemplo, questões técnicas exijam a inversão para a efetiva tutela dos direitos. Nesse sentido: Soares (2006, p. 241 et seq.).

<sup>24</sup> “Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou inverter o ônus probatório na sentença ou mesmo invertê-lo na audiência preliminar” (MARINONI, 2006).

<sup>25</sup> Leonel (2002, p. 338) e Watanabe (2004, p. 796). Buzaid (1972, p. 66), entendendo que o ônus da prova é regra de julgamento, possuía opinião restritiva a esse respeito: “Justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo. O juiz não deve entrar no seu exame na pendência da causa, nem advertir as partes das incertezas da prova, nem, finalmente, do encargo que toca a cada qual; tão-só depois de produzidas ou não as provas e de examinadas todas as circunstâncias de fato é que o juiz recebe da lei o critério que há de plasmar o conteúdo de sua decisão”. Entretanto, vem tendo boa acolhida a idéia de que as partes devem ser comunicadas da inversão do ônus da prova, em respeito ao princípio do contraditório, evitando surpresas aos litigantes. Boa análise do tema por Moreira (1997, p. 305-308). Na síntese de Didier Junior (2006a, p. 515), “[...] deve a inversão, pois, ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele”. Dinamarco (2000) entende que a efetiva inversão do ônus da prova é realizada no momento da decisão, mas o juiz deve advertir as partes sobre seus ônus probatórios e sobre a possibilidade de inversão, como decorrência do disposto no art. 331, parágrafo 2º do Código de Processo Civil. Aproximadamente no mesmo sentido, entendendo que essa advertência se trata de ‘boa política judiciária’, Watanabe (2004, p. 797). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da edição do enunciado nº 91 da súmula de sua jurisprudência predominante, estabeleceu que “[...] a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”, com base na justificativa de que “[...] a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, não é legal mas judicial, pelo que o fornecedor seria surpreendido, se se considerasse a sentença como momento processual da inversão, em afronta ao princípio do contraditório”. Os enunciados da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro podem ser consultados no endereço eletrônico [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Para conhecer a justificativa, é necessário consultar o teor da sessão de julgamento, a partir do número fornecido no próprio enunciado sob análise. Pensamos que sempre deva ser dada ciência às partes da inversão do ônus da prova, possibilitando



complexa é a análise do campo de aplicação da possibilidade de inversão do ônus da prova. Com efeito, havendo basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor uma regra que permita a inversão judicial do ônus da prova, uma análise superficial do tema levaria à conclusão de que se trata de possibilidade confinada às relações de consumo, não se aplicando em nenhuma outra hipótese, já que toda exceção deve ser interpretada restritivamente. Entretanto, em uma leitura constitucional do tema, pensamos que a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo<sup>26</sup>. Raciocinar de maneira diversa seria o mesmo que reconhecer que somente as relações de consumo merecem tratamento diferenciado, o que é um lamentável desvio de perspectiva<sup>27</sup>. Como bem observa Marinoni (2006b):

[...] há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. Caso contrário teríamos que raciocinar com uma das seguintes hipóteses: i) ou admitiríamos que apenas as relações de consumo podem abrir margem ao tratamento diferenciado do ônus da prova; ii) ou teríamos que aceitar que outras situações de direito substancial, ainda que tão características quanto as pertinentes às relações de consumo, não admitem tal tratamento diferenciado apenas porque o juiz não está autorizado pela lei.

a oportunidade de seu cumprimento em prazo razoável, especialmente porque também ao juiz interessa uma instrução satisfatória, o que poderá ser atingida com a decisão de inversão, variando o momento dessa decisão de acordo com a convicção formada no decorrer do processo.

<sup>26</sup> Cf. Marchesan; Steigleder (2003); Abelha (2003, p. 208); Leonel (2002, p. 340). A favor da aplicação dessa regra no processo do trabalho: Teixeira Filho (2003, p. 128); Machado Junior (2001, p. 145).

<sup>27</sup> Recente reforma legislativa também privilegiou somente as relações de consumo, ao permitir que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, possa ser declarada de ofício pelo juiz (parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil). Correta a abordagem de Neves (2006, p. 414), ao comentar a inovação legislativa: “[...] é absolutamente defensável a tese de que a hipossuficiência do consumidor que fundamentaria esse cuidado maior do juiz no caso concreto também possa ser verificado em outras hipóteses, alheias às relações de consumo, como ocorre, por exemplo, com o incapaz ou com a mulher casada. É inegável que a distribuição de petição inicial em foro muito distante do competente, com o intuito de prejudicar o exercício da ampla defesa por parte do réu, também poderá ocorrer em situações alheias às relações de consumo. Se o propósito da nova norma legal é evitar abusos dos autos nas hipóteses em que a escolha do foro prejudica o efetivo direito de defesa do réu hipossuficiente, outras situações, além das relações de consumo, devem também ser contempladas”.

É necessário perceber que “[...] a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.” (MARINONI, 2006b). Na realidade, a inversão do ônus da prova deve ser estendida a todas as situações em que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa (GRECO, 2005a, p. 48; 2005b, p. 369), isso porque “[...] a inversão do ônus da prova é imperativo do bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência [...]”, sendo que, nos casos em que a produção da prova é muito difícil ou impossível para ambas as partes, chegando o juiz ao final do procedimento sequer sem uma convicção de verossimilhança, “[...] determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor [...]”, invertendo-se o ônus da prova (MARINONI, 2006a, p. 331). Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar jurisdição, já que,

[...] tratando-se de matéria de fato, de nada adianta alegar sem convencer o julgador. Não obstante, costuma vigorar a regra de que o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito e o réu os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo, pouco importando a situação de direito substancial que é oferecida ao conhecimento do juiz, ou pouco importando a extrema dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade prática que aquele, a quem a norma de direito substancial outorga um direito, possui para demonstrá-lo em juízo.

Neste sentido, se acaso realmente deseja-se um processo que seja efetivamente capaz de garantir o ordenamento jurídico, é de se considerar as situações em que praticamente não é possível demonstrar um direito, trabalhando-se, então, com técnicas processuais que permitam a inversão do ônus da prova ou a denominada prova indiciária<sup>28</sup>.

Contra a extensão genérica da inversão do ônus da prova, objeta-se com a exigência de necessidade de lei<sup>29</sup>, sob pena de *grave violação* do devido processo legal

<sup>28</sup> Também favorável à extensão da regra da inversão: Santos (2002, p. 96).

<sup>29</sup> O Superior Tribunal de Justiça faz uma interessante distinção para efeitos de distribuição de ônus da prova, sem respaldo legal evidente, mas sim fático: “Embargos de divergência em Recurso Especial. Justiça gratuita. Concessão do benefício. Pessoa jurídica. Alegação de situação econômico-financeira precária. Necessidade de comprovação mediante apresentação de documentos. Inversão do *onus probandi*. I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei nº 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre

(LEONARDO, 2004, p. 222). Entretanto, a inversão do ônus da prova também integra o devido processo legal, especialmente nas hipóteses em que a distribuição formal do encargo impossibilitar o acesso efetivo à justiça. Trata-se de situação em que deve haver ponderação de interesses, em juízo de proporcionalidade (BERNAL PULIDO, 2003), e, desde que se dê ciência às partes, parece-nos que se deva prestigiar a tutela dos direitos. O próprio direito à prova decorre do devido processo legal, já que as partes possuem o direito de participar do processo *provando* (CAMBI, 2006, p. 38). Em síntese, como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.

### 5. A teoria dinâmica do ônus da prova

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada *teoria dinâmica do ônus da prova*<sup>30</sup>. Essa teoria foi batizada com essa denominação pelo processualista argentino Peyrano (2004), mas não revela uma idéia absolutamente original<sup>31</sup>, nem mesmo

as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em 'estado de perplexidade'; b) já a pessoa jurídica, requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado. II- Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o *onus probandi* é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembléia, ou subscritos pelos Diretores, etc. IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais. V- Embargos de divergência rejeitados." (BRASIL, 2003).

<sup>30</sup> Até onde pudemos verificar, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos: Souza (1996); Dall'Agnol Junior (2001); Kfoury Neto (2002); Câmara (2005); Cambi (2006, p. 340); Knijnik (2006); Diddier (2006); Soares (2006). Arenhart (2006, p. 52) menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação 'modificação necessária' do regime do ônus da prova. Grinover (2005, p. 14) noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, "[...] a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova".

<sup>31</sup> Câmara (2005, p. 13) vê sua origem remota na obra de Bentham, no que é acompanhado por Grande (2005, p. 45). White (2004, p. 71) menciona que em 1957 a Corte Suprema da Argentina já havia decidido com base em critérios 'dinâmicos' e Grande (2005, p. 47) cita como precedente mais remoto um julgado de 1933. Entretanto, não podemos deixar de reconhecer a importância da formulação e da divulgação das idéias que decorrerão dessa formulação doutrinária para o incremento do debate sobre a distribuição do

uma vinculação com essa nomenclatura, embora possa se dizer que possivelmente a idéia subjacente a essa teoria será mesmo conhecida como distribuição *dinâmica* do ônus da prova<sup>32</sup>. A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la<sup>33</sup>. Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas, aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações. Trata-se de uma teoria excepcional e residual (PEYRANO, 2004, p. 87), que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência<sup>34</sup> dos sujeitos envolvidos. Em interessante síntese, por essa teoria,

[...] há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. [...] Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 98).

Na jurisprudência brasileira já se encontram exemplos da aplicação dessa teoria (DALL'AGNOL JUNIOR, 2004, p. 100)<sup>35</sup> e pode-se dizer que a idéia é semelhante ao que se denomina de princípio da aptidão para a prova (MACHADO JUNIOR, 2001, p. 145)<sup>36</sup>. Na Espanha, já se decidiu que não se pode exigir de uma das partes uma prova

ônus da prova. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, a recente e importante obra coletiva (PEYRANO; WHITE, 2004) bem releva a aceitação da teoria. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande.

<sup>32</sup> Veja-se, por exemplo, trecho de Grinover em nota anterior, consagrando a expressão, bem como os trabalhos doutrinários citados.

<sup>33</sup> É interessante que, para saber quem está em melhores condições de produzir a prova, pode haver necessidade de instrução (BARBERIO, 2004, p. 102).

<sup>34</sup> Entendendo que a inversão só deve ocorrer na sentença, sem que se possa falar em surpresa às partes: White (2004, p. 73).

<sup>35</sup> Na Argentina a aplicação jurisprudencial é farta, inclusive pela Suprema Corte (DALL'AGNOL JUNIOR, 2004, *passim*).

<sup>36</sup> No processo do trabalho, aliás, a interpretação sobre a distribuição do ônus da prova é peculiar. Entendendo haver colisão frontal entre o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, Teixeira Filho (2003, p. 120) considera que na interpretação desse artigo específico está o fundamento para justificar a inversão do ônus da prova em prol do trabalhador, em virtude da desigualdade material existente entre as partes. Segundo esse autor, o artigo 333 do Código de Processo

impossível ou diabólica, nem se podem adotar regras de distribuição do ônus da prova que produzam situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes, sendo que o artigo 217.6 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê regras complementares ao princípio geral de distribuição do ônus da prova, levando em consideração a facilidade e a disponibilidade da produção da prova (AROCA, 2005, p. 121).

Embora admita a adoção dessa teoria no direito brasileiro, Knijnik (2006, p. 947) aponta que devem ser impostos alguns limites, como a rigorosa análise sobre efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *probatio diabolica* inclusive a reversa, e o respeito ao contraditório. Concordamos com essas ponderações, mas nos parece que são limites que devem ser impostos a qualquer teoria, já que, em última análise, o autor propugna uma aplicação criteriosa da distribuição dinâmica do ônus da prova, sempre respeitando a Constituição. A adoção dessa teoria enseja outros problemas, como a possibilidade de desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova (PEYRANO, 2004, p. 21), mas nos parece ser a que melhor serve para o desenvolvimento de um processo efetivamente preocupado com os direitos fundamentais. Embora não encontre norma legal explícita em nosso ordenamento, a inversão dinâmica do ônus da prova decorre dos seguintes princípios (DIDIER, 2006a, p. 521): igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça. Mesmo sem utilizarem a expressão *teoria dinâmica*, Marinoni e Arenhart (2000, p. 205) defendem essa mesma idéia:

[...] na verdade, deve ter o ônus de provar, de acordo com as peculiaridades da situação concreta, aquele que está na condição mais favorável para produzir a prova. Isso quer dizer, exatamente, que, nas situações em que o autor não pode provar o que alega, o juiz deve inverter o ônus da prova, esteja ele diante de uma relação de consumo ou não [...].

Conclui-se, assim, que a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afeta o acesso à justiça, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.

Civil é uma 'presença incômoda' que deve ser proscrita do processo do trabalho, representando uma abstração da realidade prática. Para Machado Junior (2001, p. 126), embora não haja substancial diferença entre os mencionados diplomas legais, entende que o regramento é insuficiente para resolver a questão da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, parecendo-lhe que, face a finalidade protetiva do direito do trabalho, todo o ônus da prova deveria ser do empregador. Na nota 29 da página 135, Machado Junior (2001) transcreve a seguinte ementa: 'Ônus da prova. É sempre do empregador quando se discute o cumprimento de direitos previstos na legislação do trabalho. Inspira cuidados a decisão que transfere para o empregado o ônus de provar que não recebeu salário, que não teve folga semanal, que não teve intervalo de descanso, ou que o FGTS não foi recolhido. Presumir o cumprimento das leis sociais pelo empregador é como dar vida a uma convenção nula!'

## 6. Considerações finais

Entre as diversas desigualdades existentes entre os litigantes, certamente a distribuição do ônus da prova pode ser, antes de um fator de agravamento dessa desigualdade, uma forma de amenizar a disparidade real existente no processo. A insuficiência<sup>37</sup> da regra estática do ônus probatório é evidente e incompatível com o efetivo acesso à justiça. Com razão Greco (2005, p. 48) quando afirma que

[...] o importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes.

Por mais que se acredite que o processo seja inspirado pela boa-fé<sup>38</sup> objetiva, pela cooperação (OLIVEIRA, 2006) e solidariedade entre os sujeitos que o compõem e mesmo admitindo que o juiz use efetiva e corretamente de seus amplos poderes instrutórios, o certo é que a regra estática da distribuição do ônus da prova estimula a acomodação da parte ré, quando se sabe que a prova dos fatos constitutivos pelo autor é extremamente difícil, incentivando sua inércia (ABELHA, 2003, p. 206), passando a ser mera espectadora processual. A fixação prévia e rígida das regras de distribuição pode provocar comportamentos *estratégicos* dos litigantes, o que, em última análise, pode afetar a tutela dos direitos. As regras de distribuição do ônus da prova podem de antemão traçar a sorte dos litigantes e, nessa medida, estão umbilicalmente ligadas ao acesso à justiça.

Aquele que vai ao Judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuam a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador. Para um processo de resultados comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos.

<sup>37</sup> Interessante abordagem feita por Cambi (2001, p. 332).

<sup>38</sup> Sobre o princípio da boa-fé, suas várias facetas e repercussões nos campos do Direito, inclusive no campo processual, confira-se a interessante obra de Córdoba, Cordobera e Kluger (2005). Mencione-se, ainda, o trabalho de Vincenzi (2003).

Em conclusão, “[...] quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito”, devem ser evitadas teorias abstratas e apriorísticas, impondo-se “[...] soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias” (CANOTILHO, 2004, p. 175).

## 7. Referências bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa probatoria de ofício en el proceso civil*. Barcelona: J M Bosch, 2005.

\_\_\_\_\_; PICO JUNOY, Joan. (Coord.). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Carlos Drummond de Andrade. Verdade. In: \_\_\_\_\_. *Poesia Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 343, maio 2006.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Navarra: Civitas, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BARBERIO, Sergio. *Cargas probatorias dinamicas: que debe proba rel que no puede probar?* In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinamicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 17591/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 7 de junho de 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 151924/PR. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 388.045/RS. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 22 de setembro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 223022/RJ. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 24 de novembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 405738/MG. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 19 de dezembro de 2002a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 352324/DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de abril de 2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 439571/SP. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 26 de março de 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: 2006.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, São Paulo, n. 1, p. 364-366, 1972.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 31, out. 2005.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.



CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, n. 807, jan. 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo. *Revista de Processo*, n. 90, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giusto processo civile negli ordinamenti Ispano-Latinoamericani. *Revista de Processo*, n. 112, out./dez. 2003.

CORDOBA, Marcos M.; CORDOBERA, Lidia M. Garrido; Kluger, Viviane. (Coord.). *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, v. 788, jun. 2001.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo: introdução ao direito processual constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.

DIDDIER JUNIOR, Fredie. (Coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivum, 2006a. v. 1.

\_\_\_\_\_. ; MAZZEI, Rodrigo. *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 3.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002.

FARIA, Soares de. *Principais teorias relativas ao ônus probandi*. São Paulo: RT, 1936.

FERRER, Mac-Gregor. Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, jul./set. 2003.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR; Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

GOLDSCHIMDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madri: Civitas, 2001.

GRANDE, Maximiliano García Grande. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 48-51, out. 2005a.

\_\_\_\_\_. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, p. 357-392, 2005b.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.

KNIJNIK, Danilo. As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss.

MACHADO JUNIOR, César. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MAIA, Gretha Leite. O papel da lógica jurídica na teoria das provas. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario. (Coord.). *A expansão do Direito*: estudos de direito constitucional e filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 90, jun. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 5.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006a.

\_\_\_\_\_. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br)>. Acesso em: 1º ago. 2006b.

\_\_\_\_\_. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <[www.professormarinoni.com.br/admin/users/30.pdf](http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/30.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2006b.

\_\_\_\_\_. *Prova e simulação*. Disponível em: <[www.professormarinoni.com.br/admin/users/02.pdf](http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/02.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2006b.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Temis, 2004.

MIRANDA, Jorge. Constituição e Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, abr./jun. 2000.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 86, p. 305-308, abr./jun. 1997.

\_\_\_\_\_. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 5, ago. 2003.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e técnica processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. (Primeira Série).

\_\_\_\_\_. Julgamento e ônus da prova. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980. (Segunda Série).

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1989. (Quarta Série).

\_\_\_\_\_. Pueba y motivación de la sentencia. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Oitava Série).

\_\_\_\_\_. Anotações sobre o título Da prova do novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 36, p. 12-14, jul./ago. 2005.

\_\_\_\_\_. As presunções e a prova. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. La negativa de la parte a someterse a una pericia médica, según el nuevo Código Civil brasileño. *Revista de Processo*, n. 113, jan./fev. 2004.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso*. Buenos Aires: Platense, 1998.

\_\_\_\_\_. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em: 1º ago. 2006a.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 29 jun. 2006b.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ónus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PORTO, Sergio Gilberto. (Org.). *As Garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução Ernesto Krotoschin. 2. ed. Montevideu, B de F, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Fábio Costa. *Acesso do consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, v. 6, 1996.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi. (Coord). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1992. v. 3, t. 2.

\_\_\_\_\_. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 3, p. 95-99, 2001.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferreira Beltrán. Madri: Trotta, 2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Lauria. (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento*. Tradução Tomás Bonshaf. Bogotá: Temis, 1985.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### STJ

Acompanhamento processual pelo sistema de informatização do Tribunal. Divulgação errônea ou imprecisa da informação autoriza a parte a praticar o ato que deixou de praticar em virtude do erro.

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ACOMPANHAMENTO PROCESSUAL PELO SISTEMA DE INFORMATIZAÇÃO DO TRIBUNAL (INTERNET). INFORMAÇÃO ERRÔNEA OU IMPRECISA, DE MODO A OBSTAR A PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL EM TEMPO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE JUSTA CAUSA. ACOLHIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Se colocado à disposição o serviço de internet pelo Tribunal, deve ser prestado eficazmente, pois todos os jurisdicionados confiam nas informações prestadas. A propósito, a ilustre Ministra Eliana Calmon, em situação ocorrida neste Sodalício, elucidou que, “no momento em que há publicação das decisões pela internet, tendo criado o Tribunal, inclusive, a Revista Eletrônica, é um contra-senso falar em tempestividade recursal a partir da publicação pelo DJU”. Em outro passo, com a mesma ênfase, adverte a douta Ministra que “a demora na publicação das decisões, via Imprensa Oficial, não coloca o Judiciário em condições de cobrar dos causídicos o acompanhamento das lides pelo Diário Oficial” (CF. AG. Reg. Nos Emb. Decl. no RESP 262.316-PR, DJ 7/10/2002). - As informações que foram apresentadas de modo incorreto ou impreciso pelo serviço de informatização, configuram justa causa a autorizar que a parte prejudicada pratique o ato que deixou de efetivar quando induzida em erro. Precedentes da 1ª e 4ª Turmas desta Corte Superior de Justiça. - Recurso Especial conhecido e provido. (STJ, 2ª Turma, RESP 557103/MG, Rel. Min. Domingos Franciulli Netto, j. 01/04/2004, DJ 09.08.2004, p. 221)



### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 A NOVA REDAÇÃO DO ART. 587 DO CPC E SEUS REFLEXOS SOBRE A SÚMULA 317 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAÍRA CARVALHO LUZ

Advogada

integrante da RENAP - Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares

##### 1. Introdução

Em 20 de janeiro de 2007, entrou em vigor a nova redação do art. 587 do CPC, introduzida pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que modificou substancialmente o processo de execução dos títulos extrajudiciais. A referida alteração legislativa criou uma controvérsia em torno da vigência da Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça, que diz que toda a execução de título extrajudicial será definitiva, pois a atual redação do art. 587 do CPC anuncia que será provisória a execução de título extrajudicial, enquanto pendente apelação de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo.

A antiga redação do art. 587 do CPC, antes da publicação da Lei nº 11.232/05 e da Lei nº 11.382/06, dispunha que a execução era definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; era provisória, quando a sentença fosse impugnada mediante recurso recebido só no efeito devolutivo. Com a reforma introduzida pela Lei nº 11.232/05, a primeira parte que compunha o antigo art. 587 do CPC, relativa à sentença, passou a constituir o § 1º do novo art. 475-I do CPC, em que se estabeleceu que será definitiva a execução da sentença transitada em julgado e que a execução será provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo. O art. 587 do CPC passou a disciplinar apenas o título executivo extrajudicial com a alteração trazida pela Lei nº 11.232/05.

Até a edição da Lei nº 11.382/06 preponderava, na doutrina e na jurisprudência, que a execução de título extrajudicial continuava como definitiva, mesmo na pendência de recurso contra a sentença, que julgou improcedentes os embargos do executado. Preponderava, também, que os embargos tinham necessariamente efeito suspensivo, conforme redação do antigo § 1º do art. 739 do CPC, que foi revogado pela Lei nº 11.382/06. Conforme pondera Didier Júnior (2007), havia muita discussão sobre a natureza da execução embargada de título extrajudicial, pendente apelação contra sentença que julgou improcedente os embargos do executado, porque o inciso V do art. 520 do CPC retira o efeito suspensivo da apelação. Além disso, pode-se requerer ao julgador que se atribua efeito suspensivo ao referido recurso de apelação, a teor do art. 558, *caput* e parágrafo único, do CPC.

Diante de tais circunstâncias, foi consolidado o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a partir do enunciado da Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que será definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos. A alteração da redação do art. 587 do CPC, por meio da Lei nº 11.382/06, ao dispor que será provisória a execução de título extrajudicial, quando pendente recurso de apelação de embargos do executado, se eles forem recebidos com efeito suspensivo. A respeito dessa relevante mudança promovida pela Lei nº 11.382/06, importa consignar o entendimento de Assis (2007, p. 305):

A execução fundada em título extrajudicial (art. 585 do CPC) inicia definitivamente (art. 587, 1ª parte, na redação da Lei 11.382/06); porém, opostos embargos aos quais o órgão judiciário atribuiu efeito suspensivo, a teor do art. 739 – A § 1º do CPC, no todo ou em parte, e enquanto semelhante ato não for modificado (art. 739 § 2º do CPC), a pendência de apelação contra a sentença de improcedência autoriza o prosseguimento da execução provisoriamente (art. 587, 2ª parte, do CPC), no que tange ao capítulo objeto do efeito suspensivo.

## 2. Aspectos Controvertidos

Como dito anteriormente, a nova redação do art. 587 do CPC criou uma polêmica a respeito da vigência da Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça, que impõe que toda a execução de título extrajudicial será definitiva, na medida em que o atual dispositivo legal anuncia uma hipótese, já mencionada, em que a referida execução de título extrajudicial será provisória. Ressalta-se que, tanto antes da Lei nº 11.382/06 quanto atualmente, prossegue a execução como definitiva, em virtude de estar amparada em título definitivo, que é fundado em obrigação certa, líquida e exigível (art. 586 do CPC). Dito isso, merecem destaque as palavras de Assis (2007, p. 305):

A execução baseada em título extrajudicial só adquire a condição de provisória *secundum eventum litis*, pois o sistema é *ope legis*, não cabendo ao órgão judiciário autorizar a execução provisória fora dos casos legais.

[...]

[...] no caso do art. 587, 2ª parte, do CPC, a menção – a apelação contra a sentença de improcedência (art. 520, V, do CPC) – revela que, desprovido o apelo no tribunal, e, interposto recurso especial ou extraordinário, na respectiva pendência, desaparece o caráter provisório da execução de título extrajudicial, retornando à qualidade inicial de execução definitiva.

Deduz-se daí que tanto o título executivo extrajudicial quanto a sentença transitada em julgado são sempre títulos executivos definitivos. Assim, ainda que os embargos do executado sejam recebidos com efeito suspensivo, a execução continua definitiva (fundada em título definitivo), porém incompleta, já que é incapaz de permitir a realização plena do direito do exeqüente.

Para Assis (2007, p. 306), “[...] trata-se, na verdade, de adiantamento da eficácia executiva, pois ‘provisório’ é o título, e não a execução em si, que se processa da mesma forma que a definitiva (art. 475, O, caput, do CPC)”. O efeito suspensivo dos embargos apenas limita a execução, impedindo-a até a prolação da sentença de improcedência. A única diferença de sentido é que a execução, antes da Lei nº 11.382/06, não se submetia a qualquer restrição e, agora, sujeita-se ao regime do art. 475 do CPC. Compartilham da mesma interpretação Marinoni e Arenhart (2007, p. 361) e Giannico (2007).

Do ponto de vista técnico, o legislador pátrio fez uma grande confusão ao alterar o art. 587, 2ª parte, do CPC, pois misturou os conceitos de provisoriedade e definitividade. A provisoriedade refere-se às situações em que a decisão que reconheceu o crédito não se tornou definitiva, pois ainda não transitou em julgado. Já a definitividade refere-se aos casos em que a execução estiver lastreada pela sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial. Marinoni e Arenhart (2007, p. 367) observam que o que o Código chama de execução provisória é a execução semiplena ou incompleta, pois, na pendência de recurso, seja este qual for, a execução é sempre *provisória*, no sentido de revogável ou desmanchável.

Antes da Lei nº 11.382/06, a sentença de improcedência dos embargos do executado fazia desaparecer o efeito suspensivo provocado pelo recebimento dos embargos, liberando o prosseguimento da execução de título extrajudicial sem quaisquer restrições. Após da referida lei, a regra é que os embargos terão apenas efeito devolutivo, nos termos do art. 739, A do CPC. Excepcionalmente, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739, A, §1º do CPC), a sentença de improcedência dos embargos também faz desaparecer o referido efeito suspensivo. Porém, em razão da imposição legal do art. 587, do CPC, a execução passa a se sujeitar automaticamente ao regime do art. 475-O do CPC, que é o regime da execução provisória, até o julgamento do recurso de apelação contra a decisão de improcedência dos embargos do executado.

Com a alteração do art. 587, 2ª parte, do CPC, passando a execução definitiva a receber o tratamento de provisória, haverá a responsabilidade objetiva do exeqüente pelos eventuais prejuízos causados ao executado, caso a decisão executada seja reformada (art. 475, O, I, do CPC e do art. 574 do CPC). Isto é, à vantagem produzida pela execução provisória em suas expectativas processuais corresponde, simetricamente,

a responsabilidade objetiva do exeqüente pelo dano, por ele criado, na esfera jurídica do executado. Responsabilidade essa que é independente de culpa ou ânimo subjetivo do exeqüente, sendo decorrente apenas da reforma da decisão em que a execução se fundou.

Tomando emprestadas as palavras de Assis (2007, 312), o dever de indenizar surge tão somente do desfazimento do título, seja qual for o meio, sendo que tais prejuízos serão liquidados por arbitramento nos próprios autos, por força do art. 475, O, II, do CPC. Haverá a restituição das partes ao *status quo* (art. 475, O, II, do CPC), no caso de reforma do pronunciamento judicial pelo tribunal, o que significa que o exeqüente terá que restituir as quantias recebidas, com correção e juros, sob pena de execução; desconstituir o usufruto forçado, com a mesma devolução de quantias; restituir a coisa levantada (art. 623 do CPC); liberar os bens penhorados que não tenham sido alienados, retornando-se, assim, ao estado pristino de ambas as partes.

O art. 475, O, III, do CPC exige a caução suficiente e idônea para a prática de determinados atos, caução essa que poderá ser dispensada nas hipóteses previstas no art. 475, O, §2º, do CPC. Será necessária a prestação de caução em todas as hipóteses em que ocorrer alteração no patrimônio do executado. Com essa cautela, o exeqüente poderá praticar atos de alienação de domínio ou levantamento de dinheiro, e outros dos quais possa resultar grave dano ao executado. Theodoro Junior (2007, p. 445) assevera que “[...] se o julgamento for favorável ao executado – embargante, após a alienação judicial, esta não será desfeita. O executado - embargante será indenizado pelo exeqüente, pelo valor dos bens expropriados, nos termos do art. 694, §2º, do CPC”.

Haverá dispensa da referida caução nas hipóteses de execução de crédito alimentar ou de crédito proveniente de ato ilícito, até o limite de sessenta salários mínimos, existindo necessidade do exeqüente e nas execuções movidas na pendência de agravo de instrumento no STJ ou no STF (art. 544 do CPC), interposto contra a decisão que não admitiu, respectivamente, o recurso especial ou o recurso extraordinário, salvo neste caso quando da dispensa puder manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. Segundo lições de Assis (2007, 313), “há uma terceira exceção, implícita na menção apenas ao recurso de apelação, no art. 587, 2ª parte, do CPC, que é da pendência de outro recurso (por exemplo, o recurso especial) contra o julgamento dos embargos opostos pelo executado na execução baseada em título extrajudicial”.

Posto isso, a execução que nasce definitiva não se transforma em provisória em razão de eventual e superveniente oferecimento de embargos do executado. Os tribunais brasileiros já estabeleceram que o caráter definitivo da execução de título extrajudicial

perdura ainda que na pendência de apelação contra a sentença que venha a julgar improcedentes os embargos do executado. Essa orientação visa à agilização da Justiça, proporcionando meios para uma tutela jurisdicional eficaz. Atualmente, o que se busca é o chamado *processo civil de resultados*, em que se prioriza a efetivação concreta dos direitos das partes.

Giannico (2006, p. 80) aduz que os conceitos jurídicos de provisoriedade e definitividade – que são aceitos pacificamente pela maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência – não podem ser alterados pela lei, e, citando Barbosa Moreira acrescenta que “[...] a mudança de rótulo não influi no conteúdo da garrafa: colar a esta uma etiqueta de *bordeaux* em absoluto não transforma em vinho o refrigerante que ela porventura contenha, e vice-versa”. Marinoni e Arenhart (2007, p. 361) bem lembram que não existe execução provisória de sentença, mas sim execução, que pode ser completa ou incompleta, de decisão provisória, sendo que provisória é a decisão e não a execução, que é definitiva. Da mesma forma, Câmara (2007, p. 424) afirma que a interpretação literal do art. 587 do CPC contraria a lógica mais elementar, de modo que o que é definitivo não pode se tornar provisório, concluindo, assim, seu raciocínio:

O que a lei quer dizer é que, nesse caso, a realização dos atos de alienação dos bens penhorados ou que impliquem a transmissão da propriedade dependerão da prestação de caução, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 475 – O do CPC. Aplicar-se-ão, também, as regras veiculadas por este artigo de lei, referentes à responsabilidade objetiva do exequente no caso de ser provido o recurso ainda pendente.

Assim, o legislador pátrio foi infeliz ao alterar a redação do art. 587, 2ª parte, do CPC, transmutando uma execução que se iniciou como definitiva em provisória, mesmo após o pronunciamento de uma sentença que confirmou o título executivo, reforçando a presunção da existência da dívida, pois essa mudança foi feita de forma injustificada, sem explicações para tanto. Compartilham do mesmo entendimento Didier Junior, Theodoro Junior, Marinoni, Arenhart, Wambier, Tereza Arruda Wambier, Medina, Assis, Câmara, Giannico. Por todo o exposto, e tendo em vista uma interpretação lógica e sistemática do nosso ordenamento jurídico, infere-se que a Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça continua plenamente eficaz, produzindo todos os seus efeitos. Interessante observar, nesse contexto, o posicionamento de Almeida (2007, p. 302):

Impõe-se diante das inúmeras reformas processuais pela qual está passando o CPC/73 a necessidade de revisitação constante da visão instrumentalista do direito processual, enfatizando

que o referido direito é uma instituição constitucional, e a sua reforma legislativa, a sua interpretação e aplicação têm de ter como guia condutora a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. [...] Caso contrário, teremos que conviver com incessantes reformas das reformas do sistema processual que nunca satisfazem nem atendem às exigências do Estado Democrático de Direito e aos anseios sociais.

### 3. Nosso Posicionamento a Respeito da Interpretação da nova Redação do Art. 587 do CPC

A redação do art. 587, 2ª parte, do CPC, fere os princípios constitucionais da segurança jurídica e da proibição do retrocesso, posto que suprime uma posição jurídica já implementada, que é a da definitividade da execução de título extrajudicial. A Constituição Federal de 1988 incluiu a segurança no elenco dos direitos invioláveis arrolados no *caput* de seu art. 5º, além de tê-la evocado como valor fundamental em seu Preâmbulo. Assim, o direito à segurança abrange a segurança jurídica e social, um direito geral à segurança, no sentido de um direito à proteção, por meio de prestações normativas e materiais, contra atos do Poder Público. Segundo assevera Sarlet (2005, p. 90; p. 95):

Um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado de segurança jurídica, já que, do contrário, também o ‘governo das leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades.

[...]

Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica.

Desse modo, o princípio da segurança jurídica, além de ser um direito fundamental da pessoa humana, é um princípio fundamental da ordem jurídica estatal, sendo um elemento estruturante do Estado de Direito. Já o princípio da proibição do retrocesso impõe que a conquista dos direitos fundamentais, a exemplo do direito à segurança jurídica, não pode ser objeto de um retrocesso. Esse princípio decorre implicitamente do sistema constitucional, na medida em que o Estado Democrático de Direito impõe a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas. Os princípios constitucionais implícitos servem de parâmetro do controle de constitucionalidade, uma vez que integram o *espírito* da constituição formal. Nesse sentido, Canotilho (2000, p. 891):

O programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o “bloco de constitucionalidade” a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como forma de densificação ou revelação específica de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

A respeito do princípio da proibição do retrocesso, Sarlet (2005, p. 114) afirma:

Os órgãos estatais, especialmente, como corolário da segurança jurídica e da proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quanto os atos da administração, e, em certa medida, os órgãos jurisdicionais.

[...]

Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o Poder Público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte.

Constata-se, assim, que o princípio da proibição do retrocesso social resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais, o que implica a proteção dessas normas contra a atuação do poder de reforma constitucional, do legislador ordinário e dos demais órgãos estatais, por força do art.5º, § 1º, da CF/88.

Sarlet (apud ROCHA, 1999, p. 32) diz que “[...] ao sufragar o princípio da proibição do retrocesso, as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões do momento ou eventuais maiorias parlamentares”. Segundo Silva (2006, p. 32-33), “[...] é preciso estruturar meios adequados e eficazes de precaver-se contra a ameaça do legislador, que, servindo-se desse instrumento (lei), pode instaurar um regime de força, transformando a força da lei numa lei da força”. Feita essa consideração a respeito dos princípios constitucionais que foram violados com a nova redação do art. 587 do CPC, cumpre registrar as lições de Nery Junior (2000, p. 20):

Caso a lei infraconstitucional esteja em desacordo com o texto constitucional, não deve por óbvio, ser aplicada. Comprovada a divergência, se a norma legal tiver sido editada depois do advento da Constituição Federal, será inconstitucional e não poderá ser aplicada para a solução do caso concreto: estará sujeita à declaração in concreto ou in abstracto dessa referida inconstitucionalidade.

O art. 587 do CPC é um ato normativo primário, é uma regra, possuindo um caráter frontalmente descritivo. Por ser regra, o referido artigo deveria refletir os valores contidos nos princípios da segurança jurídica e da proibição do retrocesso, sob pena de perder seu fundamento de validade, que é a Constituição Federal. Diante disso, conclui-se que o legislador não teve sorte com a nova redação do art. 587 do CPC, na medida em que ignorou o texto da Constituição Federal, em especial, o princípio da segurança jurídica e o princípio da proibição do retrocesso social. Significa que, enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da norma supramencionada, pelo STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a preservação da norma contida no art. 587, 2ª parte, do CPC, poderá ocorrer mediante uma interpretação que exclua a parte considerada inconstitucional.

Assim, será necessário fazer uma interpretação ab-rogante entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da proibição do retrocesso e o preceito legal contido no art. 587, 2ª parte, do CPC, diante da incompatibilidade absoluta entre eles, o que levará à inaplicabilidade do artigo interpretado, em sua segunda parte. Trata-se de ab-rogação imprópria, pois não compete ao juiz, nem ao jurista extirpar uma norma do sistema jurídico, e sim do legislador. A respeito desse tema, sábios os ensinamentos de Bobbio (1999, p. 38):

Trata-se, na verdade, de ab-rogação em sentido impróprio, porque, se a interpretação é feita pelo jurista, ele não tem o poder normativo e portanto não tem o poder ab-rogativo (o jurista sugere solução aos juízes e eventualmente também ao legislador); se a interpretação é feita pelo juiz, este em geral (nos ordenamentos estatais modernos) tem o poder de não aplicar a norma que considerar incompatível no caso concreto, mas não o de expeli-la do sistema (ab-roga-la), mesmo porque o juiz posterior tendo que julgar o mesmo caso, poderia dar ao conflito de normas uma solução oposta e aplicar bem aquela norma que o juiz precedente havia eliminado.

Ávila (2006, p. 44-45; 115) assevera que:



[...] muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. [...] Sendo as regras instrumentos de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos, sua superação será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade geral ela provocar.

Diante disso, verifica-se uma antinomia própria de normas entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e da proibição do retrocesso e a regra processual inserida na segunda parte do art. 587 do CPC. Além da interpretação ab-rogante, outro meio de sanar a referida antinomia dar-se-á por meio da utilização do critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) em que prevalecerá a validade dos princípios constitucionais em detrimento da regra processual contida na segunda parte do art. 587 do CPC, enquanto não for proposta uma ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade daquele dispositivo legal.

Em face do princípio constitucional da supremacia formal da constituição, as normas infraconstitucionais, como o art. 587, 2ª parte, do CPC, devem se conformar aos comandos da Lei Maior, como aqueles ditados pelos princípios da segurança jurídica e da proibição do retrocesso. Ademais, pelo princípio da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, uma norma infraconstitucional só será válida se produzida de acordo com a norma superior, no caso, a Constituição Federal que é o seu fundamento de validade.

#### 4. Conclusão

Conclui-se, assim, que a norma contida no art. 587, 2ª parte, do CPC, é inconstitucional, e a execução de título extrajudicial continua a ser definitiva, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo. Consequência direta dessa inconstitucionalidade é que a Súmula 317 do Superior Tribunal de Justiça continua plenamente eficaz.

#### 5. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução Coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: algumas considerações reflexivas. In: Mirna Cianci e Rita Quartieri. (Coord). *Temas atuais da execução civil: Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GIANNICO, Maurício. Breves Comentários sobre a Lei 11.382/2006 (Processo de Execução de Título Extrajudicial). In: Mirna Cianci e Rita Quartieri. (Coord). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Execução provisória*. In: Mirna Cianci e Rita Quartieri. (Coord). *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Tópicos sobre a última reforma processual (dezembro de 2006) (Parte I). In: Tereza Arruda Alvim Wambie. (Coord). *Revista do Processo*, São Paulo, a. 32, n. 147, maio/2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 4, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

#### 4. TÉCNICAS

##### 4.1 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA INTEGRAR E ACLARAR DECISÃO, COM ADMISSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES – CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE

ELAINE MARTINS PARISE  
Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Coordenadora de Controle da Constitucionalidade  
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos – PUC / MG

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Assessor Especial do CEAF  
Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP  
Doutor em Direitos Difusos e Coletivos - PUC/SP  
Coordenador e Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna/MG

#### EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR, DESEMBARGADOR XXXX

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº XXXXXXXXX  
Demandante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
Demandados: XXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXXX  
Espécie: Petição de interposição de EMBARGOS DECLARATÓRIOS seguida de  
razões recursais

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Procuradora-Geral de Justiça Adjunta Jurídica, ciente da decisão proferida por Vossa Excelência nas fls. XXXX, que indeferiu a medida cautelar pleiteada na inicial (item 1), vem, a tempo e modo, com base no art. 535 e ss. do CPC, opor os presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com a finalidade de se *aclarar e integrar* o ato recorrido, admitindo-se, como consequência necessária do novo julgado, efeitos infringentes ou modificativos.

Seguem adiante as respectivas razões recursais.

Nesses termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, XX de XX de XX.

**COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
EGRÉGIA CORTE SUPERIOR  
ÍNCILITOS DESEMBARGADORES  
EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR**

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº XXXXXXXXXXXXXXXX  
Demandante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
Demandados: XXXXXXXXX e XXXXXXXXX  
Espécie: RAZÕES RECURSAIS DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS

**1. Relatório**

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar cautelar, em face do Município de XXXXX e da XXXXX, a fim de que fossem declarados inconstitucionais os arts. XXX da Lei Municipal nº XXXXX, que instituiu a Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública no âmbito do referido Município.

Conforme consta da decisão de fls. XXXXX, Vossa Excelência indeferiu o pedido de suspensão cautelar dos efeitos da Lei Municipal impugnada, oportunidade em que já antecipou o entendimento desta E. Corte no sentido de declarar a constitucionalidade da norma em questão (fl. XXXX). A decisão contém vícios de omissão e contradição, razão pela qual interpõem-se os presentes embargos nos termos a seguir aduzidos.

**2. Preliminarmente**

O presente recurso de embargos de declaração visa impugnar decisão proferida por Vossa Excelência, que denegou medida cautelar pleiteada em sede de ADI, o que revela o indiscutível cabimento da medida. Além disso, o recurso é tempestivo. Os autos vieram com vista à Procuradoria-Geral de Justiça, no dia 23 de junho de 2006 (sexta-feira); assim, o *dies a quo* do prazo recursal teve início na segunda-feira seguinte (26 de junho de 2006). Logo, o prazo final para a interposição de embargos de declaração dar-se-á no dia 5 de julho de 2006 (quarta-feira), haja vista o prazo em dobro de que dispõe o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CPC, art. 188). Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, passa-se ao mérito.

### 3. Mérito

#### 3.1 Da omissão pela falta de pronunciamento acerca dos requisitos ensejadores da cautelar

A decisão embargada de fls. XXXXXX não enfrentou ou analisou diretamente os requisitos ensejadores da cautelar requerida pelo Ministério Público. Ao contrário, a decisão limitou-se apenas a atestar a ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Tal fato, por si só, afronta a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais prevista no art. 93, IX, da CF/88.

Em outras palavras, não basta apenas consignar que os requisitos não estão presentes; é necessário apontar especificamente o porquê de sua ausência, analisando cada um dos vícios de inconstitucionalidade apontados. A liminar cautelar requerida tem por escopo suspender os efeitos da Lei nº XXXXX, oriunda do Município de XXXXX, até que seja proferida a decisão final, já que ela padece de inequívoco vício de inconstitucionalidade, por franca violação a princípios constitucionais inerentes ao poder de tributar.

É possível a concessão de cautelar em sede de controle abstrato da constitucionalidade, a fim de se garantir a eficácia do acórdão que decidir a respeito do mérito da ação direta, nos termos da CF/88, art. 102, I, *p*. Os requisitos para a concessão de toda e qualquer cautelar são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. De fato, ambos os requisitos estão presentes nessa ADI, embora, reiteramos, não tenham sido especificamente analisados na decisão que indeferiu a liminar requerida, gerando a omissão ora apontada. Vejamos cada um deles.

##### 3.1.1. *Periculum in mora*

A demora na solução desta ação implicará a continuidade da inconstitucional exigência da CCIP no âmbito do Município de XXXXX. Tendo em vista a certidão que atesta a vigência da lei, certamente os contribuintes deverão arcar injustamente com o pagamento de tributo o qual, nos moldes em que foi instituído, é flagrantemente inconstitucional. Como ressaltado na inicial:

O *periculum in mora* se revela no fato de que a demora na solução da presente ADI implicará a continuidade da inconstitucional exigência da CCIP pela Prefeitura de XXXXX, ferindo direitos e garantias constitucionais dos cidadãos daquele Município, privando-os de valores muitas vezes indispensáveis à sua sobrevivência e que passarão, indevida e ilegítimamente, a integrar os cofres municipais (fl. XXX).

A espera pelo provimento jurisdicional final a ser exarado por essa E. Corte certamente gerará um clima de insegurança jurídica no âmbito daquela municipalidade, além de poder gerar efeitos e impactos sociais negativos e altamente indesejados, fragilizando, inclusive, a tutela especializada do consumidor, como se verá adiante.

Por fim, os contribuintes terão muita dificuldade em receber de volta o dinheiro pago pelo tributo caso a contribuição para o custeio da iluminação pública seja ao final julgada inconstitucional. Por isso, mais um motivo para que seja concedida a liminar cautelar a fim de suspender os efeitos da lei que instituiu esse tributo.

O extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais ensinava que o *periculum in mora* “é a possibilidade de que, antes de se atender o direito pleiteado, se positivo for o resultado do julgamento da lide ao proponente, seja-lhe causada lesão grave de difícil reparação” (TAMG, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.335976-4/000, Rel. Juíza Jurema Miranda, j. 10.10.2001, DJ 20.10.2001).

Assim, fica evidente que a cada novo mês em que o contribuinte pagar injustamente a CCIP, uma nova lesão ao seu patrimônio financeiro estará sendo gerada e que dificilmente será reparada, quer seja pela espera do julgamento final da presente ADI, quer seja pela costumeira dificuldade que encontrará em receber de volta os valores do Erário.

### 3.1.2. *Fumus boni iuris*

Em relação ao *fumus boni iuris*, nos termos da fundamentação expendida na inicial, não resta dúvida de que foram afrontados os princípios constitucionais que disciplinam a limitação ao poder de tributar. Vejamos os vários pontos em que se evidenciam a clara violação da lei a tais princípios.

De fato, causa-nos espanto o não-deferimento da liminar diante da evidente inconstitucionalidade da lei. A resistência encontrada por parte dos Tribunais em reconhecer essa patente inconstitucionalidade é fator que enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, uma vez que o Poder Judiciário deixa de cumprir a sua missão constitucional de implementação da igualdade material. Sobre a fundamental implementação material outorgada pelo constituinte de 1988 ao Poder Judiciário, cita-se:

Essa implementação material do Estado Democrático de Direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido de seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de uma lado, de *proteção* dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro,



de *efetivação*, no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva<sup>1</sup>.

Reiteramos cada um dos flagrantes vícios de inconstitucionalidade apontados na inicial a fim de demonstrar também, de forma inequívoca, a presença do *fumus boni iuris* no presente caso. Pelo aspecto da *legalidade*, é cediço que todos os aspectos fundamentais do tributo, como o pessoal, espacial, temporal, quantitativo *etc.*, devem vir expressos e ser fixados, de forma inequívoca, em lei em sentido formal.

Mas a Lei nº XXXXX não definiu com clareza o aspecto quantitativo da contribuição em questão. O art. XXX dessa lei determina que o *quantum* do tributo será calculado sobre o valor da Tarifa de Iluminação Pública, sendo tal valor fixado por um órgão do Poder Executivo (ANEEL), através de simples resolução, e não através de lei.

Assim, o aspecto quantitativo teve a sua fixação relegada a mero ato do Poder Executivo, já que todas as vezes que a ANEEL alterar a dita resolução, automaticamente haverá alteração na contribuição em análise — o que, repita-se, somente poderia ocorrer com base em lei em sentido formal.



Diversamente do que pode parecer, não se exige que a contribuição tenha um valor fixo e invariável. É perfeitamente viável que tais contribuições possuam alíquotas *ad valorem*. O que se espera é que a fixação de tais valores se dê através de lei, e não mediante simples resolução, respeitando-se, com isso, o devido processo legal legislativo.



Outro aspecto de ilegalidade é que a contribuição não será calculada com base nos gastos efetivos da Administração Pública, mas com base no consumo particular de energia elétrica de cada unidade residencial ou comercial. Dependendo do consumo aferido, isto poderá levar a Administração a arrecadar muito mais do que necessita — gerando enriquecimento ilícito —, ou até mesmo arrecadar menos do necessário para cumprir as finalidades previstas pela lei.

Também há ilegalidade quando o art. XXX da norma impugnada dispõe que “É facultada a cobrança da Contribuição na fatura de consumo de energia elétrica emitida pela empresa concessionária ou permissionária local, condicionada à celebração de contrato ou convênio”.

Ora, a lei acabou por gerar um ônus excessivo ao consumidor particular, pois atrelou o pagamento da contribuição ao pagamento da tarifa de energia elétrica, sendo que agora

<sup>1</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 150.



o consumidor deverá pagar ambos os valores no mesmo ato — já que a concessionária de energia elétrica não admite que a fatura seja paga parcialmente. Consequência disso é que se o consumidor não tiver o dinheiro para pagar todo o valor da fatura da energia elétrica (tarifa + contribuição), além de poder ter o seu fornecimento de energia elétrica suspenso pela CEMIG, *in casu*, passará automaticamente a ser devedor de tributo municipal, injustamente.

Nos termos em que se encontra, a lei viola o direito do contribuinte de discutir judicialmente inclusive a pertinência do tributo, pois, deixando de pagar a fatura, pode sofrer pesada sanção pelo inadimplemento. Machado (2004, p. 401, grifo nosso) coaduna com o nosso entendimento:

Como o não-pagamento da fatura de consumo de energia elétrica autoriza a concessionária do serviço a interrompê-lo, colocar o pagamento da contribuição como condição para o pagamento da fatura de consumo de energia elétrica seria dar ao sujeito ativo da obrigação tributária um meio violento, que exclui o devido processo legal e atropela o direito de defesa do contribuinte contra eventual cobrança indevida. *Meio de cobrança que, por isto mesmo, não tem sido admitido para os tributos em geral.*<sup>2</sup>

Dessa forma, por via indireta, o Município está forçando os seus contribuintes a pagar o tributo, sem qualquer direito de defesa. Isso atenta contra a garantia constitucional do acesso à justiça e do devido processo legal, previstos respectivamente no art. 5º, XXXV e LV, da CF/88. Isso significa utilizar-se de meio coercitivo, abusivo para forçar o pagamento de determinado tributo, o que, como dito, tem sido amplamente rechaçado em nossos tribunais. Nesse sentido:

Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22). O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 298017 / MG, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 03.04.2001, DJ 27.08.2001, p. 230).

Essa cobrança conjunta da tarifa de energia elétrica com a contribuição para o custeio da iluminação pública viola direitos fundamentais do consumidor previstos nos arts. 6º, IV, e 39, I, do CDC:

<sup>2</sup> *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. São Paulo:Malheiros, 2004, p. 401.



Art.6º - São direitos básicos do consumidor:

.....  
IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas ou cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.  
.....

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I- condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativas.

A norma é também inconstitucional por promover uma ingerência indevida do Estado nas relações de consumo dos particulares, fazendo com que os contratos (faturas de energia elétrica) entre eles sejam alterados sem que se respeite a autonomia de vontade firmada nos respectivos acordos.

O Estado deve, em regra, criar os seus próprios meios instrumentais para cobrar os tributos de sua competência, com a impressão, por exemplo, de guias próprias. Valer-se de contratos firmados entre particulares é medida de caráter excepcional e merece ser evitada tanto quanto possível, já que não há qualquer pertinência entre essas duas relações jurídicas tão diversas: relação de direito público e relação de direito privado.

Além disso, a cobrança da contribuição nas faturas de energia elétrica somente poderia ocorrer se o consumidor-contribuinte expressamente autorizasse tal medida, conforme determina expressamente o art. 84 da Resolução 456/2000 da ANEEL:

Art. 84. Além das informações relacionadas no artigo anterior, fica facultado à concessionária incluir na fatura outras informações julgadas pertinentes, inclusive veiculação de propagandas comerciais, desde que não interfiram nas informações obrigatórias, vedadas, em qualquer hipótese, mensagens político-partidárias.

Parágrafo único: Fica também facultado incluir a cobrança de outros serviços, de forma discriminada, *após autorização do consumidor* (grifo nosso).

No caso, nenhum consumidor autorizou a cobrança da CCIP em suas faturas de energia elétrica. Logo, ela simplesmente não pode ser cobrada por esse meio. Com isso, demonstra-se mais uma ilegalidade e abusividade da lei em apreço.

E) A norma também viola o *princípio da anterioridade*, também chamado de *irretroatividade qualificada*, previsto na CF/88, art. 150, III, “b”, c/c art. 152, *caput*, da CEMIG:

CF/88. Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III – Cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os institui ou aumentou.

É evidente que toda vez que a ANEEL alterar o preço da tarifa de iluminação pública mediante a modificação da sua Resolução, o valor do tributo — que é vinculado ao preço da tarifa — também irá alterar imediatamente, sem que se respeite a anualidade constitucionalmente assegurada. Destaca-se, mais uma vez, que a CF/88 exige a edição de lei em sentido formal para alteração do tributo e, no caso concreto, nem existe lei, mas mero ato do Poder Executivo.

F) A lei afronta, ainda, o *princípio da isonomia*, pois, o seu art. 3º assevera que “Contribuinte é o proprietário, o titular do domínio útil ou possuidor, a qualquer título, de unidade imobiliária servida por iluminação pública”.

Conforme se observa do art. 150, II, da CF/88:

CF/88. Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Os cidadãos de XXXXXXXX encontram-se todos em situação equivalente em relação ao benefício concedido pelo Poder Público e que fundamenta a exigência da CCIP: todos usufruem, da mesma forma, do serviço de iluminação pública prestado pelo Município. Assim, o Município deve exigir o montante necessário para o custeio de todos os seus cidadãos.

Assim, não é isonômico ou igualitário exigir o tributo apenas das pessoas citadas no art. XXXX da Lei XXXXX, já que várias outras pessoas que não se encaixam nesse contexto igualmente usufruem da iluminação pública sem contribuir em nada para o seu custeio.

Um outro agravante é que uma única fatura poderá representar a contribuição de várias pessoas, tantas quantas residirem em uma única residência, o que torna a sua cobrança ainda mais desproporcional. E o pior: se determinada pessoa for titular de mais de um fatura (residência e escritório), essa pessoa será tributada duas vezes pelo mesmo fato, em manifesto e indesejado *bis in idem*.

G) a maneira de cálculo da CCIP também é *ilegal e abusiva*. A iluminação pública é serviço de natureza *uti universi*, que atinge a todos de forma indistinta. Por essa razão, o STF declarou inconstitucional a cobrança desse serviço por meio de taxas, visto não se tratar de serviço específico e indivisível, os únicos que poderiam ser cobrados por meio dessa espécie de tributo (VIDE RE nº 360.585-2, cuja decisão do Min. Carlos Velloso foi publicada na *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 89).

É uma forma de se atingir a *justiça fiscal*: em se tratando de um serviço que não beneficia toda a coletividade – o que não é o caso da iluminação pública, em que todos são beneficiados – nada mais justo que seja custeado pelo próprio beneficiário, na medida da despesa que ensejar os cofres públicos.

A iluminação pública atinge a todos. Por isso, ela deve ser custeada a partir da mensuração da despesa pública à prestação de tal serviço. Assim, nos moldes como institui a Lei nº XXXX, não se pode vincular o valor do tributo à despesa particular de cada contribuinte, já que não é porque em um determinado período um cidadão consumiu mais energia elétrica em sua residência que a iluminação pública das vias públicas deverá ser mais onerosa para ele.

Para se aclarar a questão, figuremos o seguinte exemplo. Um cidadão é beneficiado com três postes de iluminação em sua rua. Em um dado mês, ele pagou  $X$  pelo custeio da iluminação. A menos que haja um aumento do número de postes nas proximidades de sua residência, no mês seguinte ele também deverá pagar o mesmo valor  $X$ . Mas, de acordo com a lei, veja-se o que ocorrerá: Se a ANEEL aumentar o valor da tarifa ou o cidadão consumir mais energia, ele irá pagar um tributo mais caro,  $X + Y$ , mesmo não tendo havido qualquer aumento quantitativo ou qualitativo da iluminação pública nos arredores da sua casa.

E se o serviço de iluminação pública não sofreu qualquer alteração, permanecendo-se os três postes, por que o cidadão deverá pagar mais caro?

Por isso, ao vincular o custeio da iluminação pública ao consumo individual ou atrelado à atos da ANEEL, vários e evidentes discrepâncias jurídicas podem surgir.

H) A Lei XXXXXX também não prevê *destinação específica* para a renda auferida. O seu art. XXXXXX dispõe que:

Art. XXXXX O produto da Contribuição constituirá receita destinada a cobrir os dispêndios da Municipalidade decorrentes do custeio do serviço de iluminação pública.

Parágrafo único. O custeio de iluminação pública compreende:

- a) Despesas com energia consumida pelos serviços de iluminação pública;
- b) Despesas com administração, operações, manutenção, efficientização e ampliação do sistema de iluminação pública.

A especificação da lei é vaga, genérica, flexível e aberta. Ela deveria detalhar pormenorizadamente o caminho e o destino dos recursos arrecadados após o seu recolhimento pelos contribuintes.

Da forma como foi colocado na alínea *b* do parágrafo único do seu art. XXXX, até mesmo despesas com servidores públicos municipais ou pagamento de despesas relativas à material de escritório poderão ser consideradas como necessárias à administração ou manutenção da iluminação pública. Isso deixa brechas para que haja desvios de montante arrecadado, já que o percurso do *quantum* auferido pelo tributo não está claramente apontado na lei, assim como também não há a previsão de um fundo próprio para a sua gestão.

Assim, considerando que apenas foi atestada a ausência de relevância nos fundamentos jurídicos, é necessário que esse douto Tribunal analise especificamente os requisitos da cautelar requerida e explique a razão de sua ausência na petição inicial. Isso porque entendemos que eles estão presentes, haja vista o que foi apontado e reiterado nesse tópico.

### **3.2 Da contradição apresentada diante da análise prematura do mérito da própria ação direta de inconstitucionalidade**

Não bastasse os requisitos da cautelar não terem sido própria e suficientemente analisados, observa-se que a decisão tangenciou fundamentos que deveriam ser apreciados somente ao final com o julgamento de mérito da ADI. Tal fato revela uma antecipação indevida do próprio mérito da ação.

Ficou adiantado pela decisão de Vossa Excelência que a lei é constitucional, haja vista as reiteradas decisões, por maioria, deste Sodalício. Ora, não é possível que em uma decisão na qual se deveria analisar, em cognição sumária, os requisitos de uma cautelar, seja analisado, em cognição verticalmente mais profunda, elementos próprios de um provimento final de mérito.

Por isso, a decisão é contraditória entre a sua conclusão e a sua fundamentação, pois discorre sobre um tema referente ao mérito da ação direta de inconstitucionalidade, mas conclui sobre outro pertinente à admissibilidade e pertinência da cautelar, sem que haja, contudo correspondência entre eles.

Não bastasse, a decisão também aduziu sobre matéria relativa à salvaguarda de planos de governo mal projetados e executados, assunto também estranho ao objeto da matéria. Veja-se: “Ademais, o valor da cobrança da aludida contribuição já integra o orçamento do município e não pode ser estancado de plano sem que ocorram sérios transtornos ao administrador e à população (fl. XXXX).”

Respeitosamente, entendemos que a população já está sofrendo *sérios transtornos* por ter que arcar com o pagamento de um tributo instituído por lei flagrantemente inconstitucional. Depois, como dito alhures, o compromisso e a missão constitucional do Poder Judiciário é com a defesa do Estado Democrático de Direito, assim como promover a implementação da igualdade substancial, zelando pelos princípios constitucionais que asseguram os direitos fundamentais dos cidadãos (CF/88, art. 1º ao 4º).

A atividade indevida do Legislativo pode gerar prejuízo aos cidadãos, ao elaborar leis que lhes suprimem garantias asseguradas pela Carta de Direitos. A CF/88 não é uma Carta Política, mas sim, uma Carta de Direitos. Logo, ela não deve se curvar diante da realidade social e das manobras políticas de alguns governantes, mas a sociedade é quem deve respeitá-la para não abalar e aniquilar o sistema jurídico, especialmente no que tange aos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Dentro desse compromisso constitucional, a via do controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade é um dos instrumentos potencializados colocados à disposição do Poder Judiciário para a proteção do Estado Democrático de Direito. Por fim, a decisão aduz, ainda, que “Todos reclamam da base de cálculo (KWH) mas ninguém, até agora, sugeriu outra melhor” (fl. XXX).

Com isso, Vossa Excelência mesmo reconhece o gravame social generalizado gerado pela inconstitucionalidade da lei impugnada, o que inclusive vem acontecendo em outros Municípios, gerando, de forma patente, a indignação por partes de todos.

Mas com relação à base de cálculo, vale dizer que tal matéria refoge às atribuições do Ministério Público, sendo impossível que essa Instituição sugira outra, por expressa vedação do art. 24, I, da CF/88.

Como salientamos na fl. XXX.

A forma com tal exigência será feita de toda a coletividade, de maneira equânime, não nos cabe criar ou estabelecer. O que é da competência desta Procuradoria-Geral de Justiça é a tutela da Constituição Estadual, e não admitir que seus dispositivos sejam desrespeitados pela legislação infraconstitucional, insurgindo-se, assim, contra quaisquer exigências tributárias que não se atenham às disposições e aos princípios constitucionais.

### **3.3 Da possibilidade em se admitir efeitos infringentes ou modificativos como consequência natural do novo julgado**

É posição tranqüila na doutrina e jurisprudência que os embargos declaratórios poderão ter caráter infringente ou modificativo se, ao suprir a omissão ou outro aspecto da causa, a alteração seja decorrência natural do novo julgamento, não se podendo manter os mesmos fundamentos da primeira decisão.

Assim, não haverá qualquer ilegalidade se a decisão que se pretende com esses embargos defira a cautelar, já que, ao suprir a omissão apontada consistente em analisar os requisitos da medida pleiteada, esse Egrégio Tribunal entender que eles se fazem presentes e determinar a sua concessão.

### **3.4 Do posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre a matéria em outros julgamentos**

A fim de reforçamos o nosso posicionamento, trazemos algumas decisões favoráveis proferidas por essa Egrégia Corte Especial a respeito da Inconstitucionalidade da CCIP cobrada nos municípios mineiros.

1) Município de Andradas: ADI 1.0000.04.405150-6/000, Relator Desembargador Carreira Machado, o qual acolheu a representação, seguido por V. Exa. Vale dizer que os recursos interpostos contra essa decisão foram negados no Supremo Tribunal Federal, conforme cópia anexa.

2) Município de Pedro Leopoldo: ADI 1.0000.03.401939-8/000, Relator Desembargador Sérgio Resende, o qual acolheu a representação, seguido por V. Exa. Vale dizer que os recursos interpostos contra essa decisão foram negados no Supremo Tribunal Federal, conforme cópia anexa.

3) Município de São João Batista Glória: ADI 1.0000.04.405147-2/000, Relator Desembargador Gudesteu Biber, o qual acolheu a representação, conforme cópia anexa.

4) Município de Belo Horizonte: ADI 1.0000.04.405153-0/000, Relator Desembargador José Antonino Baía Borges, o qual acolheu a representação, conforme cópia anexa.

#### 4. Conclusão

Ante o exposto, pede-se:

a) a *integração* da decisão de fls. XXXXX, diante da *omissão* apontada, analisando-se especificamente os requisitos para o deferimento da cautelar apresentados na petição inicial, já que a decisão embargada limitou-se apenas a atestar a ausência de relevância nos fundamentos jurídicos do pedido inicial, sem, contudo, explicar e apresentar as razões que motivaram a sua decisão.

b) o *aclaramento* da decisão de fls. XXXXX, no sentido de ser sanada a *contradição* entre a sua fundamentação e a sua parte conclusiva, pois a decisão embargada discorre sobre um tema referente ao mérito da ação direta de inconstitucionalidade, mas conclui sobre outro pertinente à admissibilidade da cautelar, sem que haja, contudo correspondência entre eles.

Destarte, providos os embargos, aguarda-se a *admissão* de efeitos infringentes ou modificativos em atendimento ao disposto nos itens anteriores e como consequência natural do novo julgado, deferindo a liminar cautelar para suspender os efeitos da Lei nº XXXXXX, que institui a Contribuição de Iluminação Pública no âmbito do Município de XXXXXX.

Por fim, requer-se a juntada das cópias dos referidos acórdãos citados no item 3.4 deste recurso.

Belo Horizonte, aos DD de MMMMM de AAAA.

## SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO

### SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO

#### 1. ARTIGOS

##### 1.1 A INTERRUPTÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA POR FALTA DE PAGAMENTO – UMA REFLEXÃO PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR

PLÍNIO LACERDA MARTINS

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor de Direito do Consumidor da FGV.

Professor Convidado da EMERJ

Mestre em Direito

**SUMÁRIO:** 1. O Fornecimento de energia elétrica como serviço essencial. 2. A qualidade do serviço público e o atendimento ao consumidor. 3. A teoria da lesão e o direito do consumidor, a reparação por danos praticados pelo fornecedor. 4. A abusividade das práticas comerciais nas relações de consumo. 5. O corte de energia e o constrangimento do consumidor. 6. A antinomia entre a norma do consumidor e outra norma jurídica. 7. O direito fundamental do consumidor e o princípio da proibição de retrocesso. 8. A prática abusiva do corte de serviço essencial. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

#### 1. O Fornecimento de energia elétrica como serviço essencial

O presente trabalho objetiva uma reflexão a respeito da interrupção do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento. Recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o enunciado nº 29 que afiança: “É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma dos respectivos regulamentos administrativos”<sup>1</sup>. Na esteira do enunciado exposto, a jurisprudência vem sustentando a possibilidade da suspensão desde que haja aviso prévio, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Todavia, a energia elétrica é na atualidade um bem essencial à população, constituindo serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua suspensão<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Enunciados aprovados por ocasião do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado em 2005 (RIO DE JANEIRO, 2006). Justificativa do Enunciado: “Havendo inadimplemento do usuário, o diploma legal aplicável é a Lei nº 8997/95 e os regulamentos dela advindos, em consonância com o disposto no art. 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a interrupção dos serviços, após prévio aviso do usuário (art. 6º, § 3º, inciso II, daquela lei) e de acordo com as normas administrativas que regulamentam esse procedimento”.

<sup>2</sup> Ref.: REsp 628833/RS, ApCv 2004.001.21687, TJRJ, ApCv 2004.001.18674, TJRJ.



Os serviços de energia elétrica são, sem dúvida, relações de consumo, considerada fornecedora a empresa de energia elétrica, na forma do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – CDC e os usuários são consumidores na forma do art. 2º e parágrafo único da norma consumerista, considerado como serviço público essencial, subordinado ao princípio da continuidade, conforme afirmado anteriormente, na forma do art. 22 do CDC, da mesma forma que o serviço de telefonia e água<sup>3</sup>. Enuncia o art. 22 e seu parágrafo único do CDC que “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”.

Cumprir registrar que a Portaria nº 03/1999, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, reconheceu como serviço essencial o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia<sup>4</sup>. Com efeito, a doutrina assevera que o princípio da continuidade do serviço público previsto no CDC não é absoluto e sim relativo, ou seja: admite-se que algumas causas como caso fortuito e de força maior possam interromper o serviço público essencial sem a consequência de gerar indenização como, por exemplo, o fato de um acontecimento natural imprevisível como uma tempestade, ou mesmo, a necessidade de manutenção de vias públicas fazendo-se necessária a interrupção do serviço público para o conserto<sup>5</sup>. No entanto, interromper o fornecimento de serviço essencial como forma de compelir o pagamento traduz autotutela, justiça privada, fato reido pelo direito, considerando inclusive tratar-se de exploração de atividade econômica por um fornecedor de serviço<sup>6</sup>.

## 2. A qualidade do serviço público e o atendimento ao consumidor

Verifica-se em muitos casos que o consumidor não efetua o pagamento não porque não o quer, mas porque há situações imprevisíveis que fogem da esfera de sua vontade, tais como o atraso no salário, problemas de saúde, etc., inviabilizando o pagamento da conta de energia elétrica. Arrimadas a esse fato, existem hipóteses de

<sup>3</sup> Benjamim (1991, p. 111) afirma que “O Código não disse o que entendia por *serviços essenciais*. Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção, os de saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de *energia elétrica*, os de gás, os de telefone, os de correios) [...]” (grifo nosso).

<sup>4</sup> Estabelece a Portaria do Ministério da Justiça no item 3 :“ 3. Permitam ao fornecedor de serviço essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta [...]”.

<sup>5</sup> O art. 6º, § 3º, I da Lei 8.987 estabelece: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; [...]”

<sup>6</sup> § 3º. “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

débitos indevidos praticados pelo fornecedor que, com a ameaça de desligamento, impossibilita o direito de revisão. O art. 6º, X, do CDC consigna que é direito básico do consumidor “[...] a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. O art. 4º do CDC estabelece a política nacional das relações de consumo, cujo objetivo é atender as necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, sua saúde e sua segurança, providenciando a melhoria de sua qualidade de vida. Prescreve ainda a legislação consumerista a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, garantindo que os produtos e serviços possuam padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art.4, II, d); devendo o Estado ainda providenciar a

[...] harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;(art.4.III).

O art. 175 da Constituição Federal (1988) estabelece:

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:

[...]

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, estabelece no art. 6º que “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”, afirmando no § 1º o conceito de serviço adequado como sendo “[...] o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”<sup>7</sup>. Dispõe o art. 7º da Lei de Concessões sobre a aplicabilidade do CDC, no tocante aos direitos dos usuários, afirmando o dispositivo<sup>8</sup>; “Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: 1.receber serviço adequado; [...]”.

<sup>7</sup> Estabelece ainda a Lei da Concessão do serviço público que a atualidade do serviço “[...] compreende a modernidade das técnicas do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço(§2)

<sup>8</sup> Onófrío (2005, p. 56) afirma que atualmente, por disposições contidas na Medida Provisória n. 2.198 de 24 de agosto de 2001, transformada na Lei nº 10.438/2002, os serviços essenciais de fornecimento de energia elétrica foram excluídos do CDC. Todavia, não perfilhamos esse entendimento, sustentando que a legislação própria, Lei nº 8.987/95, faz menção expressa a aplicação do CDC aos direitos dos usuários dos serviços públicos, em consonância com o art. 7º, caput, do CDC como norma de sobredireito.

Registra-se ainda que o art. 4º, VII, do CDC imputa ao Estado o dever da melhoria dos serviços públicos. Logo, não é difícil deduzir que tanto a Lei da Concessão do Serviço Público como a Lei do Consumidor atribuem ao fornecedor um dever jurídico de prestar um serviço público com qualidade, não esquecendo que a teoria adotada pelo CDC é a teoria do risco da atividade empresarial, considerando que a empresa está explorando uma atividade econômica em prol do lucro, possuindo o risco do empreendimento, logo, não pode constanger, quando suporta prejuízos, sob pena do serviço público explorado ficar prejudicado.

### **3. A teoria da lesão e o direito do consumidor, a reparação por danos praticados pelo fornecedor**

O CDC assegura ao consumidor o direito de reparação pelos danos sofridos. Estabelece o CDC:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:  
VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

No mesmo sentido estabelece o parágrafo único, art. 22, do CDC:

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste Código.

Benjamin (1991, p. 111) conclui ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC que:

Uma vez que a Administração não esteja cumprindo as quatro obrigações básicas enumeradas pelo caput do art. 22 (adequação, eficiência, segurança e continuidade), o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o futuro, por isso mesmo, impõe o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores.

Diante dos conflitos de consumo, que surgem a cada dia entre o fornecedor e o consumidor, verifica-se o desequilíbrio entre as partes, em razão de uma prática comercial abusiva ditada pela parte mais forte, demonstrando a manifesta vantagem excessiva. Surge assim a necessidade do intervencionismo estatal, permitindo



inclusive a revisão das cláusulas contratuais pactuadas em razão do abuso, que implica lesão ao direito do consumidor. Demonstrado está que as práticas abusivas ocasionam um desequilíbrio na relação de consumo, podendo ocasionar uma lesão à parte mais desfavorecida. Assim, o poderio econômico da parte mais forte faz evoluir o desequilíbrio da força contratual, que dita condições, faz prevalecer interesses egoístas, contrata sem combate, mascarando os privilégios e assegurando a eficiência e a rentabilidade (AMARANTE, 1998)<sup>9</sup>.

É cediço que, envolvendo relação de consumo, os princípios contratuais clássicos são mitigados e temperados pelo princípio da onerosidade excessiva, também conhecido pela máxima romana *cláusula rebus sic stantibus-imprevisibilidade* (teoria da imprevisão) e pela teoria da lesão<sup>10</sup>. Se existe uma desvantagem exagerada, fica caracterizada para o consumidor uma lesão (*laesio*), sendo esse tema abordado pela doutrina como *Teoria da Lesão*. A lesão é vício do negócio jurídico em grau de igualdade do dolo, erro ou vício do negócio jurídico, sendo certo que o fato de a parte contratar não implica que ela não possa discutir o contrato, buscando a revisão de cláusulas com onerosidade excessiva (CAPANEMA, 1999). Por isso, no caso da manifesta vantagem excessiva, a doutrina denomina esse fato de *dolo de aproveitamento*<sup>11</sup>, que é vedado pelo CDC, não prevalecendo em relação à parte mais vulnerável.

A Lei do Consumidor consagrou a teoria da lesão bem como a teoria da quebra da base do negócio jurídico, bastando para a sua configuração o fato superveniente arrimado ao fato da onerosidade excessiva, concretizando assim a lesão ao direito do consumidor (art. 6º, V, do CDC). No magistério de Pereira (1999), o instituto da lesão continua presente na proteção à parte contratual mais fraca, “[...] e tudo indica que veio para ficar”. Com acerto, o fato de o fornecedor efetuar o desligamento de energia elétrica do consumidor inadimplente ocasiona uma lesão ao direito do consumidor, dificultando o direito de acesso à justiça, para discussão do débito indevido, consolidando em vantagem manifesta excessiva para o fornecedor (autotutela).

<sup>9</sup> No mesmo sentido O Ministro Aguiar Júnior (1995, p. 22) afirma em aresto que “O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança”.

<sup>10</sup> A respeito das teorias sobre a base do negócio, em especial o trabalho da doutrina germânica adotando a teoria da base subjetiva do negócio apresentado por Paul Oertmann contrapondo a Windscheid, que repudiava a correlação entre a pressuposição e a *rebus sic stantibus*; a teoria da base objetiva do negócio e a unitária e a teoria moderna de Karl Larenz. (SILVA, 1999 p. 133-137).

<sup>11</sup> O 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado em Gramado (RS), concluiu no item 4 que “O CDC, no art. 39, V, adota como causa de revisão do contrato(art.6º, V) a lesão objetiva, prescindindo do estado de necessidade do consumidor ou do *dolo de aproveitamento* do fornecedor.” Conclusões aprovadas no 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado entre 8 a 11 de março de 1988 sob o título: “A Sociedade de serviços e a proteção do Consumidor no Mercado Global” - Gramado(RS), painel V, Serviços Bancários e Financeiros, item 4, aprovada por maioria.



Consigna-se ainda que o Código Civil/2002, também reconhece a teoria da lesão ao dispor: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob a premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”. Na esteira desse entendimento, destaca-se ainda que o contrato firmado com o consumidor é um contrato de adesão, aprovado pela autoridade competente, sem direito à discussão das cláusulas impostas, inclusive da interrupção do fornecimento de energia por falta de pagamento. Estabelece o art. 54 do CDC: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”<sup>12</sup>.

#### 4. Da abusividade das práticas comerciais nas relações de consumo

O CDC consagra a ação governamental de coibição e repressão eficiente de todos os abusos praticados no mercado do consumo (art. 4º, VI). A cada dia, tornam-se mais comuns reclamações contra o fornecedor pelos serviços prestados. Não são raras as vezes que o consumidor e usuário é surpreendido com um débito indevido em sua conta, e a solução outorgada pelo fornecedor consiste na orientação do consumidor pagar a conta indevida para após discutir, sob pena de corte do fornecimento. Prescreve o art. 39, inciso IV, do CDC, que se prevalecer a fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços, constitui prática abusiva repudiada pela norma do consumidor. O CDC traz preceito expresso a respeito do princípio da boa-fé (art. 4º, inciso III, da norma do consumidor), concretizando assim o *Princípio da Boa-fé Objetiva*. No magistério da doutrinadora Marques (1996, p. 32),

Boa-fé significa aqui um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes. Este patamar de lealdade, cooperação informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada.

O CDC, presumindo o consumidor como parte contratual mais fraca, impõe aos fornecedores de serviços no mercado um mínimo de atuação conforme a boa-fé. O

<sup>12</sup> A Lei nº 10.438, de 2002, afirma no art. 15 que, visando à universalização do serviço público de energia elétrica, a Aneel poderá promover licitações para outorga de permissões de serviço público de energia elétrica, afirmando no § 1º que as licitações poderão ser realizadas, por delegação, pelas Agências de Serviços Públicos Estaduais conveniadas, mediante a utilização de editais padronizados elaborados pela Aneel, inclusive o contrato de adesão, com observância da Lei nº 8.987, e demais dispositivos legais específicos para o serviço público de energia elétrica, aplicando-se, no que couber e subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93.

princípio da boa-fé nas relações de consumo atua limitando o princípio da autonomia da vontade e combatendo os abusos praticados no mercado. Há práticas comerciais que ocasionam desequilíbrio na relação contratual atentando contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo, devendo ser declaradas abusivas. O CDC prevê no art. 6º, IV, como direito básico do consumidor, a proteção contra cláusulas abusivas. Também prevê, como direito básico do consumidor, no mesmo dispositivo legal, a proteção contra práticas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços<sup>13</sup>. Há que se observar que o CDC enumera no art. 39 uma lista de práticas abusivas, sendo certo que a lista não é taxativa, admitindo outras práticas comerciais como sendo abusivas, desde que figure o significativo desequilíbrio entre os direitos do consumidor, a manifesta vantagem e a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Infere-se que sem boa-fé, princípio que norteia o sistema, a prática é abusiva.

### 5. O corte de energia e o constrangimento do consumidor

Conforme leciona Gama (1999, p. 91), a “Constituição Federal traz dispositivo de proteção da honra da pessoa, enquanto o Código Penal comina crime ao ato de exacerbação no exercício arbitrário das próprias razões”. Assevera o autor que “[...] era comum submeter-se os devedores à execração pública ou constrange-lo até pagarem os seus débitos”; afirmando que certos credores se aproveitam dos mecanismos de cobrança, “[...] para aviltar as dignidades dos seus devedores”<sup>14</sup>. O CDC, contudo, veda a prática do constrangimento na cobrança de dívidas, determinando que o consumidor não pode ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça e nem exposto a ridículo, pela cobrança de dívida. Consagra o art. 42 do CDC: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. A Lei do Consumidor repudiou a cobrança vexatória a tal ponto de tipificar como criminosa a conduta que expõe o consumidor a constrangimento em razão de dívida. Estabelece o art. 71 do CDC:

Art. 71 - Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

<sup>13</sup> Estabelece o Código do Consumidor: “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”. Sobre práticas abusivas ver art. 39 do CDC.

<sup>14</sup> Afirma ainda Gama (1999, p. 91) que os fornecedores, quando são cobrados, sabem muito bem como contornar as cobranças e, até mesmo utilizam-se de protelações legais para deixar de pagar as suas dívidas. Já quando são credores submetem os consumidores a constrangimento.

Vale transcrever as lições de Gama (1999, p. 92) a respeito do conceito de constrangimento: “Ao nosso ver, o constrangimento de que fala o CDC é aquela imposição de situações que venham a atormentar o devedor, fazendo com que as agruras da cobrança que sofra se transformem em condenação adicional ou acessória”. Seria o caso de indagarmos: Será que a cobrança do fornecedor de energia elétrica que ameaça de interromper o serviço público essencial do usuário/consumidor inadimplente não configura para o consumidor um constrangimento? Será que essa cobrança não dificulta o acesso à Justiça? O fornecimento de energia é serviço essencial. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la. Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado, quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), a teor do art. 6º, VI, X, e art. 22 do CDC.

#### 6. A antinomia entre a norma do consumidor e outra norma jurídica

Cumprir registrar *a priori* que a relação de consumo é prevista no CDC como norma jurídica especial, que trata dos mecanismos de equilíbrio no mercado de consumo. A bem da verdade, o CDC não é uma simples norma jurídica e sim um sistema jurídico, contendo várias normas de direito material civil e penal, além do direito instrumental. No magistério de Diniz (1996, p. 9), “[...] sistema jurídico é o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito”, estabelecendo as relações entre eles, projetando-se numa dimensão significativa. “O sistema jurídico não é, portanto, uma construção arbitrária”. Nesse sentido surge a ponderação: como entender a norma prevista no art. 22 do CDC que estabelece que os serviços públicos essenciais deverão ser prestados de forma contínua e a norma posterior que autoriza o corte do fornecimento do serviço público por falta de pagamento? Estabelece o art. 22 do CDC: “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”. A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos estabelece no art. 6º, § 3º:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

A Portaria nº 466, de 12 de novembro de 1997, do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE, atual Agência Nacional de Energia Elétrica, estabelece diversas situações em que o concessionário poderá suspender o fornecimento de energia elétrica, com destaque para o inciso I do art. 76 “[...] por atraso no pagamento da conta após o decurso de 15 (quinze) dias de seu vencimento mediante prévia comunicação do consumidor”. Da análise dos textos legais seria o caso de interpretarmos que a Lei nº 8.987/95 derogou a Lei nº 8.078/90 no sentido de que o serviço essencial pode ser interrompido? Seria o caso de aplicarmos o critério cronológico de resolução de conflitos de normas: *lex posterior revoga legis a priori*? Salvo melhor juízo, o critério para resolução desse possível conflito não traduz nesse critério cronológico. É certo que ambas as normas jurídicas pertencem à mesma hierarquia e que a lei da concessão do serviço público é posterior à lei do consumidor. Também é certo que a lei das concessões foi criada atendendo o dispositivo normativo constitucional previsto no art. 175 que prescreve:

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.

Não vislumbramos no texto constitucional autorização às empresas concessionárias e permissionárias para efetuar o desligamento do serviço essencial. Ao contrário, a Carta Magna prescreve que a lei deverá dispor sobre os direitos dos usuários e a obrigação de manter os serviços adequados, fato não verificado na atualidade. Em caso de antinomia entre o critério de especialidade (CDC) e o cronológico (lei da concessão do serviço público) não se aplica o critério *lex posterior revoga legis a priori*, e sim o critério *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Há que se atentar que a norma do consumidor, como norma especial, contém o sistema jurídico do equilíbrio da relação de consumo, não podendo ser revogada por norma posterior que regula a concessão e permissão do serviço público, e não o direito do usuário/consumidor.

Outra interpretação consumerista que coíbe a interrupção, sendo favorável ao consumidor, consiste em asseverar que a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao estabelecer no art. 6º,



§ 3º, II, a interrupção por falta de pagamento, relaciona somente ao serviço público, não mencionando *serviço público essencial*, sendo nesse caso aplicável o art. 22 do CDC<sup>15</sup>. Finalmente, consigna-se que o art., 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 afirma que o Congresso Nacional deverá elaborar “[...] lei de defesa do usuário de serviços públicos”, não elaborada até hoje, cabendo ao CDC dirimir os conflitos entre usuários e fornecedores de serviços públicos.

## 7. O direito fundamental do consumidor e o princípio da proibição de retrocesso

É cediço que o CDC surgiu atendendo a um comando constitucional, estabelecendo um sistema de defesa do consumidor. Conforme já registrado anteriormente, se há relação de consumo, os direitos dos usuários/consumidores são regulados e tutelados pelo CDC. O art. 1º do CDC é bem claro ao dispor que: “[...] o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias.”, atendendo assim a política nacional de relação de consumo, que “[...] tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º, caput). Com conhecimento jurídico sólido sobre o assunto, o jurista Gouvêa (1999) afirma que “[...] a defesa do consumidor é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXII, e um princípio da ordem econômica, previsto no art. 170, V”. A Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais à dignidade da pessoa humana como um fundamento básico (art. 1º, III da CF). No art. 170, V, da CF estabelece:

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;

No mesmo sentido, o direito do consumidor está elencado entre os direitos fundamentais da Constituição. Filomeno (1997, p. 21) esclarece a respeito do art. 1º do CDC, que sua promulgação se deve a “[...] mandamento constitucional expresso. Assim a começar pelo inc. XXXII do art. 5º da mesma Constituição, impõe-se ao Estado promover, na

<sup>15</sup> “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

forma da lei, a defesa do consumidor”. O 40º Congresso do Consumidor, realizado em Gramado, concluiu que o direito de proteção ao consumidor é cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º, XXXII, CF/88)<sup>16</sup>. Conforme demonstrado, o CDC erigiu do comando constitucional, estabelecendo expressamente no art. 1º do CDC a despeito da norma constitucional. Nesse sentido, é correta a premissa de que qualquer norma infraconstitucional que ofender os direitos consagrados pelo CDC estará ferindo a Constituição e, *mutatis mutandis*, deverá ser declarada como inconstitucional. Nessa direção estabelece o doutrinador Alvim (1995, p. 15):

Garantia constitucional desta magnitude, possui, no mínimo, como efeito imediato e emergente, irradiado da sua condição de princípio geral da atividade econômica do país, conforme erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirar de inconstitucionalidade qualquer norma que possa consistir em óbice à defesa desta figura fundamental das relações de consumo, que é o consumidor.

Sem embargo dessas considerações, faz necessário comentar o princípio da proibição do retrocesso em relação às garantias fundamentais. Com efeito, o direito do consumidor possui o *status* de direito constitucional e não pode o legislador ordinário fazer regredir o *grau de garantia fundamental* conforme leciona Gouvêa (1999)<sup>17</sup>. A lei da concessão do serviço público (Lei nº 8.987/95), ao afirmar que não *se* caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção “[...] por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade” (art. 6º, § 3º, II), na realidade está praticando o autêntico retrocesso ao direito do consumidor, haja vista que o art. 22 do CDC afirma que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e *contínuos*.

Arrimado a esse fato, acrescenta-se que o direito do consumidor possui garantia fundamental na Constituição e que a interrupção do fornecimento, além de causar uma lesão, afeta diretamente a sua dignidade, sem embargo da dificuldade de acesso à Justiça que o dispositivo apresenta, consolidando assim na autotutela do direito do fornecedor. Admitir a possibilidade do corte de energia elétrica implica flagrante retrocesso ao direito do consumidor, consagrado em nível constitucional. Por isso o princípio de retrocesso veda que lei posterior possa desconstituir qualquer garantia

<sup>16</sup> A Constituição Federal assegura no art. 5, XXXII, que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, *assegurando ainda* no art.60, §4º, IV, os direitos e garantia individuais como cláusula pétrea.

<sup>17</sup> Nesse sentido, o Parecer de Gouvêa é incisivo ao comentar o princípio da proibição de retrocesso afirmando: “Em segundo lugar, há que se observar, na seara das garantias fundamentais, o princípio da proibição do retrocesso. Com efeito, se o legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.078/90, estabeleceu a legitimidade mesmo para os que não são associados, não pode o *legislador teratológico* das medidas provisórias fazer regredir o grau da garantia”.

constitucional. Ainda que *lex posteriori* estabeleça nesse sentido, a norma deverá ser considerada inconstitucional. Por tais razões é manifesta a inconstitucionalidade do dispositivo legal previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 que autoriza a interrupção de serviço essencial, em razão do princípio da proibição de retrocesso.

### 8. A prática abusiva do corte de serviço essencial

No ano de 1999, o Juízo da 8ª Vara de Falências da Capital do Rio de Janeiro concedeu liminar em uma ação coletiva, proposta pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública, determinando a proibição de cortar a luz dos consumidores por falta de pagamento ou mesmo constatação de outras irregularidades (LIGHT, 1999). A ação coletiva foi interposta contra a Light e Cerj, sendo acolhido o argumento da Defensoria Pública, no sentido de que o desligamento de energia, pautada na Portaria 456/97 do DNAEE (agora pela Agência Nacional de Energia Elétrica), ferem a Constituição, permitindo a imposição unilateral de dívidas sem observância do devido processo legal além de submeter o consumidor a constrangimento e ameaça na cobrança de dívidas, o que é vedado pelo CDC, exigindo mecanismos legais para a cobrança de créditos.

Em Juiz de Fora/MG, o Ministério Público estadual, através da Promotoria de Justiça do Consumidor, ingressou com ação civil pública em face da CEMIG, por idêntico fundamento legal, argumentando a ilegalidade do corte de energia elétrica, que constitui prática abusiva, em flagrante desrespeito ao CDC. O reconhecimento da ilegalidade do corte em relação ao serviço essencial é patente, a exemplo da sentença de Goiás, que expressamente considerou o corte do fornecimento de serviço essencial ilegal, como no caso da água, afirmando que “[...] a água é de necessidade da população, de consumo imprescindível e não pode ser cortada sob nenhum propósito”. A respeito, claríssima a lição de Moura (1992, p. 17):

A continuidade dos serviços essenciais significa que devem ser eles prestados de modo permanente sem interrupção, salvo ocorrência de caso fortuito ou força maior que determine sua paralisação passageira. A hipótese é a de o particular já estar recebendo o serviço. Não pode a pessoa jurídica criar descontinuidade. Serviços essenciais são todos os que se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas. Na época moderna, exemplificativamente, se tornaram essenciais, nas condições de já estarem sendo prestados, o transporte, água, esgoto, fornecimento de eletricidade com estabilidade, linha telefônica, limpeza urbana, etc.

[...]

Uma inovação trazida pela atual Constituição é a extensão do

mesmo critério às concessionárias ou permissionárias do serviço público. Assim, no caso dos serviços concedidos de transporte, fornecimento de água, eletricidade etc. as empresas respondem perante terceiro segundo os critérios da responsabilidade sem culpa nas mesmas condições do que ocorre com a pessoa jurídica pública<sup>18</sup>.

Benjamin (1991, p. 110), comentando o art. 22, ressalta o seguinte:

A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais - e só eles - devem ser contínuos, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço.

Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo.

Na esteira do entendimento pretoriano, a jurisprudência vinha firmando o entendimento de que o corte de fornecimento de energia elétrica é ilegal, conforme julgado do Tribunal de Justiça (SANTA CATARINA, 1992). O r. aresto faz menção ao eminente Desembargador Protásio Leal, afirmando que deve a concessionária aguardar o pronunciamento da Justiça, não podendo exigir de imediato o pagamento do alegado débito sob ameaça de corte de fornecimento de energia elétrica, “[...] sendo o serviço prestado bem indispensável, não pode ser ele suspenso bruscamente sem motivo justificado”<sup>19</sup>. Em idêntica direção, decidiu o Tribunal de Justiça Catarinense, em reexame de sentença de Ação de Mandado de Segurança, pela confirmação da sentença *a quo*, fundamentando que se “[...] houver débito, a cobrança deverá ser feita pela via própria. O que não pode é o usuário ser coagido a pagar o que julga razoavelmente

<sup>18</sup> Afiança ainda Aguiar, que “Dentro da obrigatoriedade de serem tais serviços contínuos e permanentes, vem à baila a regra administrativa de corte de fornecimento, v.g., de água, eletricidade, linha telefônica, no caso de o usuário deixar de pagar as taxas impostas pelo Poder Público. Sou de parecer que tal ação da Administração viola o princípio da continuidade, ofendendo norma cogente de proteção ao consumidor. Será ato contrário à lei e que enseje o remédio da restauração do serviço. Os meios que tem o Poder Público são o de promover a cobrança das taxas impagas na forma da lei. No geral, no caso de descumprimento dos deveres previstos no art.22, ou seja, se os serviços se mostram inadequados por vícios de qualidade, quantidade, diferentemente das opções que se abrem ao consumidor para a hipótese de ser fornecedor um particular ou uma pessoa jurídica de direito privado, contra o Poder Público deve ser ele compelido a normalizar, restaurar ou conservar os serviços, respondendo, ainda, pelos danos provenientes dos vícios verificados. Essa é a única via, eis que de maior interesse para o particular é a prestação do serviço”.

<sup>19</sup> A decisão foi motivada em razão da ação de mandado de segurança impetrada contra a empresa concessionária de serviço de energia elétrica, Centrais Elétricas de Santa Catarina – CELESC, fundamentando o E. Tribunal de Justiça que a empresa concessionária “[...] utilizou de meio coercitivo para o usuário pagar o débito vencido, sendo serviço fundamental que não pode ser interrompido. Violação manifesta a direito líquido e certo. Pedido procedente”, afirmando ainda que o ato praticado pela concessionária retirou do consumidor “[...] o direito de exercitar sua defesa contra eventual cobrança abusiva, do que resulta violado direito líquido e certo (art.5, LV, da CRFB)”.

não dever sob o teor de ver interrompido o fornecimento de energia elétrica bem indispensável na vida humana”. Apreciando caso semelhante, assim decidiu em 1994 o Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Ementa: Mandado de segurança. Ato praticado por concessionária de serviço público. Ameaça de corte no fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento de fatura. Segurança concedida. Decisão confirmada. Tratando-se de serviço essencial o fornecimento de energia elétrica, para possibilitar a continuidade da empresa-impetrante, o ato da concessionária, que ameaça cortar tal fornecimento por falta de pagamento da fatura é ilegal e abusivo podendo ser afastado via mandado de segurança.

O STJ já se pronunciou a respeito da impossibilidade da interrupção de serviço essencial: “Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento” (BRASIL, 1999)<sup>20</sup>. Dessa forma, o aresto do E. STJ decidiu por unanimidade que o fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência, fundamentando: “O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários”. Para o relator do processo, “[...] a Companhia Catarinense de Água cometeu um ato reprovável, desumano e ilegal. É ela obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento”, casos previstos no CDC. O Ministro afirma ainda em seu *decisum* que, para receber seus créditos, a CASAN deve usar os meios legais próprios, “[...] não podendo fazer justiça privada porque não estamos mais vivendo nessa época e sim no império da lei, e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e o não pelo particular. A água é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população”.

No mesmo sentido, o fornecimento de energia elétrica é serviço essencial. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a administração a fornecê-la, sem prejuízo da condenação do fornecedor pelo dano moral e patrimonial sofrido pelo consumidor<sup>21</sup>. Importa assinalar que tal

<sup>20</sup> Decisão unânime rejeitou o recurso especial da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN.

<sup>21</sup> A respeito, o doutrinador Benjamim (1991, p. 111) leciona ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC que: “[...] o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o futuro, por isso mesmo, impõe o ressar-

medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado, quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), na forma como prescreve o art. 6º, X, do CDC (adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral), sem prejuízo da reparação dos danos provocados (a teor do art. 6º, VI, do CDC. “[...] a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”). Todavia, não obstante as razões expostas pelo Tribunal Superior, verifica-se hoje a mudança de posicionamento pelo próprio STJ, entendendo que é possível o corte do fornecimento de serviço essencial, desde que notificado previamente o consumidor inadimplente, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da continuidade do serviço público, que não é absoluto e sim relativo.

Consoante esse novel entendimento do STJ, as concessionárias podem interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor permanecer inadimplente no pagamento da conta. A reafirmação da tese foi feita pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento a recurso especial da AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A contra consumidor do Rio Grande do Sul. O relator do processo acompanhou, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, o entendimento da Primeira Seção, que já havia definido a questão, ao julgar o Recurso Especial nº 363.943, de Minas Gerais. Mas ressaltou o seu ponto de vista. “A questão é de enorme peculiaridade, tendo gerado debates calorosos quando do julgamento acima citado, necessitando, a meu ver, de maiores reflexões sobre a matéria”, asseverou. O Ministro voltou a chamar a atenção para os artigos 22 e 42 do CDC: 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, diz o primeiro. “Já o artigo 42 do mesmo diploma legal não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”, lembrou. E acrescentou. “Tais dispositivos aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público”.

Para o relator, se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário a simples ameaça a direito, não se pode admitir que o fornecedor de energia elétrica se arrogue o poder de *fazer justiça com as próprias mãos*. “Não há de se prestigiar atuação da justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor”, afirmou. “Afrontaria, se fosse admitido, os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa”. Conclui o Ministro em seu voto, afirmando o nosso posicionamento expressado neste singelo trabalho, consignando: “Entre outros trabalhos doutrinários sobre o assunto,

---

cimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores”.

invoco o da autoria de Plínio Lacerda Martins que anexo ao presente voto e cujas razões adoto para decidir”<sup>22</sup>.

Recentemente, também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifestou pela interrupção do fornecimento de energia em caso de inadimplemento ao editar o enunciado nº 29 que prescreve: “É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma dos respectivos regulamentos administrativos”<sup>23</sup>. Sustentamos que não é possível a interrupção do serviço público essencial nos casos de inadimplência, cabendo ao fornecedor de serviço, com resguardo do princípio da isonomia, ingressar em Juízo para cobrar quanto lhe é devido, podendo inclusive requerer ao Juiz que determine interrupção do serviço de fornecimento de energia, demonstrando assim a necessidade; porque o Juiz que representa o Estado e diz o direito (jurisdição) pode determinar a providência excepcional em procedimento cautelar, se assim lhe parecer.

Em relação à falta de pagamento por parte de pessoas que possuem baixa renda, o princípio da solidariedade social deve ser invocado, que consiste na eventual transferência do ônus financeiro ao poder público. Leciona Caetano (1998, p. 1126) que “O direito dado ao concessionário de cobrar taxas, segundo as tarifas que forem fixadas, não é o único elemento financeiro nas relações entre concedente e concessionário”. Afirma o doutrinador que pode, na verdade, a insuficiência dos preços ser suprida pela assistência do concedente:

O serviço público destina-se justamente a realizar aquilo que a iniciativa privada não faria só por si à míngua do estímulo do lucro: conveniências políticas e sociais impõem que se beneficiem regiões e comunidades atrasadas, independentemente da rentabilidade da exploração do serviço. Nesses casos, como em geral naqueles em que o concedente pretenda praticar preços políticos, este deve tomar o encargo de pagar tal benefício social ou conveniência política. Nasce

<sup>22</sup> Assevera o Min. José Delgado em seu voto: “No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, ressaltando meu ponto de vista, à posição assumida pela ampla maioria da 1ª Seção deste Sodalício, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país, que vem decidindo que “[...] é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II)”. Com a ressalva de meu ponto de vista, homenagem, em nome da segurança jurídica, o novo posicionamento do STJ.

<sup>23</sup> Enunciados aprovados por ocasião do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado em maio de 2005. Justificativa do Enunciado: “Havendo inadimplemento do usuário, o diploma legal aplicável é a Lei nº 8997/95 e os regulamentos dela advindos, em consonância com o disposto no art. 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a interrupção dos serviços, após prévio aviso do usuário (art.6º, § 3º, inciso II, daquela lei) e de acordo com as normas administrativas que regulamentam este procedimento”.

assim a assistência financeira do concedente ao concessionário, traduzida por subvenções, subsídios, garantias de rendimento. Uma vez trata-se de prestações certas e regulares a pagar ao concessionário durante certo número de anos (uma subvenção fixa anual, por exemplo). Outras vezes trata-se de prestações eventuais que o concedente só pagará se os rendimentos da exploração do ano não permitirem a remuneração do capital investido (garantia de dividendo) ou só do capital obtido por empréstimo (garantia de juros). Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário destinando-se a compensar certos prejuízos que se hajam verificado por motivos imprevistos ou certas despesas anormais.

Com efeito, não há justificativas para a prática abusiva do corte de energia elétrica por falta de pagamento por parte do fornecedor de energia na cobrança de dívidas, expondo o consumidor a constrangimento, sendo certo que existem mecanismos legais de cobrança, não sendo possível referendar a autotutela. Há que se referir que aos Juízes é permitido o controle das cláusulas e práticas abusivas. Faz-se necessária a providência jurisdicional, em prol dos consumidores para que o direito consagrado no CDC não seja violado com o corte da energia elétrica que é considerado serviço essencial; coibindo o abuso na cobrança, que deve ser efetuada pelos meios legais em direito admitidos. Estabelece o art. 5º, XXXV, da CF/88 que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário a simples ameaça a direito, como se admitir que o fornecedor de energia elétrica se arrogue o poder de fazer *Justiça com as próprias mãos*?

Por outro lado, o fornecimento de energia é serviço essencial. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a administração a fornecê-la, na forma do art. 22 do CDC, sem prejuízos de postular perdas e danos (art. 22, parágrafo único *in fine* do CDC)<sup>24</sup>. Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado, quando do fornecimento de serviços (relação de consumo), a teor do art. 6º, VI e X, do CDC, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por evidente interesse financeiro da concessionária.

<sup>24</sup> Prescreve o art 22 do CDC: 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. Parágrafo único - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código (grifo nosso).



## 9. Conclusão

Perfilhando o entendimento expressado, adotando a ressalva do ponto de vista apregoadado pelo Ministro José Delgado, que cita este singelo trabalho como razões do seu convencimento, chega-se à conclusão de que constitui prática abusiva o corte de energia elétrica por falta de pagamento, sendo vedado o corte de energia por parte do fornecedor, em razão do serviço ser considerado essencial, não prevalecendo a norma que autoriza a interrupção de serviço essencial (art. 6º, § 3º, II, da Lei n 8.987/95), pois ela conflita com o Código do Consumidor, prevalecendo a norma consumerista em razão do princípio da proibição de retrocesso ao invés do princípio *lex posteriori revoga legis a priori*.

No escólio de Justen Filho (1997, p. 130), a hipótese do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, não autoriza a suspensão de serviços obrigatórios. Em suma, quando a Constituição Federal assegurou a dignidade da pessoa humana e reconheceu o direito de todos à seguridade, introduziu obstáculo invencível à suspensão de serviços públicos essenciais. Em razão do serviço de energia elétrica ser essencial e, considerando a falta de pagamento pelo serviço prestado, resta para a concessionária a cobrança pela via judicial ou, na impossibilidade, por se tratar de cidadão de baixa renda, aplicação do princípio da solidariedade social, que consiste na eventual transferência do ônus financeiro ao poder público. No magistério de Caetano (1988, p. 1126):

O direito dado ao concessionário de cobrar taxas, segundo as tarifas que forem fixadas, não é o único elemento financeiro nas relações entre concedente e concessionário. Pode, na verdade, a insuficiência dos preços ser suprida pela assistência do concedente. Nesses casos, como em geral naqueles em que o concedente pretenda praticar preços políticos, este deve tomar o encargo de pagar tal benefício social ou conveniência política. Nasce assim a assistência financeira do concedente ao concessionário, traduzida por subvenções, subsídios, garantias de rendimento. Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário destinando-se a compensar certos prejuízos que se hajam verificado por motivos imprevistos ou certas despesas anormais.

Talvez, a sugestão trazida pelo Professor Souto (2001, p. 425) seja a melhor para evitar o constrangimento do consumidor pela cobrança dos débitos e a interrupção do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento:

Uma sugestão, para conciliar entendimentos, é no sentido de que o Concedente ressalve o concessionário, após um período fixado no contrato, para que não haja quebra do equilíbrio

contratual, sub-rogando-se nos direitos deste em face do usuário, dele cobrando em juízo; assim, atende-se o interesse público e a dignidade do consumidor, sem afastar investidores.

Acresça-se que a Lei nº 8.987/95, no art. 13, prevê a possibilidade de diferenciação de tarifas, em função das características técnicas, dos custos específicos e dos distintos segmentos de usuários: “Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários” O artigo delineado permite, dessa forma, a fixação de tarifa social ou subvencionada, em virtude da ausência de recursos do usuário. A possibilidade vem a corroborar o entendimento defendido. O art. 11, também da Lei de Concessões, possibilita que o poder concedente preveja, em favor da concessionária, outras fontes de receitas, o que estaria a viabilizar a transferência dos encargos mencionados:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nesse sentido, a Lei nº 10.604/2002 dispõe sobre recursos para subvenção a consumidores de energia elétrica da subclasse baixa renda, autorizando a concessão de subsídio para a redução de tarifa (art. 4º), inclusive a concessão de subvenção econômica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da subclasse residencial baixa renda a que se refere a Lei nº 10.438 (art. 5º), evitando assim a interrupção do serviço público de energia elétrica por falta de pagamento, inclusive para os consumidores de baixa renda, assegurando o princípio da continuidade do serviço público e a inoponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* pela concessionária ao usuário, em razão do serviço ser essencial à população.

## 10. Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 22, 1995.

ALVIM, Arruda. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 715.074/RS. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 3 de março de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 201112/SC. Relator: Min. Garcia Vieira. Brasília, 20 de abril de 1999.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito administrativo*. 10. ed. Almedina, Coimbra, 1988.

CAPANEMA, Sílvio. *Os princípios contratuais e a nova realidade econômica*. In: GAMA JUR, 1999, Rio de Janeiro. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=711&p=2 - 29k>. Acesso em: 20 dez. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de normas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

LIGHT e CERJ não podem cortar fornecimento de luz. *Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 15 dez. 1999. Caderno B, p. 8.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. Saúde e Qualidade. CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO DO CONSUMIDOR, 1996, Belo Horizonte. Disponível em:

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOURA, Mário Aguiar. O poder público como fornecedor perante o Código de Defesa do Consumidor. *Repertório de jurisprudência IOB*, 2ª quinzena de abril/92.

ONÓFRIO, Fernando Jacques. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AVISO Nº 17. Disponível em: [www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados\\_com\\_justificativas\\_buzios.htm](http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_com_justificativas_buzios.htm) - 40k. Acesso em: 29 nov. 2006.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Acórdão nº 3.610/Joinville. Relator: Des. Nestor Silveira. Florianópolis, 29 de outubro de 1992.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

## 1.2 FALTA DE RECURSOS NÃO PODE DISCRIMINAR DIREITOS COLETIVOS

EDUARDO APPIO  
Juiz Federal em Londrina/PR

A formulação de políticas públicas por meio do Poder Judiciário tem sido um tema recorrente na jurisprudência brasileira dos últimos dois anos. À pergunta se os juízes poderiam substituir o administrador público no papel de gestor dos recursos disponíveis no orçamento do Estado, tem-se respondido que sim, os juízes podem. Mas será que deveriam?

Atualmente, existe um quase-consenso no Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Digo quase-consenso sobre assuntos delicados tais como a universalização do acesso a medicamentos especiais e cirurgias de alto custo (como, por exemplo, transplantes) na medida em que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, dez dos onze ministros da atual composição da corte, já se manifestaram em favor da prefalada universalização, a partir da idéia de um direito subjetivo público. Nesse caso, os ministros Celso Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Eros Grau e Carlos Ayres Britto já se manifestaram, em seus respectivos julgamentos, a favor da tese da existência de um direito subjetivo público que existe em favor de qualquer cidadão em face do Estado brasileiro.

Segundo essa tese, praticamente pacífica, exceção feita ao ministro Ricardo Lewandowski, que não teve a oportunidade de julgar o tema no âmbito do Supremo, qualquer cidadão poderia promover uma ação individual – como, por exemplo, o pedido de Mandado de Segurança – visando obter qualquer medicamento especial ou cirurgia não fornecida, gratuitamente, pelo SUS<sup>1</sup>. O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado brasileiro a sua implementação, nos termos da Constituição.

A idéia que preside essa sólida jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal consiste naquilo que Dworkin (2005, p. 434)<sup>2</sup> chama de princípio do resgate. Segundo

<sup>1</sup> No nível infraconstitucional no Brasil o SUS (sistema único de saúde) foi regulado pela Lei Federal nº 8.080, de setembro de 1990. O art. 2º, *caput*, desta lei, prevê que: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. A universalidade de acesso às ações e políticas do SUS está prevista no art. no art. 7º, I, da mesma lei.

<sup>2</sup> Segundo Dworkin (2005, p. 434), o princípio do resgate está, historicamente vinculado à obra de René Descartes, no sentido de que este último autor afirmava, em seus escritos, que a saúde e a vida humana seriam os bens supremos da sociedade. A segunda vertente, também tão intuitiva quanto a primeira, estaria ancorada na percepção de que em uma sociedade na qual a partilha dos bens materiais é, desde logo, injusta e desproporcional, seria injusto exigir pagamento por parte dos mais pobres em relação aos serviços de saúde.

o princípio do resgate, a saúde e a manutenção da vida humana seriam os bens mais importantes de uma comunidade, razão pela qual deveríamos aplicar todos os recursos financeiros possíveis para salvar uma vida, por menores que fossem as chances de sobrevivência e por maiores que fossem os custos envolvidos.

Seguindo uma linha semelhante, a partir da doutrina de proteção dos direitos fundamentais, a partir da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, temos no Brasil a referência obrigatória ao professor Sarlet (2004) que reconhece existir um direito subjetivo público universal em favor do cidadão. Um outro autor importante para essa discussão no Brasil, Krell (2002), sustenta que a proteção a um mínimo social não pode ficar na dependência da aplicação da *reserva do possível*, ou seja, a proteção do direito à saúde não poderia ficar à mercê dos orçamentos públicos.

Desde logo, cumpre-me apontar a existência de dois equívocos. O primeiro consiste em afirmar que, nesses casos, o Poder Judiciário estaria tutelando o direito à saúde, direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Em verdade, o que temos é uma discussão acerca do próprio direito à vida, que consiste em um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

É evidente que a manutenção da vida humana demanda ações e políticas do Estado e também dos particulares, uma vez que é direito inscrito no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A tutela da vida humana dar-se-á por meio de ações na área da segurança pública, da educação, da moradia e, obviamente, da saúde. Dessa maneira, compreende-se que os direitos sociais são instrumentais em relação aos direitos fundamentais individuais previstos no artigo 5º da Constituição. Não se trata de uma questão meramente terminológica, mas sim conduz à tarefa de identificar, de modo claro, a própria natureza jurídica dos direitos envolvidos.

Os direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, à moradia e à segurança pública, não são direitos individuais, mas sim coletivos. O Estado brasileiro possui um dever objetivo de proteção desses direitos, dever cometido pelo Constituinte de 1988, o qual estabeleceu metas a serem atingidas. Apenas que, ao contrário de constituições sintéticas, a Constituição brasileira de 1988 já delimitou, desde logo, quais serão os instrumentos para atingir essas metas. Não se pode, por conseguinte, falar em normas programáticas (REIS, 2003) quando em verdade nossa Constituição é analítica e define de que maneira os fins do Estado brasileiro serão alcançados<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Sobre a origem histórica do debate acerca da eficácia e natureza jurídica das normas ditas *programáticas* importante notícia nos traz Canotilho (2004) quando recorda que as normas programáticas serviam, originalmente, como mera orientação ao Executivo e nunca tiveram a ambição que se lhes empresta pela doutrina na atualidade.

Estou afirmando, portanto, que o direito social à saúde é um direito coletivo, o qual será atendido por meio de políticas públicas, ou seja, por meio da ação concertada entre os três níveis da federação brasileira – União, Estados e municípios – por meio do SUS. Estou afirmando que o direito à saúde não é um direito subjetivo público, o qual faz parte do patrimônio jurídico de cada cidadão brasileiro, mas sim é um dever objetivo do Estado o qual deve implementar políticas públicas para o setor, assegurando a todos o acesso universal e igualitário. O dever de proteção da saúde de todos, que grava o Estado brasileiro (artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal), é pressuposto para o exercício do próprio direito a uma vida digna, princípio inscrito no artigo 5º da Constituição Federal.

A interpretação que boa parcela da doutrina e a quase unanimidade no STF faz do direito social à saúde o equipara a um direito de natureza individual, oponível em face do Estado e dos particulares. Com esse sentido, o juiz do caso poderia fazer derivar um direito social não previsto de modo expresso na Constituição Federal de 1988, criando um dever para o Estado ou mesmo para o particular. Essa hipótese se tornou rotina nos tribunais brasileiros, sendo os casos de ações coletivas e individuais que visam promover a saúde pública, como a hipótese de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal que visava garantir o medicamento viagra ou a ação coletiva proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do qual se pretendia obter decisão judicial que assegurasse o direito à mudança de sexo.

A Constituição brasileira possui um vasto e extenso rol de direitos e garantias individuais. Não diz, todavia, de que maneira o direito à vida ou à inviolabilidade do sigilo telefônico serão protegidos, cometendo ao legislador ordinário essa função. Já no tocante aos direitos sociais, é a própria Constituição que estabelece: 1- os fins que terão de ser atingidos pelo Poder Executivo; 2- os meios colocados à disposição do Poder Executivo; 3- as fontes de custeio das despesas geradas a partir da implementação das políticas públicas; 4- a sanção e responsabilização do chefe do Poder Executivo em caso de omissão quanto a estes deveres (crimes de responsabilidade).

Ao longo dos últimos anos, o Judiciário brasileiro tem sido concitado pela boa doutrina a adotar uma posição mais marcante em sede de políticas públicas, naquilo que nos Estados Unidos se convencionou chamar na década de 50 como *ativismo judicial*<sup>4</sup>. Autores de nomeada, como Streck (2002), por exemplo, conclamam o Judiciário

<sup>4</sup> O ativismo judicial nos Estados Unidos surge com grande ênfase a partir de decisões históricas como *Brown versus Board of Education* de 1954, a qual determinou o fim da segregação racial nas escolas públicas norte-americanas. Como a decisão, singularmente adotada em 1954 se revelou, posteriormente, insuficiente para pôr fim à resistência de alguns estados norte-americanos (especialmente os do sul) a Suprema Corte passa a adotar medidas administrativas, de cunho satisfativo, que acabam por substituir, por completo, a atividade administrativa dos governadores destes estados e dirigentes escolares. Sobre o tema, ver Ely (1995).

brasileiro e, com especial ênfase, o Supremo Tribunal Federal, a adotar uma posição substancialista ante um constitucionalismo dirigente.

A título de proteger os direitos fundamentais, vários tribunais brasileiros – inclusive o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual tem se destacado em nível nacional sobre esse tema a partir de diversos julgados recentes como, por exemplo, os que determinaram à União, estado e município envolvidos, a proverem, de modo solidário, medicamento especial à portadora de câncer de mama em 25 de outubro de 2006, medicamento para portadores de cardiopatia congênita em 15 de setembro de 2006, medicamento para portador de artrite em 5 de julho de 2006, medicamento para pré-leucemia em primeiro de junho de 2006, medicamento para doença de Crohn, em 11 de maio de 2006, medicamento para portador de neoplasia cerebral, em 16 de março de 2006 – têm adotado uma postura de ruptura com o princípio da isonomia entre os cidadãos brasileiros.

Muito embora os tribunais reconheçam a chamada *insindicabilidade do mérito do ato administrativo*<sup>5</sup> – especialmente ao revisar resultados de provas em concursos públicos – não se intimidam ao atuar em áreas afetas a critérios essencialmente técnicos do Poder Executivo e do Conselho Nacional de Saúde, quando se trata de determinar aquisição de medicamentos de alto custo e realização de cirurgias não previstas nas tabelas do SUS.

Ao concederem medidas de cunho satisfativo – seja em sede de ações individuais, como nas coletivas – na área da saúde, têm obrigado o poder público a realocar verbas já destinadas a outros pacientes, os quais certamente sucumbirão, anonimamente, à falta de assistência médica adequada. Obriga-se a administração pública a adquirir medicamentos especiais de alto custo sem o saudável procedimento licitatório ou de tomada de preços, sendo certo que as decisões não apontam, de forma clara, de onde devem sair os recursos financeiros.

Enfim, o Poder Judiciário brasileiro tem adotado, de uma maneira geral, uma postura ativista, sob o influxo de densificar princípios inscritos de forma abstrata na Constituição Federal de 1988. Desse modo, concretiza direitos sociais como o direito à saúde e o direito à educação, fazendo derivar do artigo 6º da Constituição obrigações concretas em desfavor do poder público, o qual está atrelado à Lei Orçamentária Anual aprovada pelo Congresso Nacional no ano anterior<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Sobre o tema, ver Pizzolatti (2001).

<sup>6</sup> No ano de 2006, por exemplo, foram destinados cerca de 40 bilhões de reais na lei orçamentária anual aprovada no ano anterior (2005) para o setor de saúde no Brasil, a qual é prestada à população através de instituições públicas e de forma complementar por hospitais, clínicas e profissionais privados (credenciados ao SUS).



Ao apreciar um pedido de liminar formulado em uma ação coletiva ou mesmo individual, raramente o juiz do caso ouve, previamente, o poder público, pois age – no mais das vezes, sob o influxo da estrita urgência. Ao deferir a liminar que determina a compra imediata do medicamento não previsto nas tabelas técnicas do SUS também não existe uma preocupação acerca de que maneira o gestor público irá cumprir a decisão. O juiz, na maior parte dos casos, limita-se a cominar pena de multa ou mesmo sanções de natureza criminal para o caso de eventual descumprimento da decisão judicial, mas em momento algum diz de que forma a decisão será cumprida.

Essa postura cria dois problemas de grande importância. O primeiro a partir do princípio da separação entre os Poderes da República, na medida em que o juiz passa a complementar e substituir tabelas técnicas produzidas pelo Conselho Nacional de Saúde e pelos técnicos do SUS a partir do que é pedido na inicial. Essa conduta acaba por, invariavelmente, representando invasão de competência afeta ao Poder Executivo, o qual tem o dever de criar e executar as políticas públicas para o setor. Temos, por conseguinte, juízes não-eleitos pelo voto direto das comunidades atingidas ditando aos representantes eleitos (prefeito, governador, presidente da República) quais são as políticas que têm prioridade. Trata-se de tema afeto à legitimidade da atuação judicial.

O segundo problema, não menos importante que o do déficit democrático, consiste na própria legalidade da medida, uma vez que os valores que farão frente às novas despesas geradas pela decisão judicial não foram previstos na Lei Orçamentária Anual, de maneira que recursos da saúde, já previamente existentes, terão de ser realocados em favor dessa nova despesa. Isso implica afirmar que se uma decisão judicial determina a aquisição de medicamento de alto custo para todo um estado da federação, atingindo um determinado número de pessoas doentes, outros tantos serão fatalmente prejudicados, com evidente quebra do princípio da isonomia entre os cidadãos<sup>7</sup>.

Medicamentos especiais de alto custo são produzidos para atingir pequena parcela do mercado consumidor. Os laboratórios teriam prejuízo caso o Estado brasileiro não se dispusesse a adquiri-los, dados os custos de pesquisa envolvidos. Nessa medida, sua aquisição fica condicionada, pelos técnicos do SUS, à comprovação de sua eficácia em larga escala, bem como a disponibilidade financeira em relação a outras endemias. A escolha entre a aquisição de medicamentos para combate à tuberculose em vez dos de combate à hipertensão arterial compete ao administrador público e não ao juiz da causa.

<sup>7</sup> Sobre o tema, ver Sunstein e Holmes (1999).

O que tem ocorrido é o inverso, na medida em que as partes ou o Ministério Público buscam a aquisição imediata de medicamentos ou realização de cirurgia de alto custo, a partir daquele princípio que mencionei ao início da exposição, ou seja, do princípio do resgate. A vida e saúde humana a qualquer custo. Todos têm direito a uma ressonância magnética e a um transplante de fígado enquanto um direito subjetivo público amparado judicialmente em face do Estado brasileiro, o qual tem o dever de garantir as melhores condições técnicas do berço ao túmulo.

Trata-se, por conseguinte, de um equívoco na aplicação do que Aristóteles (1992) chamava de *justiça distributiva*, na medida em que acaba promovendo a quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos, impondo aos menos afortunados má-sorte de não estarem judicialmente representados. Se os recursos são escassos e os medicamentos têm alto custo, evidentemente que haverá um racionamento dos recursos que acabará por prejudicar os menos afortunados na sociedade. Afecções que já se julgavam definitivamente debeladas no século XII, como dengue, malária e tuberculose, vitimarão milhares e talvez milhões de cidadãos, mas alguns poucos serão poupados porque tiveram a representação judicial adequada.

Em data recente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em duas decisões distintas, contemplou, inclusive, o direito fundamental de estrangeiros. No dia 21 de agosto, foi deferida liminar em favor de cidadã argentina, residente no Brasil desde o ano de 2003, determinando-se à União, ao Estado de Santa Catarina e ao município de Florianópolis, a imediata aquisição e fornecimento de medicamento especial contra câncer de mama. Já na data de primeiro de setembro de 2006, o mesmo tribunal determinou que o Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná providenciasse imediato transplante de medula óssea em favor de cidadão paraguaio, sob o argumento de que esse tratamento não é fornecido pelo Estado no Paraguai<sup>8</sup>. Esses dois precedentes, inclusive, abrem margem à real possibilidade de uma imediata migração de pacientes egressos de países vizinhos, como Paraguai e Argentina, em verdadeiro turismo médico rumo aos hospitais brasileiros.

Finalmente, para os que acreditam que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotou, efetivamente, a posição mais consentânea com os direitos e garantias fundamentais, cumpre lembrar que em todos os julgamentos, todos os ministros do STF – exceção feita ao ministro Lewandowski, que ainda não se pronunciou sobre o assunto – referem como fonte de jurisprudência um acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello datado de 2 de agosto de 2000<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ambas as decisões estão publicadas no site de notícias do Tribunal Regional Federal na 4ª Região.

<sup>9</sup> Recurso Extraordinário nº 267.612-RS, o qual consta, na íntegra, de Appio (2004).

Esse acórdão não se ampara na idéia (hoje já fortemente consolidada na jurisprudência) de que o juiz pode fazer derivar direitos sociais dos princípios inscritos na Constituição de 1988. Muito ao contrário. Faz referência explícita à existência de três leis estaduais do Estado do Rio Grande do Sul<sup>10</sup>, as quais definem os medicamentos que o Estado do Rio Grande do Sul deve fornecer, gratuitamente, aos portadores do vírus da Aids. Dessa maneira, há referência (implícita) ao fato de que somente a lei aprovada pela casa legislativa competente pode fazer surgir obrigações em desfavor do poder público, o que deita por terra a frágil doutrina da existência de um direito subjetivo público na ausência de lei.

Bem por isso as decisões judiciais que fazem expressa referência a esse acórdão, como fonte de jurisprudência, estão, em realidade, alimentando a doutrina adversa, ou seja, aquela que preconiza o respeito pelo espaço definido em favor do Poder Executivo e os limites impostos ao Poder Judiciário em uma democracia.

#### Referências bibliográficas

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução Mário Kury. Brasília: UnB, 1992.

CANOTILHO, Gomes. Tribunal Constitucional, jurisprudências e políticas públicas. In: *XX Aniversário do Tribunal Constitucional de Portugal*. Lisboa. Disponível em: <[www.tribunalconstitucional.pt/discurso\\_gomescanotilho.htm](http://www.tribunalconstitucional.pt/discurso_gomescanotilho.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

PIZZOLATTI, Rômulo. *O controle judicial do mérito da atividade administrativa*. Tese (Doutorado em Direito)– Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

<sup>10</sup> O acórdão faz referência às Leis estaduais (RS)nº 9.908/83, nº 9.828/93 e nº 10.529/95.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jun. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### TJMG

Ato de improbidade administrativa decorrente de dano ambiental

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PREFEITO - CONDUTAS QUE OCASIONARAM DANOS AMBIENTAIS - INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 (TJMG, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0107.06.999989-7/001, Rel. Des. Audebert Delage, j. 05.10.2006, DJ 24.10.2006)

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS E A SUA IDENTIFICAÇÃO SOB O EXAME DO CASO EM CONCRETO

TÚLIO TEIXEIRA CAMPOS  
Advogado em Belo Horizonte/MG  
Mestrando em Direito Empresarial na Universidade de Itaúna/MG

##### 1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 58.211 – MG (2005/0216137-5)

RELATOR: Ministro Castro Meira

R.P/ACÓRDÃO: Ministro Teori Albino Zavascki

EMENTA/VOTO VENCEDOR: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL E JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. AÇÕES INDIVIDUAIS PROPOSTAS PELO PRÓPRIO TITULAR DO DIREITO. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS.

1. Ao excetuar da competência dos Juizados Especiais Federais as causas relativas a direitos individuais homogêneos, a Lei 10.259/2001 (art. 3º, § 1º, I) se refere apenas às ações coletivas para tutelar os referidos direitos, e não às ações propostas individualmente pelos próprios titulares. É que o conceito de *homogeneidade* supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados, formando uma pluralidade de direitos com uma (sic!) finalidade exclusivamente processual, de permitir a sua tutela coletiva.

2. Considerados individualmente, cada um desses direitos constitui simplesmente um direito subjetivo individual e, nessa condição, quando tutelados por seu próprio detentor, estão sujeitos a tratamento igual ao assegurado a outros direitos subjetivos, inclusive no que se refere à competência para a causa.

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juizado Federal.

EMENTA/VOTO VENCIDO: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TELEFONIA. ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL OU COMERCIAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONFLITO INSTAURADO ENTRE JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. LEI Nº 10.259/01, ART. 3º.

1. Os juizados especiais, previstos no art. 98 da Constituição e criados no âmbito federal pela Lei nº 10.259/01, não se vinculam ao Tribunal Regional Federal respectivo, tendo suas decisões revistas por turmas recursais formadas por julgadores da 1ª Instância da Justiça Federal.
2. A competência para apreciar os conflitos entre juizados especiais federais e juiz federal, ainda que da mesma Seção Judiciária, é do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do ar. 105, I, “d”, da Constituição da República. Precedente da 3ª Seção e da Suprema Corte.
3. A Lei nº 10.259/01, em seu art. 3º, estabelece que os juizados especiais federais não têm competência para julgar “as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.
4. As lides em que se discute a assinatura básica de telefonia residencial ou comercial encartam “interesses notadamente transindividuais, que não são descaracterizados pela repetição de ação *uti singuli*, mas calcadas na mesma tese jurídica” (CC n.º 47.107/SC).
5. Por tratar-se de direito individual homogêneo, já que atinge indistintamente a todos aqueles que se valem do serviço de telefonia, o processamento da demanda é incompatível com o rito sumário dos juizados especiais.
6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 18ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, o suscitado.

#### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 30ª Vara Cível do Juizado Especial da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, o suscitante, nos termos do voto do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Humberto Martins, José Delgado, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Denise Arruda. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Data do julgamento: 23 de agosto de 2006.

## 2. Razões

O voto vencedor do acórdão em referência, cujo relator foi o Ministro Teori Albino Zavascki, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, consagra os *direitos individuais homogêneos*, previstos no inciso III do parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como instrumentos de tutela coletiva de direitos individuais e, por consequência, reconhece a sua natureza essencialmente divisível. Diante dessa interpretação, declara-se a competência dos Juizados Federais para apreciar as lides que envolvam direitos que, em tese, poderiam ser tutelados coletivamente.

## 3. Justificativa

A escolha da decisão que manifesta entendimento quanto à natureza divisível dos *direitos individuais homogêneos* demonstra as relevantes consequências quanto à identificação das categorias de Direito Coletivo como forma de fixação da competência dos Juizados Especiais Federais e ainda como meio de promover com efetividade a prestação da tutela jurisdicional. No entanto, o próprio acórdão proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça revela as divergências dos Tribunais brasileiros quanto à identificação das categorias de Direito Coletivo, o que, tomando-se como exemplo um eventual resultado do voto vencido, pode significar grandes prejuízos.

Ao exame da decisão chega-se a um ponto fundamental para uma adequada identificação das categorias dos Direitos Individuais Homogêneos, qual seja, que essa identificação somente ocorre diante do exame do caso concreto.

## 4. Finalidade

A finalidade deste comentário é reforçar o entendimento de que *os direitos individuais homogêneos* tutelam bens essencialmente individuais, sendo o seu enquadramento enquanto Direito Coletivo decorrente de uma opção político-legislativa (LEAL apud MANCUSO, 2004). Por mais, a partir desse aspecto pretende-se demonstrar que a identificação dessa categoria de Direitos Coletivos ocorre a partir do caso concreto.

## 5. Comentário

### 5.1. Ementa Conclusiva do Comentário

Direitos ou interesses individuais homogêneos. Critérios legais de classificação. Natureza essencialmente individual dos interesses tutelados. Identificação ao exame do caso concreto. A transindividualidade subjetiva ou objetiva não é critério fundamental



para se identificarem os direitos individuais homogêneos. O traço *legal* que permite a classificação desses interesses como coletivos (sentido amplo) seria o fato de decorrerem de uma origem comum, que seria uma situação fática ou jurídica comum a uma coletividade ou a alguns indivíduos. A situação fática ou jurídica (origem) comum deve, ainda, ser suficiente a violar interesses que sejam homogêneos na forma como se manifestam aos titulares lesados. Portanto, o tratamento coletivo de tais interesses individuais é dado pela homogeneidade dos mesmos e em razão de decorrerem eles de uma mesma origem, cuja tutela processual pode ser exercida molecularmente, isto é, por um único ente legitimado processualmente para tanto, o que reflete uma opção político-legislativa. Assim, por se tratar de interesses individuais homogêneos, dada a sua natureza essencialmente divisível, não se pode pretender identificá-lo apenas a partir do direito subjetivo violado, ou seja, sem prescindir do exame do caso concreto. Ao se proceder apenas ao exame do direito subjetivo violado, a identificação dessa espécie de direito coletivo não se diferenciaria dos interesses individuais puros.

## 5.2. Aspectos Introdutórios sobre Interesses Individuais Homogêneos

A ordem jurídica brasileira consagra três categorias de Direitos Coletivos (em sentido amplo): direitos ou interesses difusos, direitos ou interesses coletivos em sentido restrito e direitos ou interesses individuais homogêneos.

Para Gidi (1995) a caracterização dessas categorias, previstas nos incisos do parágrafo único do art. 81<sup>1</sup> da Lei nº 8.078/90, dar-se-ia a partir de três critérios *legais*, a saber: objetivo, que se relaciona à divisibilidade ou não do direito material; subjetivo, em que se busca aferir a titularidade do respectivo direito ou interesse material; origem, através do qual é aferida a origem do respectivo direito ou interesse material.

No que se refere aos direitos individuais homogêneos, categoria debatida no acórdão em referência e citada no inciso III do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/90, subjetivamente seus titulares seriam “pessoas perfeitamente individualizadas, que também podem ser indeterminadas, mas determináveis sem nenhuma dificuldade” (ALMEIDA, 2003, p. 491). E, em seu aspecto objetivo, esses interesses são perfeitamente divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. Assim, significa afirmar

<sup>1</sup> O artigo da Lei nº 8.078/90 diz que:

Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.



que a transindividualidade<sup>2</sup> subjetiva ou objetiva não é critério fundamental para se identificarem os direitos individuais homogêneos, tanto que Lenza (2003) chega a qualificar essa transindividualidade, no caso dos interesses individuais homogêneos, como artificial ou legal.

Essa individualização, tanto subjetiva quanto objetiva, resta clara no voto vencedor do mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Considerados individualmente, cada um desses direitos constitui apenas direito subjetivo individual.

[...]

Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material.



No caso específico dos direitos individuais homogêneos diz tratar-se de interesses<sup>3</sup> ou direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum. O traço *legal*, portanto, que permitiria a sua classificação como interesses coletivos (sentido amplo) seria o fato de decorrerem de uma origem comum.



Por origem comum, a lei estabelece uma situação fática ou jurídica comum a determinados indivíduos. Os titulares dos interesses individuais homogêneos “[...] são pessoas ligadas por uma prévia relação jurídica-base que mantinham entre si ou com a parte contrária” (GIDI, 1995, p. 24).

No entanto, qualquer que seja esse fato ou essa situação, não significa que se deva ocorrer em um único momento (tempo) e tampouco que seja um único fato, isto é, sem repetições (WATANABE, 2001). A situação fática comum pode, assim, ser

<sup>2</sup> Essa transindividualidade, no Direito Coletivo (*lato sensu*), implica ir além de um único centro de referência, seja relativamente ao objeto do direito material ou ao sujeito titular desse direito material, ou, em outras palavras, direitos coletivos (*lato sensu*) afetados a uma coletividade, “[...] nascido(s) a partir do momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo” (MANCUSO, 2004, p. 55).

<sup>3</sup> Segundo Kazuo Watanabe (2001), as palavras interesses e direitos teriam sido utilizadas pelo legislador como sinônimas e, continua o mesmo autor, a partir do momento em que os interesses passam a ser amparados pelo direito, assumem eles o *status* de direitos. Com o intuito de deixar de lado uma interpretação individualista (GIDI, 1995) e a fim de dar maior clareza ao desenvolvimento do texto, preferir-se-á utilizar a palavra interesse.



representada por um (ou vários) acontecimento que atinja interesses de diversas pessoas.

Ressalte-se ainda que o vínculo jurídico comum não significa a associação ou grupo formal de indivíduos, mas uma *situação* jurídica que os vincula entre si ou a uma terceira pessoa, como, no caso do acórdão comentado, do vínculo jurídico que é estabelecido entre alguns titulares de linhas telefônicas e a prestadora dessa espécie de serviços. Entretanto, ainda que o enquadramento desses interesses individuais homogêneos como uma categoria dos Direitos Coletivos decorra da origem comum, há ainda um outro aspecto enfatizado pela *doutrina* (WATANABE, 2001) que não pode ser desconsiderado à identificação desses interesses, que é a homogeneidade.

A situação fática ou jurídica (origem) comum deve ser suficiente a violar interesses que sejam homogêneos na forma como se manifestam aos titulares lesados, ou, na lição de Gidi (1995), o conceito de interesses individuais homogêneos traz um aspecto relacional, que significa ser um direito homogêneo em relação ao outro. Caso contrário, tratar-se-iam de diferentes direitos subjetivos individuais. Como destaca o Ministro Teori Albino Zavascki na sua fundamentação:

[...] a qualificação de *homogêneos* é utilizada, pelo legislador, para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da *homogeneidade* supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados.

A partir dessas considerações, vislumbra-se que o tratamento coletivo de tais interesses individuais é dado pela homogeneidade dos mesmos e em razão de decorrerem eles de uma mesma origem, cuja tutela processual pode ser exercida molecularmente, isto é, por um único ente legitimado processualmente para tanto.

#### 5.4. Identificação dos Interesses Individuais Homogêneos no Caso Concreto

O Ministro Teori Albino Zavascki coloca grande ênfase no fato de que os interesses individuais homogêneos possuem natureza essencialmente divisível (subjetiva e objetivamente), isto é, são direitos individuais. O que ocorre é uma permissão legal de que a tutela dessa espécie de direito se dê, entretanto, molecularmente, em uma só ação. No mesmo sentido posicionam-se alguns doutrinadores:

[...] a defesa dos interesses difusos ou coletivos somente pode ser realizada coletivamente, ao passo que a defesa dos interesses individuais homogêneos pode ser realizada de forma coletiva, como também de forma tradicional, isto é, individualmente, em que o próprio interessado busca a tutela da parcela do seu interesse, ainda que na hipótese outros titulares detenham situações idênticas (VIGLIAR apud LEONEL, 2002, p. 147).

A partir dessa tutela sob a *forma coletiva* dos interesses individuais homogêneos, mas para além dessa permissão legal, o que a decisão comentada revela é o fato de que a identificação dos interesses individuais homogêneos ocorre diante de um exame do *caso concreto*<sup>4</sup>, ou, em um entendimento contrário, afasta-se, pois, a possibilidade de identificação desses interesses de maneira abstrata.

Gidi (1995), de forma diferenciada, argumenta que o critério identificador das espécies de direito coletivo é o exame do direito subjetivo violado, já que tem existência dogmática, donde ser possível analisá-las e classificá-las independentemente do direito processual<sup>5</sup>. Por certo que os interesses individuais homogêneos têm sua *classificação* a partir de normas materiais, o que, aliás, demonstrou-se linhas anteriores. Classificação que também existe para os interesses difusos e interesses coletivos em sentido estrito.

No entanto, por se tratar de interesses individuais homogêneos, dada a sua natureza essencialmente divisível, não se pode pretender identificá-los apenas a partir do direito subjetivo violado, ou seja, sem prescindir do exame do caso concreto. Ao se proceder apenas ao exame do direito subjetivo violado, a identificação dessa espécie de direito coletivo não se diferenciaria dos interesses individuais puros. Para visualizar esse argumento exposto basta voltar à própria situação tratada no acórdão comentado. Caso se procedesse à identificação dos interesses tutelados a partir do simples exame

<sup>4</sup> Essa denominação caso concreto é tratada por alguns autores de maneira mais detida (WATANABE, 2001; VIGLIAR, 2002) sob o estudo dos três (pedido, causa de pedir e partes) que definem a identidade entre demandas e também como aspectos a identificar a espécie de direito coletivo em cada caso. Em razão da densidade do assunto, limitar-se-á a um trabalho mais genérico sobre as questões, por isso, com referência à expressão caso concreto.

<sup>5</sup> Gidi (1995) argumenta ainda que haveria casos em que a tutela jurisdicional pretendida não caracterizaria o direito material sob tutela. Como exemplo o autor cita uma propaganda enganosa e uma demanda com o objetivo de retirar a publicidade do ar e ainda a imposição de contrapropaganda que poderiam ser obtidas tanto através de ação coletiva para defesa de direitos difusos como por meio de uma demanda individual intentada por uma empresa concorrente, embora propostas uma ou outra com fundamentos de direito material diferentes. No que se refere ao exemplo mencionado por Gidi, a doutrina de Almeida (2003) contribui para o entendimento da situação, quando traz o conceito de direitos difusos de dimensão individual. Esses direitos seriam aqueles cujo objeto é divisível, sendo que a sua violação atinge, particularmente, mas não exclusivamente, o indivíduo e, em decorrência da forma que se pretende a sua tutela, ter-se-iam protegidos interesses de uma coletividade. Equivale dizer que a pretensão à tutela de direitos individuais implicaria resultados metaindividuais.

dos direitos subjetivos cuja tutela se pretende, não seria possível definir e identificar os interesses submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Como já uma vez dito, Leal (apud Mancuso, 2004) afirma que o enquadramento dessa categoria no rol de Direitos Coletivos decorreria de uma opção político-legislativa e, nesse sentido, o simples exame do direito subjetivo violado seria insuficiente para definir os interesses individuais homogêneos. Ao mesmo tempo em que justifica essa opção legislativa, a lição de Benjamin (apud Ministro Teori Albino Zavascki no acórdão ora comentado) corrobora o argumento aqui exposto:

[...] os interesses individuais homogêneos são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais [...].

E, ainda, quando se traz à tona o aspecto da homogeneidade desses interesses individuais como cita Watanabe (2001), ratificar-se-á a imprescindibilidade do exame do caso concreto, pois, como homogeneidade assenta-se em um pressuposto de pluralidade de interesses, o exame de um só direito subjetivo pode não ser suficiente para qualificá-lo. Como argumenta o Ministro Teori Albino Zavascki relator do acórdão para o voto vencedor: “Para que sejam considerados *homogêneos*, os direitos individuais devem ser vizualizados (sic), necessariamente, sob o prisma da sua pluralidade”.

## 6. Conclusão

Ainda que existam critérios legais e doutrinários para se poder classificar as espécies de direito coletivo tratadas no parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078/90, a identificação dos direitos ou interesses individuais homogêneos depende do exame do caso concreto, já que são esses essencialmente divisíveis e seus efeitos manifestam homogeneamente para seus titulares.

Assim o enquadramento dos direitos ou interesses individuais homogêneos enquanto direito coletivo justifica-se como um mecanismo de se evitar a multiplicidade ou atomização de demandas cujos interesses podem ser tutelados molecularmente.

## 7. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. A *causa petendi* nas ações coletivas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (Org.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A causa de pedir e os interesses individuais homogêneos. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (Org.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

## SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

### 1. ARTIGOS

#### 1.1 AS AÇÕES COLETIVAS À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA E DA LEGITIMIDADE

VICTOR AISENBERG

Bacharel em Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro  
Especialista em Direito Processual - Universidade Estácio de Sá  
Mestrado em Direito – Universidade Estácio de Sá  
Professor das Faculdades Integradas do Oeste de Minas  
Professor responsável da Fundação Universidade de Itaúna

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Acesso à Justiça. 3. Ações coletivas. 4. Legitimidade. 5. Proposta de ampliação. 6. Considerações finais.

#### 1. Introdução

Na realidade atual, o indivíduo cada vez mais se insere em uma sociedade de massa que o leva a sofrer com maior intensidade o impacto de lesões aos seus direitos, seja individualmente considerado, seja como parte de um grupo social mais ou menos numeroso. O paradigma centrado na noção de indivíduo, dominante no Direito, revela-se insuficiente para o atendimento aos institutos jurídicos que visam solucionar conflito de interesses dentro de uma sociedade complexa, na qual o direito coletivo exerce papel significativo.

A crise econômica e institucional que assola o Brasil está a exigir mecanismos e respostas céleres e inovadoras, capazes de restabelecer a confiança no Direito, com o efetivo acesso, tanto à Justiça, quanto à prestação jurisdicional, para que solucionem eficazmente os conflitos. Conforme Watanabe (1988):

[...] surge a preocupação de uma justiça para todos. As atenções fogem ao dogmatismo exacerbado e concentram-se, os processualistas modernos, em recuperar a credibilidade da Justiça aos olhos do jurisdicionado. Com efeito, tornou-se necessário uma nova postura e mentalidade voltada aos valores da dinâmica social, nova fase processual teve início. Agora, abandonando atitudes conceitualistas, reúnem-se esforços no sentido de viabilizar o processo como instrumento de direito ao ‘acesso à ordem jurídica justa’.

Dinamarco (2001) enfatiza que a temática do acesso à Justiça liga-se à noção de justiça social, de uma justiça dialética, participativa, contraditória, imparcial, de forma que o acesso à Justiça signifique o *acesso ao devido processo legal*. No Brasil, a Constituinte de 1988 pretendeu justamente um Judiciário que atuasse como veículo de uma democracia participativa, meio de pacificação e de aprimoramento social.

O tema privilegia o enfoque de que grande parte das mazelas que atingem o direito decorre justamente da carência de uma doutrina e uma jurisprudência adequadas a uma nova realidade social. Essa realidade social não se amolda ao chamado direito moderno, calcado no monismo jurídico estatal, no qual o Estado personifica o Direito, com a supremacia da lei sobre práticas normativas pluralistas. Todo direito estatal é direito positivo. O paradigma dogmático preza a segurança, a hierarquia e a legitimidade, mas não oferece instrumento adequado para a solução dos típicos conflitos que assolam uma sociedade pós-moderna.

O estudo que se apresenta pretende ser uma contribuição ao atendimento da necessidade de resguardar-se o princípio constitucional da cidadania ante a premência de uma nova hermenêutica jurídica processual, que permita a reconstrução das velhas estruturas, fundadas em paradigmas obsoletos.

## 2. Acesso à Justiça

A expressão *acesso à justiça* engloba um conteúdo de larga escala: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo e perpassa por aquela que entende o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado, ao qual compete não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

Outra concepção do *acesso à justiça* permeou-se da idéia de ser o processo um instrumento da jurisdição, com escopos sociopolítico-jurídicos perfeitamente definidos. Essa perspectiva descobre e realça os valores sociais e políticos do processo jurídico. Essa perspectiva instrumentalista, ao mesmo tempo em que ressaltou a condição do processo como instrumento para a realização dos direitos por meio da jurisdição, projetou seus escopos para além de sua finalidade jurídica, mas também relevou o direito substancial como um dos fins alcançados pela atividade jurisdicional (CICHOCKI NETO, 1999).

A expressão *acesso à Justiça* é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do



Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Cappelletti e Garth (1988) enfatizam:

[...] o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados pela solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso a proteção judicial significativa essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Carneiro (2000) argumenta que cresce de importância, portanto, neste momento, a concepção do real significado de acesso à Justiça. É preciso que ela sirva, e bem, a todos, desde os mais carentes aos mais privilegiados, desde o indivíduo isoladamente considerado até o grupo, a coletividade, globalmente considerada. Assim, pode-se afirmar que o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. No entanto, o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Carneiro (2000) assevera que o atraso do processo, com relação às conquistas sociais e políticas da humanidade e da nação, deve-se em parte ao preconceito consistente em considerá-lo como mero instrumento técnico, ou considerar o direito processual como ciência neutra. O acesso à justiça requer uma mudança de mentalidade, mostrando Cappelletti (1982) que o acesso deve ser visualizado por meio da *prospettiva di consumatori*. Hoje, lamentavelmente, como acentua Watanabe (1996),

[...] a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como

instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética predominante é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade.

É necessário, pois, um acesso à ordem jurídica justa, com a preocupação da correta aplicação do direito substancial, pois “[...] se este for discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à injusta, evitando assim o cometimento de dupla injustiça” (WATANABE, 1996). De acordo com Cichocki Neto (1999), essas limitações ao acesso à justiça localizam-se, principalmente, nas áreas política, social e econômico-financeira. No campo político, emergem dos influxos do poder estatal em face dos limites das liberdades individuais e sociais concedidas bem como das opções elegidas pelo ordenamento na disposição do equilíbrio desses fatores; em sede social, das condições, características, potencialidades e oportunidades concedidas aos indivíduos e aos grupos sociais para maior abertura do acesso; e, finalmente, no plano financeiro-econômico, das condições materiais em que se encontram o próprio Judiciário e os usuários do sistema, em razão dos custos decorrentes de sua utilização. Quanto menores forem as dificuldades nessas áreas, sensivelmente maiores serão as oportunidades de acesso à Justiça.

Como bem demonstra Cappelletti (1982), para que o acesso à Justiça como direito social se concretize, é necessária uma mudança de mentalidade, de forma que tal direito (acesso) seja visualizado sob a ótica dos consumidores da jurisdição, e, não, sob a perspectiva do Estado. Além disso, o acesso, sendo um direito do cidadão, deve remover todos os obstáculos para sua plena efetividade, como a morosidade do processo, seu alto custo, a desinformação dos consumidores e a inoperatividade do sistema perante a não-participação do cidadão na gestão do bem comum, temas que constituem fonte de estudos dos processualistas modernos.

Conforme Zaffaroni (1995), a perspectiva de incremento do acesso à Justiça e da existência de processos menos formalistas, mais simples e céleres e eficazes, pode-se dizer, está presente em todo o mundo seja nas discussões relacionadas com os projetos de reforma do Poder Judiciário, como ocorreu na Argentina e se apresenta no Brasil, seja nos debates acerca de modificações propostas para o Direito Processual como, v.g., na Alemanha. Mancuso (2000) leciona que o gradativo acesso à Justiça dos chamados interesses metaindividuais vem provocando sensíveis reflexos em pontos fundamentais do tripé em que se assenta o Direito Processual Civil: Ação, Processo e Jurisdição.

– A ação judicial, quando serve à veiculação de pretensões de natureza coletiva, passando a operar como instrumento de mediação entre os conflitos de massa, envolvendo interesses plurissubjetivos assim canalizados ao poder Judiciário.

- O Processo, a seu turno, quando formado por uma relação jurídica cujo objeto é um bem de natureza coletiva, também se modifica em relação à sua configuração habitual de uma relação jurídica que acompanha em paralelo, correspondente relação de direito material, passando a ter por objeto valores que desbordam das órbitas individuais dos contraditores postados nos pólos ativo e passivo.
- A jurisdição, enfim, que em sua concepção tradicional ora se apresenta como Poder (o Judiciário) ora como Função (a distribuição da justiça), ora como Órgão (a máquina judiciária), ao ser instada a prover sobre demandas de caráter coletivo.

Em uma democracia participativa, social e pluralista, a jurisdição, como uma das faces do poder do Estado, tem como um de seus escopos propiciar o efetivo exercício da cidadania participativa até por ser essa a proposta do Estado para participação do Poder, e o processo passa a ser visto como um instrumento ético e, não somente técnico, capaz de dar sua contribuição à justiça social. A questão da justiça social faz surgir o *pensar o direito que serve ao home*” como partícipe de uma coletividade, golpeando alguns mitos da dogmática tradicional, tais como o princípio da igualdade formal, neutralidade ideológica do juiz, conduta exclusivamente técnico-jurídica. Surge uma nova visão do direito processual comprometido com a realização dos valores do Estado e da sociedade, portanto, com a *ordem jurídica justa*, na expressão de Watanabe (1998).

O magistrado, como aplicador da lei, não pode ser considerado apenas uma peça menor de uma engrenagem maior, ou seja, é preciso que seja cada vez mais levada em consideração a atividade cognitiva do juiz, que exerce juízos de valor a todo tempo no processo. Com efeito, a cognição exerce papel fundamental nos dias atuais, especialmente para a resolução de conflitos de massa, que exigem do magistrado uma sensibilidade social ainda mais apurada.

A realidade sociojurídica atual desloca-se do individualismo para uma sociedade de massa a exigir renovação do ideário constitucional do processo, concretizado na Constituição, de 5 de outubro de 1988, voltada para as exigências substanciais do acesso à Justiça, que contempla, entre outras garantias constitucionais, a tutela dos interesses metaindividuais.

Para Delgado (2003), o movimento pelo acesso à Justiça constitui a expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico em um grande número de países. A questão do acesso permitiu ver a ilusão do desejo de pensar-se o direito processual à distância do direito substancial e da realidade social. Quebrou-se, por assim dizer, quando se descobriu que o processo não vinha servindo às pessoas, o encanto ou

a ilusão de que o direito processual pudesse ser tratado como ciência pura que se mantivesse eternamente distante do direito material e das vicissitudes dos homens de carne e osso.

É inegável que as ações coletivas permitem o acesso à Justiça daqueles que, individualmente, não teriam meios de litigar em juízo. A despeito do inciso LXXIV do art. 5.º da Constituição Federal, que torna obrigatória ao Estado a prestação jurídica integral e gratuita aos que não têm recursos, sabe-se que no plano fático há demandas reprimidas em face dos custos que envolvem um litígio judicial (contratação de advogado, custas processuais, encargos de sucumbência etc.).

Assim, a Constituição (1988) conferiu proteção a todos os possíveis interesses de dimensão coletiva. Efetivamente, o legislador constituinte estabeleceu a possibilidade de representação judicial e extrajudicial para as entidades associativas (art. 5.º, inciso XXI); o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, inciso LXX); a ação popular (art. 5.º, inciso LXIII); a defesa dos direitos individuais e coletivos das categorias representadas pelas entidades sindicais (art. 8.º, inciso III); e a ação civil pública pelo Ministério Público (art. 129, inciso III).

Para Moreira (1991), a ação coletiva constitui um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes, sobretudo quando o litígio envolve o poder político e econômico. O litigante individual é eventual, ao passo que os demais comparecem continuamente no Judiciário. As demandas promovidas coletivamente passam a representar uma forma de socialização do processo, até então hermeticamente direcionado a questões singulares, sem maior projeção, além da estrita esfera jurídica das partes litigantes.

O fortalecimento e a ampliação das ações coletivas impõem-se como elementos imprescindíveis à construção de uma sociedade mais justa, pois o direito de ação (art. 5.º, XXXV, CF/88) não pode ser visto em seu aspecto meramente formal. As ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes. O processo coletivo pode servir, igualmente, para garantir a importância política de determinadas causas relacionadas, dentre outras, com os direitos civis, minorias e meio ambiente (MENDES, 2002).

De acordo com Marinoni (2000), o problema da falta de informação e informação jurídica ainda representa sério entrave para o acesso à Justiça. O processo coletivo pode, no entanto, superar ou atenuar o problema, à medida que o direito das pessoas menos esclarecidas juridicamente não ficará relegado ao abandono, porque poderá ser defendido por terceiro, legitimado extraordinariamente para a tutela transindividual.

Para tanto, a definição do sistema de vinculação dos interessados ao processo coletivo é de grande importância. Em termos de direitos individuais homogêneos, se as pessoas precisam, de alguma forma, manifestar a vontade de estar sob os efeitos da decisão coletiva, método denominado de inclusão (*opt-in*), a tendência será, por certo, a menor abrangência e alcance da tutela coletiva, pois a iniciativa dos interessados poderá continuar a esbarrar em fatores culturais, políticos, sociais e econômicos. Tratando-se, entretanto, do sistema de exclusão (*opt-out*), estarão os interessados automaticamente atrelados à decisão coletiva.

Assim, é mister salientar que as ações coletivas, como forma de acesso à Justiça, contribuem para que o povo adquira confiança nos poderes instituídos, o que é realmente necessário para que a população tenha equilíbrio emocional para poder pensar, trabalhar e produzir.

### 3. Ações coletivas

Conhecidas as dificuldades que o indivíduo detentor de um direito enfrenta, mormente quando de pequeno valor financeiro, se necessita recorrer ao Judiciário, entende-se que o acesso à Justiça pode ser facilitado pela utilização das chamadas *ações coletivas*. Ação, na correta conceituação, é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz. O direito de ação faz parte do sistema constitucional de garantias, próprio do Estado de Direito, razão pela qual alguns autores preferem denominá-lo de direito constitucional de ação, enquanto outros optam por enquadrá-lo no direito de petição (ALVIM, 1998).

É certo que a processualística mais moderna vem distinguindo com clareza os conceitos retro abordados, adotando a expressão *direito de ação* como direito a um pronunciamento estatal sobre o mérito, enquanto que o *direito de petição* permaneceria na esfera do acesso formal ao poder judiciário, imperando a abstração quanto ao direito material alegado pelo autor.

Zavascki (1995) esclarece que coletivo na expressão *direito coletivo* é qualificativo de direito e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em defesa coletiva o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito instrumento de defesa. Em geral, denomina-se *ação coletiva* aquela que veicula pretensões de ordem coletiva, isto é, visa a atender ao mesmo tempo interesses de mais de uma pessoa, de um grupo de pessoas, com interesses afins e que possa ser ajuizada por uma única. Isso cuidou de esclarecer o próprio legislador ao editar o art. 81 da Lei n.º 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor – CDC, o qual em seu *caput* reza: “A defesa dos interesses e direito dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.

Com o advento da Lei n.º 8.078/90 surge a nomenclatura de ações coletivas, tais ações têm por escopo a defesa em juízo dos interesses individuais homogêneos, pois para as demais modalidade de interesses supra-individuais a defesa será sempre feita por um substituto processual, que integra o rol (*numerus clausus*) dos legitimados para as ações essencialmente coletivas, que não contempla o interessado.

Para Gidi (1995), “[...] é a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”. Como se vê, Gidi considera elementos indispensáveis para a caracterização de uma ação como coletiva a legitimidade para agir, o objeto do processo e a coisa julgada.

O autor alerta, todavia, que existem diferenças entre as ações individuais e coletivas, ligadas à própria estrutura tanto do processo quanto do procedimento, no que se refere à sentença, execução, apreciação da prova e, ainda, quanto aos poderes do magistrado na condução do processo e outros mais.

Segundo Mendes (2002), a ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítimo e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos. Sabe-se que ação coletiva é o gênero do qual são espécies: Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), Ação Popular (Art. 5.º, LXIII, da CF/88 c/c Lei n.º 4.717/65), Mandado de Segurança Coletivo (Art. 5.º, LXX, da CF/88 c/c Lei n.º 1.533/51) e Ação Civil Coletiva do art. 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Moreira (1988) afirma que o traço distintivo das ações coletivas reside no fato de que, apesar de o litígio interessar a uma pluralidade de sujeitos, a lide pode ser levada à cognição judicial por iniciativa de uma só pessoa. Com as ações coletivas objetiva-se uma verdadeira economia processual, pois uma única pessoa defende a pluralidade de interesses e direitos. Quando há direitos essencialmente coletivos (difusos ou coletivos em sentido estrito), estamos diante de uma indivisibilidade, logo, a provisão jurisdicional tem que ser igual para todos. A decisão não pode ser individual. É isso o que ocorre na defesa dos direitos coletivos.

#### **4. A legitimidade para a propositura de ações coletivas no Brasil**

A legitimidade constitui, hoje, um instituto que não concerne a um campo específico do direito, mas tem penetração em todas as áreas dele, podendo, destarte, encartar-se

na teoria geral do direito. De modo geral, o desenvolvimento da teoria da legitimidade deveu-se precipuamente aos processualistas, em que o problema aflorou de modo mais agudo e a própria natureza do processo, com sua projeção no tempo e sua seqüência de atos vinculados a um determinado fim, propiciou uma melhor análise desse instituto, principalmente no que tange à legitimidade para agir, que pode ser enfocada como um ponto de conexão entre o direito processual e o direito material (ARMELIN, 1979).

A análise do tema da legitimidade para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu* obriga os interessados a reflexões filosóficas e sociológicas, a fim de que possam ser corretamente entendidos os propósitos vigentes no atual direito positivo. Moreira (1991) leciona que, para todo e qualquer processo, considerado em relação à lide que por meio dele se busca compor, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal que deve ser observado na formação do contraditório. Esse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, às quais se costuma chamar *situações legitimantes*.

Armelin (1979) observa que a doutrina alienígena reporta-se à legitimação, e, não à legitimidade, tal como foi adotado no vigente Código de Processo Civil brasileiro (art 3.º e outros), do que emerge o enfoque da situação, o ato de legitimar, e, não da qualidade de estar legitimado, resultante do tratamento legal alienígena. Sem embargo da necessária correlação entre sujeito e objeto, imanente na legitimidade, tal denominação, ressaltando tratar-se ela de qualidade do sujeito, embora resultante de situação normalmente preexistente, é mais correta, porquanto remarca a pertinência daquela situação legitimante ao sujeito do ato, centro e destinatário do sistema. Armelin (1979) assinala que a legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível, por se tratar de negócios jurídicos multilaterais, de todos os seus participantes, qualquer que seja o pólo da relação jurídica em que se encontrem. Essa qualidade resulta de uma situação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos.

Para Mendes (2002), a legitimação pertence, em regra, ao alegado titular da relação jurídica litigiosa. A congruência entre a titularidade do direito material e de agir encontra a sua *ratio*. Nesse sentido, ensina Alvim (2003) que

[...] por legitimidade das partes (*legitimatío ad causam*) entende-se a ‘pertinência subjetiva da lide’, ou seja, que o autor seja aquele a quem a lei assegura o direito de invocar a tutela jurisdicional e o réu, aquele contra o qual pode o autor pretender algo. Assim, ao filho faltaria legitimação para cobrar judicialmente uma dívida do pai, ao marido, para executar um crédito de sua esposa.

A legitimidade para agir ou *legitimatío ad causam petendi* tem como denominação do fenômeno processual da legitimidade, em ambos os pólos da relação jurídico-processual, o defeito de não abranger expressamente a legitimidade da parte passiva no processo. Sem embargo, a tradição milita em favor dessa denominação e de suas equivalentes latinas, que, por isso ficam aqui mantidas (ARMELIN, 1979). Assim, a legitimidade *ad causam* é pertinência subjetiva para propor a ação e para responder a ela. Quando se fala em legitimação processual, o nosso direito pátrio diferencia a ordinária da extraordinária (MENDES, 2002), senão, vejamos: Havendo coincidência entre a situação legitimante e a causa posta em juízo estar-se-á diante de legitimação *ordinária*. Do contrário, quando a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, em parte ou no todo, não lhe pertence, a legitimação será *extraordinária*.

Gidi (apud Lenza, 2003) assevera que o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material. É por esse motivo que os grupos organizados é o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva. A legitimidade dos órgãos do Poder Público é meramente subsidiária, e se, por um lado, é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro, é uma técnica destinada a retroceder o seu conhecimento a partir do momento em que a sociedade organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação.

Faz-se mister ressaltar que as ações coletivas vêm sendo utilizadas de forma muito tímida pelos grupos organizados supramencionados, tendo em vista que eles se encontram em fase embrionária de organização e, principalmente, de percepção quanto aos problemas que afligem a coletividade como um todo ou determinados grupos de interesse. A tibieza do Poder Público, cujos órgãos legitimados encontram pouca ou nenhuma atuação em sede de ações ditas coletivas, é de notória sabença, sendo certo que tais legitimados se encontram mais amiúde no pólo passivo de ditas demandas<sup>1</sup>.

Há que se ressaltar, em parte, a corajosa atuação dos Procons, ainda que, na maioria das vezes, esse papel seja exercido na esfera extrajudicial. Tal assertiva tem como corolário básico o fato de que se encontra sobrecarregado o *Parquet*, seja ele federal ou estadual, já que nos dias atuais o órgão ministerial ainda responde pela maior parte das ações que visam a proteger interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, estes últimos com interesse público preponderante. Como se não bastasse, o Ministério Público tem participação obrigatória em todas as ações coletivas, seja na condição de parte, seja na de *custos legis*, nos termos dos art. 5.º da Lei n.º 7.347/85 e art. 92 da Lei n.º 8.078/90. Carvalho Filho (1995) assevera que

<sup>1</sup> Vigoroso exemplo de tal assertiva pode ser encontrado na Petrobrás, causadora direta ou indireta de diversos acidentes ambientais nos últimos anos, que ensejaram a propositura de diversas ações reparatórias na seara coletiva.



O Ministério Público, segundo o contexto constitucional, tem, como uma de suas funções primordiais, a de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF). Desse modo, quando ajuíza ação civil pública atua em nome próprio na defesa de interesses de terceiros. Age em nome próprio pela específica legitimação que a ordem jurídica lhe conferiu, mas os interesses cuja proteção persegue por meio da ação pertencem a terceiros. É a estes que cabe a titularidade dos interesses sob tutela. Por essa razão, a legitimação do Ministério Público na ação civil pública é extraordinária.

O regime central adotado, em termos de legitimação para as ações coletivas, encontra-se disposto na Lei da Ação civil Pública, art. 5.º, e no Código de Defesa do Consumidor, art. 82. Os dois estatutos prevêm, basicamente, os mesmos legitimados: órgãos públicos e associações. Na Constituição da República, encontram-se os sindicatos também autorizados a agirem coletivamente em juízo.

Não é de olvidar a atuação do cidadão, permitida pelas claras disposições da Lei n.º 4.717/65, que regula a ação popular; contudo, neste particular, a experiência de quase quatro décadas permite inferir que o cidadão, em grande parte das vezes, maneja tal instrumento com o fito de defender interesses paroquiais, ou ainda acaba abarrotando o Poder Judiciário com questões de somenos importância<sup>2</sup>. Para os fins do art. 82, parágrafo único, do CDC são legitimados concorrentemente:

- I - o Ministério Público;
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
- IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

O respaldo do Poder Judiciário às ações do Ministério Público e dos demais entes coletivos do art. 82 do CDC promoverá a diminuição das ações individuais e coletivas em juízo, uma vez que os entes públicos e privados, após reiteradas as decisões em favor do *Parquet* e dos outros co-legitimados, preferirão resolver as questões no âmbito administrativo do inquérito civil, por intermédio do compromisso de ajustamento (Lei n.º 7.347/85, art. 5.º, 6.º) ou diretamente com a representação dos

<sup>2</sup> Notório exemplo da subutilização da ação popular pode ser encontrado no Rio de Janeiro, onde determinado causídico tornou-se conhecido nos meios de comunicação pela farta utilização de tal instrumento. Mais recentemente, buscou dito cidadão a proibição do naturismo em praias isoladas, autoconvertendo-se em arauto da moralidade.

lesados. Assim, atende-se ao interesse público e à tona reclamando efetividade das instituições. Portanto, a despeito do ingresso em juízo dos legitimados, utilizando os diversos instrumentos que compõem o sistema denominado processo coletivo, torna-se primordial que o Poder Judiciário desenvolva uma estrutura que possa entregar de forma célere a prestação jurisdicional, com a criação, e.g., de varas especializadas, dotadas de funcionários treinados e de magistrados imbuídos da tremenda socialidade de tais demandas<sup>3</sup>.

Mancuso (2001) afirma que a outorga de legitimação para agir a certos grupos organizados e definidos, reconhecidos pelo Estado como legítimos portadores de certas massas de interesses, atende à preocupação estatal de evitar abuso na participação popular na gestão de certos assuntos que, em princípio, recaem na seara da Administração Pública ou do Ministério Público; de sorte que o Estado, ao cancelar a atividade dessas associações, admite-as no papel de colaboradores do bem comum.

Dinamarco (2001) esclarece que, se qualquer órgão público legitimado pretende a defesa de interesses patrimoniais próprios, deverá socorrer-se das vias tradicionais, sem os benefícios próprios da defesa dos interesses metaindividuais. As associações também foram legitimadas, com fulcro no art. 5.º, inciso XXI, da Constituição da República, art. 5.º, da Lei da Ação Civil Pública, e inciso IV, art. 82, do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, convém ressaltar que o Brasil é um país que até o momento não possui uma cultura de associações. O cidadão, normalmente, visa a defender os seus direitos individualmente, por mais que eles se assemelhem ou digam respeito a outras pessoas em situações semelhantes. Já nos EUA, por exemplo, nota-se claramente uma participação efetiva de associações, sejam elas de classe, de moradores, de consumidores etc., na defesa de interesses comuns.

## 5. Alargamento da legitimidade no Brasil

A legitimação coletiva é um resultado, no plano do processo, das modificações, verdadeiramente profundas, a partir das raízes da sociedade, que ocorreram, e, em certa escala, continuam a verificar-se, e que significaram a mudança de uma concepção e estrutura social baseada no liberalismo e no individualismo, para uma visão e contextura social do Direito. A legitimação à propositura da ação coletiva é uma discussão polêmica e acirrada. Inúmeros autores pátrios já se lançaram ao estudo do tema, que acabou por tornar-se um dos mais controvertidos da atualidade. Tudo isso defluiu da adoção de diferentes perspectivas de exame da questão, que precisa,

<sup>3</sup> Diversas iniciativas vêm sendo tomadas pelo Poder Judiciário no sentido do texto, podendo ser tomada como exemplo a criação das Varas Empresariais no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dotadas de competência para processar e julgar diversas ações de índole coletiva.

com urgência, ser uniformizado, a fim de que a sociedade não seja penalizada mais do que já ocorre nos dias atuais.

É importante ter-se presente que a realidade material da qual emergem as ações coletivas difere do universo central do direito subjetivo; cada uma possui suas peculiaridades. Daí porque o problema fundamental da tutela dos direitos metaindividuais centra-se na legitimidade para agir. Essa é a razão por que o enfoque deste trabalho visa a refletir acerca da possibilidade do alargamento da legitimidade para propor ações coletivas.

O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à Justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, em decorrência da redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesses de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de justiça (MENDES, 2002).

Assim, recomenda-se, no presente estudo, o alargamento da legitimidade de propositura das ações coletivas no Brasil, tendo como pilar de sustentação o exposto nos códigos do modelo ibero-americano, tanto de processo civil como de processo coletivo.

## 6. Considerações finais

Este estudo não teve a pretensão de esgotar a matéria sobre o caudaloso tema trazido à baila, mas apenas contribuir com uma visão atual a respeito dela e ampliar alguns pontos, como o estudo das propostas transnacionais que visam a modernizar ainda mais o direito processual. Verificamos, assim, a intensa preocupação que os estudiosos do Direito vêm dedicando ao acesso cada vez mais efetivo à Justiça, ou seja, a possibilidade de cada vez mais se obter a pronta solução dos conflitos, sejam eles de natureza individual ou metaindividual; esta visão representa a direta contraposição à falecida noção de que as portas do Poder Judiciário estão abertas para todos, tais quais as portas do Hotel Ritz, ou seja, estaria garantido o acesso meramente formal.

Outrossim, verificou-se que, no último quartel do século passado, operou-se no Brasil intensa atividade legiferante no sentido de transformar o direito processual; com efeito, a referida transformação, ao criar o sistema das ações coletivas, colocou o Brasil entre aqueles mais avançados, mormente no que diz respeito à tutela dos interesses metaindividuais. Quanto à expressão *ações coletivas*, resta claro que há divergências doutrinárias sobre essa designação. Preferimos, porém, utilizar a referida nomenclatura para denominar demandas que se refiram a direitos coletivos no sentido lato, diferenciando-as, assim, das ações de cunho individual.

Conforme exposto ao longo do estudo, a ação coletiva pode ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos.

Em vários países, têm-se adotado principalmente três espécies de legitimados para as ações coletivas: os indivíduos, os órgãos públicos e as associações. No sistema brasileiro, predominam os órgãos públicos, com destaque para o Ministério Público, embora estejam também previstas as associações e, limitados à ação popular, os cidadãos.

Vale ressaltar que, a despeito da grande evolução experimentada pelo direito processual coletivo, a aplicação prática dos institutos em vigor, notadamente nos últimos quinze anos, fez vir a lume a necessidade de reformas pontuais nesse sistema, visando à proteção cada vez maior dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mediante a ampliação do rol dos legitimados para promover a defesa em juízo de tais interesses.

Contudo, convém salientar ainda que as ações coletivas não foram ainda capazes, infelizmente, de impedir ou atenuar satisfatoriamente o número de ações judiciais, decorrentes de questões comuns, que assolam o Poder Judiciário. A busca de cada cidadão é a luta por uma sociedade equânime, cabendo ao Estado aperfeiçoar e modernizar a ordem jurídica de forma justa, célere e eficiente, com o apoio e a participação de todos.

Em última análise, trata-se de defender, como ensina Grinover (2003), “[...] os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da Previdência Social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e de seus anseios”, sem que óbices de natureza endoprocessual possam afastar a entrega efetiva da prestação jurisdicional.

## 7. Referências bibliográficas

ALVIM, José Manuel Arruda. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 31, 1979.

BRASIL. Constituição (1988). São Paulo: Atlas, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. *Rista di Diritto Processuale*, 1982.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça, juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARVALHO FILHO, J. S. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1999.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, abr./jun. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista dos Tribunais*, n. 732, out. 1987.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1991. (Terceira Série).

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, n. 78, ano 20, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### TJMG

Número do processo: 1.0400.04.012207-1/001(1)

Relator: EDGARD PENNA AMORIM

Relator do Acórdão: EDGARD PENNA AMORIM

Data do acórdão: 01/03/2007

Data da publicação: 27/04/2007

Inteiro Teor:

EMENTA: CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - MINISTÉRIO PÚBLICO - ART. 129, INC. III, DA CR - DEFESA DO MEIO AMBIENTE - LEGITIMIDADE ATIVA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADEQUAÇÃO - DESMATAMENTO FLORESTAL SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE - DANO AMBIENTAL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1 - A ação civil pública é a via adequada para postular o ressarcimento dos danos provocados pelo desmatamento de área verde de preservação permanente (Constituição da República, art. 129, inc. III). 2 - Na esteira de precedentes desta Corte, a fixação da indenização por danos ambientais deve orientar-se pelos critérios do art. 6º da Lei de Crimes Ambientais (9.605/98) quando faltarem outros elementos seguros de aferição daqueles danos, observando-se a gravidade do fato, diante de suas consequências para o meio ambiente e a situação econômica do requerido, ainda que aquele dispositivo legal esteja originariamente direcionado à aplicação de penalidade. 3 - Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0400.04.012207-1/001 - COMARCA DE MARIANA - APELANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): RENATO MARTINS ESTÊVÃO - RELATOR: EXMO. SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM

### ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 01 de março de 2007.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS  
O SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM:

VOTO

Registro o recebimento à guisa de memorial, de ofício da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, acompanhado de cópia de acórdãos deste eg. Tribunal.

Trata-se de ação civil pública com pedido de liminar, movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face de Renato Martins Estevão, objetivando o pagamento de indenização relativa a danos ambientais causados pelo réu, em virtude de desmatamento de áreas florestais de mata nativa e de preservação permanente. Requer, outrossim, a condenação do requerido ao reflorestamento da área danificada, bem como nas custas processuais e honorários advocatícios.

Adoto o relatório da sentença (f. 38/39), por exato, e acrescento que o i. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Mariana julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu a providenciar a retirada dos eucaliptos existentes no local desmatado e o ulterior reflorestamento da área danificada com espécies de mudas a serem indicadas em perícia, sem condenação de indenização pela infração cometida. Ao requerido, ainda, foi imputado o pagamento de metade das custas e despesas processuais.

Inconformado, apela o Ministério Público (f. 40/45), batendo-se pela reforma da sentença na parte em que exime o requerido do pagamento de indenização, ao argumento de que teria ele cometido crime ambiental.

Contra-razões apresentadas às f. 47/48, pela reforma do “decisum”, no que toca à obrigatoriedade da retirada do eucalipto plantado na área degradada.

Manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça (f. 54/57), da lavra do i. Procurador Geraldo Flávio Vasques, opinando pelo provimento do apelo.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Segundo consta dos autos, o apelado desmatou uma área aproximada de 05 hectares, sendo 01 hectare de área de preservação permanente, além de ter efetuado queimada de outros 05 hectares de uma fazenda na zona rural do Município de Mariana, conforme demonstra o boletim de ocorrência n.º 803161/03, tudo sem autorização das autoridades competentes.

O simples fato de provocar queimadas e desmatamento, sem autorização do órgão



competente, é suficiente para gerar ao apelado a obrigação de reparar o dano ambiental causado.

A Constituição da República de 1988 preceitua em seu art. 225, § 3º:

“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.

(‘Omissis’)

§ 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.” (Grifos deste voto.)

A Lei n.º 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), a seu turno, estabelece critérios para a imposição de penalidades que, ante a falta de outros elementos, podem ser adotados para fins de arbitramento de parcela indenizatória, conforme dispõe o art. 6º, “*verbis*”:

“Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.”

Como dito, o apelado efetuou o desmatamento de uma grande área de 05 hectares, aí incluído um trecho de 01 hectare de área de preservação permanente, além de ter provocado a queimada de outros cinco hectares do terreno de uma propriedade particular. Diante disso, a avaliação da extensão do dano causado para fins indenizatórios deve atender ao artigo “*supra*” citado.

Lado outro, pela análise do laudo pericial de f. 32/33, verifica-se drástica alteração no uso do solo, com plantio de eucalipto em toda a área queimada e, ainda que haja a possibilidade de recuperação da área - segundo informações do engenheiro florestal

responsável pela perícia - calcula-se que o reflorestamento em tela ocorrerá dentro de 10 a 15 anos.

Certo é que a extensão do dano ambiental é de difícil valoração, mas não deve ser desconsiderada em razão disso, para o que são relevantes as circunstâncias de o requerido haver suprimido da biota, por, no mínimo, 15 (quinze) anos, considerável cobertura verde nativa que tem papel determinante no equilíbrio ambiental da região, uma vez que, conforme consta dos autos, envolve mananciais de água.

Destarte, diante das conseqüências dos danos causados, mister se faz julgar procedente o pedido indenizatório, impondo ao réu obrigação pecuniária com caráter de reparação e de natureza pedagógica, juntamente com a condenação, de primeira instância, ao reflorestamento de toda a área degradada.

Quanto ao valor da indenização, não restou demonstrada, no curso do processo, a situação econômica do apelado, se se trata realmente de detentor de parques rendimentos.

De toda sorte, o “quantum” indenizatório não deve ser exorbitante, de modo a onerar excessivamente o causador do dano, que já arcará com o ônus de recuperação da área.

A propósito, calha transcrever a ementa do voto do em. Des. Wander Marotta, no julgamento unânime da Apelação Cível n.º 1.0400.04.012228-7/001, de 06/12/2005, em caso semelhante, “in verbis”:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - REGENERAÇÃO NATURAL DA ÁREA - SUBSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/81.

Constatado o desmatamento ilegal de área de preservação permanente, mesmo que a área se encontre em processo de regeneração natural, subsiste a obrigação de indenizar os danos causados. Tal indenização tem como parâmetros o dano provocado e a condição financeira do agente. Todas as medidas para possibilitar a ampla recuperação da área degradada devem ser tomadas pelo agente poluidor.”

Diante de todas estas circunstâncias e levando-se em conta a extensão da área desmatada, que revela um empreendimento de relevante valor econômico para fins de arbitramento do “quantum indenizatur”, parece-me razoável a fixação da indenização em torno de 10 (dez) salários mínimos.

Por fim, quanto ao pedido do recorrido, em contra-razões, para que lhe fosse permitido conservar os eucaliptos plantados na área, a resposta à apelação não é via adequada para se pleitear reforma da sentença.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso, para fixar a indenização no montante exato de R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), corrigidos desde a data deste julgamento.

Custas, pelo requerido, suspensa a exigibilidade na forma do art. 12 da Lei n.º 1.060/50.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e RONEY OLIVEIRA.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0400.04.012207-1/001

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO E A APLICABILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELAR REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CÉSAR AUGUSTO FARIA FREITAS  
Advogado

##### 1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 510.150 - MA (2003/0007895-7)  
RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX  
RECORRENTE : JOSÉ CÂMARA FERREIRA  
ADVOGADO : ERIKO JOSÉ DOMINGUES DA SILVA RIBEIRO E OUTROS  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso.
2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes.
4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de noveis demandas.
5. As conseqüências da ação civil pública quanto aos provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças.
6. *A fortiori*, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.
7. Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.
8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da

ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que:

A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

[...]

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85). (Alexandre de Moraes in “Direito Constitucional”, 9ª ed., p. 333-334)

10. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Data do Julgamento: 17 de fevereiro de 2004

MINISTRO LUIZ FUX  
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 510.150 - MA (2003/0007895-7)

RELATÓRIO: O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX(Relator) - José Câmara Ferreira insurge-se, via recurso especial, ao abrigo das alíneas “a” e “c”, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido em sede de Apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado (fl. 115):

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. INSUBSISTÊNCIA. LEIS 7.347/85 E 8.429/92. CABIMENTO DA AÇÃO. APELO PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E DETERMINAR O RECEBIMENTO DO FEITO.

I – É plenamente cabível a interposição de ação civil pública em face de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 7.347/86 c/c Lei 8.429/92, pelo que deve ser reformada a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, sob o fundamento de inadequação da via eleita e impossibilidade jurídica do pedido. Precedentes desta Corte de Justiça Estadual e do Superior Tribunal de Justiça.

II – Apelo provido para reformar a sentença e determinar o recebimento do feito.

Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão por ato de improbidade administrativa praticado por José Câmara Ferreira, à época, prefeito do Município de São José de Ribamar, consubstanciado na negativa do fornecimento de documentos referentes à execução orçamentária do FUNDEF, obstaculizando a atividade fiscalizatória do *Parquet*, e sob o fundamento de caracterizar-se conduta amoldada no art. 11, da Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), postulou a condenação do réu nas sanções do art. 12, III, de referido dispositivo legal.

O r. juízo monocrático extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, ante a inadequação da via eleita e a impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que a Ação Civil Pública não é o meio processual adequado para se obter condenação pecuniária por ato de improbidade administrativa, porquanto naquela a indenização pelo dano causado é revertida para um Fundo ao passo que, na ação por ato de improbidade, o ressarcimento é realizado em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, *verbis*:

[...] Pois bem. Segundo o entendimento contido no art. 3º, da Lei 7.347/85, a Ação Civil Pública ‘tem por finalidade a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de

fazer ou não fazer'. E mais adiante, em seus arts. 13 e 20, dispõe que: 'havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado, reverterá a um Fundo, gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais', vedada outra destinação. Já a ação de reparação de danos decorrente de atos de improbidade administrativa (art. 12, III, da Lei 8.429/92), tem por escopo o 'ressarcimento do dano, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a imposição de multa civil, a proibição de contratar com o poder público' etc. E o ressarcimento, é sempre, quase tudo, 'em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito' (Lei 8.429/92, art. 18).

[...] No caso concreto, melhor apreciando nos presentes autos o requerimento do Autor, à luz da lei processual, observo que, por expressa determinação legal, ambas as ações não se identificam.

Não guardam a mesma finalidade e não apresentam o mesmo objeto ou pedido. E nem se processam da mesma maneira, de acordo com as alterações sofridas pelo art. 17, da Lei 8.429/92, com as alterações da Medida Provisória n.º 2.088-36, reeditada em 23 de fevereiro de 2001.

Desse modo, mesmo sendo possível o Ministério Público intentar Ação Civil Pública fundada em fato que, em tese, possa ser também definido como de Improbidade Administrativa, o ordenamento jurídico não lhe autoriza processá-la segundo as determinações da Lei 8.429/92, nem pedir as condenações previstas nesse diploma legal. O pedido deve se ater aos limites do art. 3º, da Lei 7.347/85.

No caso concreto, a presente Ação Civil Pública, segundo a petição inicial, não cumpre os delineamentos legais, na medida em que tem por suporte a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). E o seu autor, o Ministério Público Estadual, pede, ao final, que seja julgada procedente a ação para ser condenado o Réu nas sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei 8.429/92.

Considero, assim, que encontra-se caracterizada a inadequação da via eleita, consoante prevê o parágrafo 11, do art. 17, da Lei de Improbidade, alterada pela citada Medida Provisória, estando, ainda, ausente uma das condições da ação, pela impossibilidade jurídica dos pedidos formulados, ante a vedação legal para sua concessão através dos estreitos limite (sic) da Ação Civil Pública, segundo o posicionamento já manifestado.

Irresignado, apelou o *Parquet* Estadual, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade, dado provimento ao recurso, nos termos da ementa supratranscrita.

Opostos embargos de declaração restaram os mesmos rejeitados ante a inocorrência de quaisquer omissões suscitadas pelo ex-prefeito Na presente irresignação especial, aponta o recorrente a violação aos seguintes dispositivos legais:

Lei 8.429/92. Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, 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, serão punidos na forma desta lei.

Art. 17. 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.

Lei n.º 7.347/85: Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

Código de Processo Civil Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

I-quando o juiz indeferir a petição inicial;

[...] omissis

IV-quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

[...] omissis

VI -quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...] omissis

Art.295 . A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

[...] omissis

V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

[...] omissis.

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

[...] omissis

IV- contiver pedidos incompatíveis entre si.

Alega que os atos de improbidade só podem ser punidos nos termos da Lei n.º 8.429/92, cuja ação segue o rito ordinário, sendo vedado utilizar-se da Ação Civil Pública, que possui regramento processual distinto (Lei n.º 7.437/85) e o objeto diverso, para referida finalidade, motivo pelo qual, *in casu*, restou a impossibilidade jurídica do



pedido e a inadequação da via eleita porquanto é ilegal pretender imputar as sanções por improbidade administrativa por meio do rito processual especial estabelecido para a ação civil pública;

Ainda, aponta dissídio jurisprudencial com julgados do STJ (RESP n.º 247.162/SP, RESP n.º 180620/SP e RESP n.º 94.298/RS) para afirmar a impossibilidade de a ação civil pública ter por objeto a condenação cumulativa em dinheiro e em obrigação de fazer ou não fazer.

Contra-razões apresentadas pelo *Parquet* Estadual pugnando pelo desprovimento do recurso sob os seguintes fundamentos:

a) A Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa se justifica porquanto visa tutelar a integridade do patrimônio público e a moralidade administrativa, direitos difusos de interesse de toda coletividade, não havendo qualquer incompatibilidade de postular a incidência das sanções previstas na Lei de Improbidade;

b) Não procedem os argumentos do recorrente quanto à diversidade de ritos procedimentais das Leis n.ºs 7.347/85 e 8.429/92 uma vez que o Ministério Público possui legitimidade para buscar a proteção do interesse difuso, *in casu*, a moralidade administrativa, adequando o direito material tutelado na Lei de Improbidade à instrumentalidade da Lei de Ação Civil Pública.

c) Ainda que inviável a utilização do rito da Ação Civil Pública, tendo em vista que a viabilidade procedimental é questão de ordem pública, cabendo ao juiz corrigir de ofício o procedimento escolhido, de acordo com o Princípio da Instrumentalidade das formas, não se declara a nulidade, por vício formal, se não houver prejuízos para as partes litigantes;

d) No que pertine à cumulação de pedidos, inexistente a alegada ofensa ao art. 3º, da Lei n.º 7.347/85, porquanto a própria Constituição Federal, em seu art. 37, possibilita a cumulatividade pretendida pelo recorrido;

e) Os acórdãos trazidos como paradigmas não se assemelham à situação jurídica retratada nos autos “pois em nenhum deles a ação civil proposta fora em defesa do patrimônio público e moralidade administrativa, tampouco baseou-se na Lei n. 8.429/92, oriunda do art. 37, § 4º, da Constituição Federal” (fl. 223).

Realizado o juízo de admissibilidade positivo, na instância de origem, ascenderam os autos ao E. STJ.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 510.150 - MA (2003/0007895-7)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso.

2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o mais adequado órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes.
4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de noveis demandas.
5. As conseqüências da ação civil pública quanto ao provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças.
6. *A fortiori*, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.
7. Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.
8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.
9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que:

A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

[...]

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com

o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85). (Alexandre de Moraes *in* “Direito Constitucional”, 9. ed., p. 333-334)

10. Recurso especial desprovido.

VOTO: O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, o recurso não merece ser conhecido pela alínea “c”, porquanto os acórdãos trazidos como paradigmas não se assemelham ao caso *sub judice*.

Isto porque, o acórdão recorrido concluiu pela possibilidade de, em sede de Ação Civil Pública, postular o enquadramento da conduta do agente público nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa, ao passo que os decisórios paradigmas trataram, tão-somente, da interpretação da Lei n.º 7.347/85, nada mencionando acerca da aplicabilidade, ou não, da Lei n.º 8.429/92.

No que pertine às suscitadas violações, a matéria federal foi devidamente prequestionada, motivo pelo qual, merece ser conhecido o recurso pela alínea “a”, do permissivo constitucional.

Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão por ato de improbidade administrativa praticado por José Câmara Ferreira, à época, prefeito do Município de São José de Ribamar, consubstanciado na negativa do fornecimento de documentos referentes à execução orçamentária do FUNDEF, obstaculizando a atividade fiscalizatória do *Parquet*, e sob o fundamento de caracterizar-se conduta amoldada no art. 11, da Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), postulou a condenação do réu nas sanções do art. 12, III, de referido dispositivo legal.

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se em definir se estaria legitimado o Ministério Público, por meio de ação civil pública, obter a condenação de ex-prefeito por ato de improbidade administrativa.

O recorrente alega, na presente irrisignação especial, que os atos de improbidade só podem ser punidos nos termos da Lei n.º 8.429/92, cuja ação segue o rito ordinário, sendo vedado utilizar-se da Ação Civil Pública, que possui regramento processual distinto (Lei n.º 7.437/85) e objeto diverso para referida finalidade, motivo pelo qual aduz que, *in casu*, restou caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido e a inadequação da via eleita porquanto é ilegal pretender imputar as sanções por improbidade administrativa por meio do rito processual especial estabelecido para a ação civil pública;

Deveras, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve alargamento do campo de atuação do *Parquet* que, em seu art. 129, III, prevê, como uma das funções

institucionais do Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos.

Em consequência o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, os quais não se enquadram nas categorias público e privado uma vez que tal dicotomia é insuficiente para caracterizar os denominados difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Impende ressaltar que a probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, *a fortiori*, difuso, motivo pelo qual resta o Ministério Público legitimado a ajuizar ação com o objetivo de tutelar referido interesse.

Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial ao enumerar condutas *contra legem*, sua exegese e sanções correspondentes, ao passo que a Lei da Ação Civil Pública é eminentemente instrumental.

Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia *erga omnes* da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de novéis demandas.

As consequências da ação civil pública quanto aos provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer a classificação quinária ou trinária das sentenças.

Consectariamente, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.

Axiologicamente, é a *causa petendi* que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e dos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Aliás, neste sentido, a doutrina de Alexandre de Moraes, in “Direito Constitucional”, 9. ed. , p. 333-334, *verbis*:

A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

[...]

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para a repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão do art. 12 da Lei 8.429/92. (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei n.º 7.347/85)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.

#### CERTIDÃO DE JULGAMENTO

##### PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0007895-7 RESP 510150 / MA

Número Origem: 18392002

PAUTA: 16/12/2003 JULGADO: 16/12/2003

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. GILDA PEREIRA DE CARVALHO

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

##### AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ CÂMARA FERREIRA

ADVOGADO : ERIKO JOSÉ DOMINGUES DA SILVA RIBEIRO E OUTROS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO: Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro José Delgado. Aguardam os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 16 de dezembro de 2003

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 510.150 - MA (2003/0007895-7)

VOTO-VISTA: O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO:

Examinei os autos e expressei a minha concordância com o voto do eminente relator. A ação civil pública visa, também, pedido de ressarcimento de dano ao erário por ato de improbidade administrativa.

A denominação dada à ação não é de importância para o que almeja a parte alcançar. O que predomina é o seu conteúdo.

É indiferente que seja proposta ação civil pública no lugar de ação de improbidade. O que importa é que o rito não seja sacrificado e que o devido processo legal seja respeitado integralmente.

Se a ação, embora denominada de ação civil pública, segue o rito ordinário e contém pedido condizente com a lei de improbidade administrativa, não é de se anular a apuração do fato em face dessa ocorrência.

Com razão o Ministério Público ao desenvolver, às fls. 221/223:

Alega o recorrente que o acórdão vergastado violou a literalidade dos artigos 1º e 17 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Quanto ao primeiro artigo porque este, segundo seu entendimento, traz em si uma norma cogente, onde “os atos de improbidade praticados por qualquer agente público... serão punidos na forma desta lei”, e não por outra lei.

Quanto ao art. 17, alegam que este prevê o rito ordinário, incompatível com o rito especial da Lei de Ação Civil Pública, via eleita pelo Ministério Público.

Ocorre que a adequação da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa se justifica por serem a integridade do patrimônio público e a moralidade administrativa direitos difusos, de interesse de toda a coletividade podendo ser tutelados

pela Ação Civil Pública sem qualquer prejuízo da aplicabilidade das sanções que a Lei de Improbidade Administrativa prevê.

A doutrina dominante assim tem se posicionado e Maria Sylvia Zanella de Pietro, em sua obra, preleciona:

“Aplicam-se, portanto, as normas da lei n. 7.347/85, no que não contrariam os dispositivos expressos da lei de improbidade” (in Direito Administrativo, 13ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001, p.680)

De outra parte, o recorrente entra em franca contradição quando afirma que a tese de que o Ministério Público não poderia intentar ação civil pública em razão de atos definidos como de improbidade administrativa está superada (fls.165 e 166). Em seguida, esclarece que a impossibilidade jurídica está em acoplar as peculiaridades desse diploma legal na ação civil pública, e em pedir a condenação do réu nas consequências ali previstas.

Assevera ainda, que o rito especial da Lei de Ação Civil Pública são incompatíveis com as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, de rito ordinário.

O problema para o recorrente é, em verdade, o rito procedimental.

Sim, porque se as duas leis tutelam o mesmo bem jurídico: a moralidade administrativa enquanto interesse difuso, espécie do gênero interesse público, e o recorrente, assim como a doutrina e jurisprudência admitem a legitimidade do Ministério Público para protegê-la, a questão está circunscrita à possibilidade de adequar o direito material tutelado na Lei de Improbidade Administrativa à instrumentalidade da Lei de Ação Civil Pública.

Quanto à possibilidade da cominação das Leis de Improbidade Administrativa e da Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa o escólio de Maria Sylvia Zanella de Pietro retrotranscrito é elucidativo. Porém, para que não restem dúvidas quanto a essa legalidade, atente-se para a questão do rito a ser observado nesses casos.

Em regra, o procedimento da ação civil pública segue o rito ordinário, podendo ser sumário de acordo com o disposto no artigo 275, I, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 275. Observa-se-á o procedimento sumário:

I - nas causas, cujo valor não exceder vinte vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

Dessa forma, a ação civil pública promovida, de acordo com o citado artigo, deverá seguir o rito sumário e não o especial. Ocorre que, embora a viabilidade procedimental seja questão de ordem pública, cabendo ao juiz corrigir de ofício o

procedimento escolhido pelo autor, o escopo da norma é vedar a utilização de rito processual mais gravoso para o exercício do direito de defesa do réu.

Portanto, o móvel da decisão do magistrado deverá ser a potencial ou efetiva lesão ao direito de defesa, de modo a preservar o princípio do contraditório, sob o aspecto da isonomia processual. Se não há qualquer prejuízo para a defesa, ainda que o rito não fosse o especificamente previsto para o caso concreto, não há porque se determinar correção ou indeferir-se a petição inicial.

Nesse sentido, esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

‘Não resultando prejuízo para a parte ré, inexistente nulidade pela adoção de procedimento ordinário em causa que, pelo seu valor, se deveria desenvolver pelo sumaríssimo’. (STJ – 3ª Turma, Resp 11.200/SP, Rel. Min. Dias Trindade, DJU 9.9.91, p. 12.201)

In casu, não há, sequer, potencialmente, qualquer prejuízo para o regular exercício da ampla defesa, muito pelo contrário, pois todas as oportunidades de defesa estabelecidas no rito previsto na Lei de Ação Civil Pública, que é o comum ordinário, foram observadas.

Refuta-se por último a alegação do recorrente de que a cumulação de pedidos de obrigação de fazer e não fazer com o pleito de condenação em dinheiro viola o disposto no artigo 3º, da Lei n. 7.347/85, que em seu entendimento, seriam pedidos incompatíveis entre si. Primeiramente, necessário observar a gênese da Lei n. 8.429/92, que não será outra, senão a nossa Constituição Federal. Atente-se para a dicção do art. 37, §4º, da CF, in verbis:

§ 4º- Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’.

Se a própria Constituição Federal possibilita a cumulação de pedidos que importem em sanções pecuniárias, suspensão de direitos políticos, assim como a perda da função pública, inexistente a alegada violação à lei federal, qual seja, art. 3º, da Lei 7.347/85, pois deve-se interpretá-la em conformidade com as normas constitucionais. Com clareza, Alexandre de Moraes assim preleciona:

‘A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de



improbidade, quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular’.

[...]

Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais.

Assim, não se pode negar que a Ação Civil Pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público, dos princípios constitucionais da administração pública e para repressão de atos de improbidade administrativa, ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão no art. 12 da Lei 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal e art. 3º da Lei 7.347/85). (Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, 9. ed. Pgs. 333/334) Grifou-se.

Pelo exposto, todas as alegações de violação aos artigos 1º, 17, da Lei n. 8.429/92, artigo 3º, caput, da Lei 7.347/85 e demais preceitos federais suscitados pelo recorrente não merecem acolhida por este Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Registro que a jurisprudência do STJ não diverge do entendimento acima exposto. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANOS CAUSADOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PREFEITO E OUTROS ENVOLVIDOS. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL FOI CONFERIDO EFEITO SUSPENSIVO. AGRAVO REGIMENTAL, INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DENEGADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- A matéria discutida no recurso especial está devidamente prequestionada no acórdão recorrido, em que se discutiu tema exclusivamente de direito, qual seja, a adequação da via processual eleita para o provimento judicial liminar requerido.

- O término do mandato de réu que ocupa o cargo de Prefeito Municipal não torna o recurso prejudicado, visto que, embora não seja necessária a restauração da liminar para afastá-lo do seu cargo, está em discussão também o afastamento dos demais agentes públicos e da decretação da indisponibilidade dos bens de todos os réus.

- A ação em que se examina ato de improbidade administrativa não tem caráter penal. O posicionamento adotado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco está completamente dissociado do conteúdo da lei, da jurisprudência e da doutrina sobre o tema, visto que é permitida a propositura de ação civil pública, com pedido de liminar, para a proteção do patrimônio público, com base na Lei de Improbidade Administrativa, ainda que um dos réus seja agente político. Conquanto seja viável, embora discutível, o entendimento de que o Tribunal de Justiça é o juiz natural de qualquer feito proposto contra Prefeito, nos termos do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, cessado o mandato, cessa a prerrogativa de foro.

Recurso Especial provido. (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, RESP 161322/PE (1997/0093741-0), j. 07/03/2002, DJ 16/09/2002 p. 00161).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOABILIDADE - PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12, III, DA LEI 8.429/92 – ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, OU ADEQUAÇÃO ENTRE A CONDUTA DO AGENTE E SUA PENALIZAÇÃO - CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO.

- O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, na hipótese de dano ao Erário. Obedecido o princípio da proporcionalidade, mostra-se correta a aplicação das penalidades previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.

- Precedentes do STJ. (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Recurso Especial 291747/SP (2000/0130201-9), j. 05/02/2002, DJ 18/03/2002 PG: 00176). grifos nossos.

Isso posto, como fez o eminente relator, nego provimento ao recurso. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2003/0007895-7 RESP 510150 / MA

Número Origem: 18392002

PAUTA: 16/12/2003 JULGADO: 17/02/2004

Relator

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

506

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ CÂMARA FERREIRA

ADVOGADO : ERIKO JOSÉ DOMINGUES DA SILVA RIBEIRO E OUTROS

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de fevereiro de 2004

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária

## 2. Razões

O Acórdão analisado atribui à Ação Civil Pública ampla aplicabilidade para tutelar direitos consagrados pela Lei de Improbidade Administrativa, reconhecendo tal instrumento processual como meio hábil para a atividade processual de atacar atos de improbidade cometidos por prefeito municipal, haja vista dispor a Lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade somente dos elementos materiais do direito, bem como as condutas, exegese e respectivas sanções, enquanto a Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) é de cunho eminentemente processual.

Com o fundamento de que para todo direito deve existir uma ação que lhe assegure, o Eg. Superior Tribunal de Justiça bem decidiu no sentido de confirmar a correta destinação do rito processual da Ação Civil Pública, que foi utilizada de forma a buscar o ressarcimento e reparações ao erário causado por prefeito municipal em flagrante improbidade administrativa, sob o fundamento de que a atividade de prefeito diz respeito a todos os integrantes da comunidade, reconhecendo-se assim, a utilização do direito coletivo, amparado pelo microsistema de tutelas coletivas para assegurar a correta aplicabilidade dos instrumentos processuais coletivos que se interfaceiam

de forma a assegurar a efetividade processual ao envolver todos os membros da comunidade através de uma só demanda jurisdicional coletiva.

Assim, se reconheceu, de forma acertada e correta pela existência, vigência e a ampla aplicabilidade do microssistema de tutela dos interesses coletivos formado pela lei de improbidade administrativa, da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, com amparo nas disposições constitucionais que ressaltou tais direitos e na mais abalizada doutrina.

### 3. Justificativa

O tema ora analisado foi objeto de correta interpretação e aplicação pelo Eg. STJ, sendo que reconheceu e deu ampla aplicabilidade e efetividade ao microssistema de tutela jurisdicional coletiva, formado pela integração completa que existe entre a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pelo disposto em seu artigo 21 e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) pelo disposto no artigo 90.

Tal microssistema é uma das bases fundamentais do Direito Processual Coletivo Brasileiro, formado a partir da integração dos dispositivos legais mencionados, atribuindo embasamento legal para a ampla operabilidade do sistema de tutelas coletivas, novo ramo jurídico cuja criação e aprimoramento está se desenvolvendo no Brasil, país que está na vanguarda da criação e aplicação do Direito Processual Coletivo, inclusive, contando com o apoio da jurisprudência que se fortalece no mesmo sentido, conforme acórdão em comento.

### 4. Finalidade

Ao analisar o assunto, entende-se que a decisão se mostra bem fundamentada e bastante didática ao afirmar, conforme item 8 da Ementa, cuja relatoria é da lavra do ilustre Ministro Luiz Fux:

8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

O sistema jurídico brasileiro vem sendo alterado especialmente em função da mudança de paradigma jurídico-processual, resultando na implantação e implementação dos microssistemas setorizados de grupos cada vez mais delineados, com direitos específicos a serem tutelados, demandando uma atenção cada vez maior do Poder

Judiciário na condução do procedimento de forma a garantir a efetiva, célere e satisfatória prestação jurisdicional, em resposta aos anseios sociais, não mais se podendo conceber simplesmente a existência de demandas individuais e singulares a serem tuteladas, conforme a visão liberal individualista que amparou a criação do CPC/1973, dotado de uma estrutura fechada e impermeável para solução de conflito interindividuais.

Nesse passo, o surgimento das tutelas transindividuais mostra-se como imperativo do processo evolutivo da ciência jurídica, sendo um novo ramo do Direito que surge para solucionar conflitos massificados eminentemente os de característica social, conforme esclarecedora lição de Almeida (2007, p. 31):

A partir das décadas de 1960 e 1970, são implementados no Brasil os denominados microssistemas, designados, muitas vezes, como estatutos. Essas novas leis, das quais soa exemplos típicos o ECA e o CDC, desafiam os civilistas, já que são traçadas por intermédio de uma nova metodologia legislativa com finalidade própria de um Estado promocional de valores e políticas públicas por meio do Direito; utilização de expressões setoriais com o abandono do caráter universal e precisão lingüística das codificações clássicas; regulamentação exaustiva e extensa das matérias, de forma a abranger questões do direito material, do direito processual, do direito material penal, do direito administrativo, abrangendo vários ramos do Direito dentro de uma concepção multidisciplinar e transversal; reconhecimento de novos sujeitos dos direitos com a implementação de tutela jurídica de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Houve um deslocamento do centro de gravidade do direito privado, simbolizado pelo Código Civil, que era composto por um corpo legislativo monolítico, daí a denominação monossistema, para uma nova realidade caracterizada pela fragmentação jurídica em decorrência da pluralidade de estatutos autônomos, o que veio a configurar a existência de um polissistema.

Dessa forma, a legislação microssistemizada ou setorizada é dotada de maior mobilidade, que permite uma interação mais dinâmica com as pessoas por ela tuteladas. O processo dos direitos massificados é delineado por princípios gerais que lhes proporcionam maior flexibilidade e adequação, por se mostrarem em melhor consonância em razão da preponderância do diálogo entre as fontes existentes e previstas em cada lei do microssistema, de forma a incentivar a interface entre eles em busca de uma justiça mais efetiva. Assim também leciona Cruz e Tucci:



No atual sistema processual brasileiro, dentro do contexto da denominada tutela jurisdicional das liberdades, o microsistema formado, em particular pelas leis que regulamentam o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e ação para proteção dos investidores do mercado de capitais tem regras próprias que interagem com a legislação processual codificada, mantendo com essa um estrito relacionamento no que se refere ao procedimento e às peculiaridades processuais.

O denominado *cidadão indiferenciado*, a quem os códigos se dirigiam já não subsiste. Lado outro, o que se percebe é a existência dos anseios do indivíduo singularmente reconhecido, que procura tutela inserindo-se em grupos com estatuto próprio que melhor abarque suas necessidades. Tais mudanças ocorreram especialmente após a transformação do Estado Social de Direito, em Estado Democrático de Direito, eminentemente após a Constituição Federal de 1988, que se fulcra na transformação da realidade social com justiça, bem como na efetividade processual, conseqüência de um acesso à ordem jurídica justa, conforme preleciona Kazuo Watanabe.

## 5. Comentário

A principal conquista e desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a tratar o fundamento para os direitos coletivos como sendo direitos e garantias constitucionais fundamentais. Assim também com referência ao direito processual coletivo, que passou a ser objeto de proteção magna, não mais passível de restrição ou desconsideração pelo legislador, bem como pelo julgador. A aquisição do status de garantia fundamental constitucional, e mostra-se, no entendimento de Bonavides (2002, p. 531), “[...] uma conquista dessa envergadura faria constitucionalmente irrevogáveis os grandes progressos já obtidos para a construção da Sociedade justa, livre e igualitária a que todos aspiram”.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio é dotado de uma tutela coletiva de direitos que, além de ser a mais avançada do mundo, assume também dignidade constitucional, para servirem como “[...] instrumento potencializado de resolução de conflitos coletivos ocorridos no mundo da concretude e de efetivação material do Estado Democrático de Direito Brasileiro” (ALMEIDA, 2003, p. 270).

O direito processual coletivo aparece como um novo ramo do direito processual pelas disposições da Constituição de 1988, nos artigos 1º, 5º, incisos XXXV, LXX, LXXI, LXXIII, artigo 14, §§ 10 e 11, artigo 37, § 4º, artigo 114, § 2º, artigo 129, III e § 1º, artigo 102, I, a, §§ 1º e 2º, artigo 103, §§ 1º, 2º e 3º, artigo 125, § 2º, entre outros.



O Direito Processual Coletivo é estruturado por meio dos microssistemas de tutela coletiva, ressaltando Almeida (2007, p. 47-48), dentre outros, o CDC, Lei nº 8.078/90, que é um microssistema principiológico de defesa do consumidor, a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do Meio Ambiente e a Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, as quais formam um microssistema básico de proteção ambiental; a Lei nº 8.245/91, que é a Lei do inquilinato; a Lei nº 6.515/77, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento; a Lei nº 8.069/90, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei nº 10.741/200, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso.

Dessa forma, a decisão comentada mostra-se precisa e no mesmo sentido da evolução científica do Direito, uma vez que deu ampla aplicabilidade e amparo à interface, ao diálogo das fontes para permitir o processamento de uma lesão ao erário, flagrante ato de improbidade administrativa por meio das disposições processuais pertencentes à Ação Civil Pública, em expressa menção ao microssistema processual das tutelas coletivas. Assim, bem amparada pela melhor doutrina, conforme Nery Júnior e Nery (2005, p.1.462):

Integração dos sistemas da LACP e do CDC. Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Tít. III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º VI). Este instituto, embora se encontre ‘topicamente’ no Tít. I do Código, ‘é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Outro ponto que merece destaque é a atuação do Ministério Público, especialmente ao bem aplicar as disposições e princípios dos microssistemas processuais de tutelas coletivas em busca da efetiva aplicação do direito material, por meio de um procedimento que se mostra consentâneo com a realidade social e satisfaz, de forma eficiente os anseios da coletividade, em atendimento aos seus princípios estruturantes da defesa da sociedade, pela titularidade dos direitos difusos, coletivos, transindividuais e individuais homogêneos. Nesse sentido, a lição de Gomes Júnior (2005, p. 35), com amparo nos ensinamentos de Mazzilli para quem:

[...] nas Ações Coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos lato sensu (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada.

## 6. Conclusão

Todas as mudanças de paradigmas e evoluções da ciência jurídica processual são no sentido de tornar efetivamente concreta a realização da justiça, em atendimento aos desígnios do Estado Democrático de Direito, princípio em que se funda a ordem jurídica. Além do acesso à Justiça, o que se preza ultimamente é a efetividade da prestação jurisdicional constitucionalmente estabelecida, desde o advento da CF/88, que determina, mais que o acesso à Justiça, um direito a uma ordem jurídica justa, conforme os ensinamentos de Watanabe e Cappelletti.

Eis, pois, a busca por uma aplicação procedimental que seja adequada e eficaz para se concretizar o direito material garantido de forma efetiva. O desenvolvimento da dogmática processual deve ser no sentido de se realizar de forma concreta o direito posto, conforme Bedaque (2003, p. 52): “Diante da realidade material das novas conquistas verificadas no plano dos direitos - criar modelos processuais compatíveis, aptos a solucionar essa gama enorme de novos conflitos, até então inconcebíveis. Para ser justo, não pode o processo prescindir das diferentes realidades litigiosas”.

Os antigos entraves filosóficos da concepção liberal ultrapassada não podem hodiernamente servir de empecilho para a ampla tutela coletiva, sob o fundamento do pensamento individualista, que há muito foi ultrapassado pelos ideais do Estado Democrático de Direito como forma de buscar a Justiça como vetor de uma efetiva construção da ordem jurídica orientada no sentido de promover a transformação da realidade social.

Em que pese a grande evolução da tutela coletiva brasileira, amparada pela Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, ampliada pela Constituição de 1988, integrada pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, dentre outros diplomas, o que se demonstra é que o direito processual coletivo ainda está em crescimento em busca da transformação da realidade social. Apesar da significativa evolução desta área do direito processual, que acaba de surgir, tendo a doutrina brasileira como sua grande precursora, muito mais necessita ser feito em busca da efetiva concretização e aplicabilidade do direito processual coletivo brasileiro, cuja organização e sistematização em um Código de Direito Processual Coletivo Brasileiro mostra-se deveras oportuna, inclusive contando com a colaboração, análise e estudos de diversos juristas.



## 7. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Direitos transindividuais: conceito e legitimidade para agir. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 331, p. 12, maio 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

#### 4. TÉCNICAS

##### 4.1 TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

EDER DA SILVA CAPUTE  
Promotor de Justiça

Considerando o disposto no art. 196 da Constituição da República de 1988, segundo o qual “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”;

Considerando o disposto no art. 197 da Constituição da República de 1988, segundo o qual “[...] são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”;

Considerando que incumbe ao Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

Considerando que a fiscalização do Sistema Único de Saúde constitui função institucional do Ministério Público;

Considerando o elevado número de pessoas, residentes no Município de XX, portadoras de transtornos decorrentes de álcool e outras drogas;

Considerando a necessidade urgente do Município disponibilizar serviços adequados ao tratamento dos distúrbios decorrentes de álcool e drogas;

Considerando o disposto nas Portarias do Ministério da Saúde nº 336/GM, de 19/02/2002; 189, de 20/3/2002 e 245/GM, de 17/02/2005;

Considerando que a Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, estabelece em seus artigos 22, 23 e 28, § 7º, entre outros, que “[...] as redes dos serviços de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios desenvolverão programas de atenção ao usuário e ao dependente de drogas, respeitadas as diretrizes do Ministério da Saúde” e que “[...] o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição

do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferentemente ambulatorial, para tratamento especializado”;

Considerando a possibilidade de instalação no município do Centro de Atenção Psicossocial – CAPS, destinado a pacientes com transtornos decorrentes de álcool e drogas;

Considerando, por fim, as sérias dificuldades de tratamento no Município;

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por seu Promotor de Justiça no exercício de suas atribuições legais – Curadoria de Defesa da Saúde e a anuência do Poder Judiciário de Minas Gerais, por meio do MM. Juiz de Direito da Comarca de XX, de um lado, e, de outro, o Município de XX, por seu Prefeito Municipal, XX, seu Secretário de Saúde, XX; e o Procurador do Município XX; resolvem firmar o presente compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual se regerá pelas seguintes cláusulas:

1ª) O Município de XX se compromete a instalar no município o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS ad, destinado ao tratamento de pacientes com transtornos decorrentes de álcool e drogas, em conformidade com as exigências das Portarias do Ministério da Saúde, já mencionadas, e demais regramentos pertinentes;

2ª) O Município de XX se compromete a efetivar a instalação e disponibilização à comunidade do serviço mencionado na cláusula primeira no máximo até o final do primeiro semestre de 2007, tomando para tanto todas as providências necessárias junto aos órgãos competentes do Ministério da Saúde e da Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais;

3ª) Fica fixada multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) por descumprimento pelo Município dos compromissos assumidos nesse ajustamento de conduta, sendo que os valores reverterão a XX;

4ª) O presente Compromisso de Ajustamento de Conduta, terá força de título executivo extrajudicial, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e poderá ser revisto na eventualidade de ser firmado outro compromisso entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Município de XX.

E, por estarem de acordo com as cláusulas retrotranscritas, firmam o presente compromisso em três vias de igual teor e valor, para todos os efeitos legais.

XX, 19 de dezembro de 2006.

## SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO

### SUBSEÇÃO I – DIREITO CONSTITUCIONAL

#### 1. ARTIGOS

##### 1.1 A TRANSCENDÊNCIA DA COISA JULGADA E A AMPLIAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito pela UGF-RJ

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá-RJ

Professor de Direito Penal das Faculdades Integradas Vianna Júnior – Juiz de Fora-MG

**SUMÁRIO:** 1. Teorias legitimadoras do controle de constitucionalidade 1.1. A natureza da jurisdição constitucional (conceito, fins, funções e explicações plausíveis) 1.2. A jurisdição constitucional. 2. Teorias deslegitimadoras. 2.1. A defesa da Constituição 2.2. A dificuldade de defender o controle judicial das leis 2.3. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. 3. O problema da interpenetração entre direito e política – Constituição e democracia. 3.1. Direito e política – impera o direito sobre a política? 3.2. Relação entre Constituição e Democracia 3.3. A verdade moral da interpretação constitucional. 4. Controle de constitucionalidade e a transcendência da coisa julgada. 4.1. A ampliação do controle de constitucionalidade pela transcendência da coisa julgada. 5. Referências Bibliográficas.

#### 1. Teorias legitimadoras do controle de constitucionalidade

##### 1.1 A natureza da jurisdição constitucional – conceito, fins, funções e explicações plausíveis<sup>1</sup>

Em sentido amplo, jurisdição constitucional é todo procedimento judicial de controle de constitucionalidade dos atos estatais. Inclui todas as formas de controle (concentrado, abstrato, concreto e todos os órgãos judiciários). Dentre as funções da jurisdição constitucional, destacam-se: a) o pronunciamento sobre a repartição de competências legislativas; b) uma função política, ou seja, a de regular a distribuição do poder; c) função normativa própria, por via jurisprudencial, na produção da lei e do Direito Constitucional. Essa terceira função constitui-se naquela da criação de normas com valor constitucional, ou Direito Constitucional material-jurisprudencial<sup>2</sup>. Essa

<sup>1</sup> Sánchez (1998).

<sup>2</sup> Para Sánchez (1998), há uma característica da jurisdição constitucional, em virtude da qual, lhe parece

questão indica a transcendência da jurisdição constitucional, ou seja, a sua função de *interpretação criadora*, no plano constitucional, o que realça a questão da conciliação entre *justiça constitucional e democracia*, ou seja, o capital problema da legitimidade da jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional aplica um procedimento judicial de controle. Isso implica operações de interpretação, apreciação e sanção. Essa última é a anulação do ato estatal questionado. Trata-se de um monopólio dos juizes. O ponto decisivo e de maior complexidade é o de interpretação do texto constitucional. Isso pressupõe um silogismo: uma norma constitucional, um litígio e uma conclusão ou decisão pela anulação ou validade da lei. O controle de constitucionalidade, entretanto, perde sua evidência, sob o peso de saber sob qual norma de referência, constitucional ou não, se efetiva o ato estatal submetido a controle. É possível que nenhuma das normas decisivas para o processo de controle forme parte da Constituição. É freqüente, inclusive, o uso de *normas não escritas*, dado que um bom número de direitos fundamentais são criações exclusivas da jurisprudência constitucional. Outro tanto ocorre com um bom número de *princípios e valores* ou com os intermináveis desenvolvimentos do princípio da igualdade. Essa complexa realidade constitucional apresenta questões cardinais reiteradas: a transformação do Direito Constitucional pela jurisdição constitucional e o problema da legitimidade democrática da ação das jurisdições constitucionais.

O controle que é próprio da jurisdição constitucional recai sobre atos estatais. Corresponde, entretanto, a cada ordem jurídica definir os atos submetidos a ela. Em primeiro lugar, estão submetidas às leis formais, bem como atos com força de lei (decretos legislativos, decretos-leis etc.); também o estão as *decisões judiciais*<sup>3</sup>. Nesse controle se encontram em choque duas funções clássicas do Estado: legislar e julgar. Os fins básicos desse controle são: depuração do ordenamento pela exclusão de normas inconstitucionais; purificação da lei; garantia dos direitos e liberdades fundamentais; arbitragem de conflitos e organização territorial do poder<sup>4</sup>.

Aos fins escritos da jurisdição constitucional, somam-se outros três fins não escritos: a) participação no processo legislativo; b) criação de normas no plano legislativo

evidente o poder normativo do juiz constitucional, caracterizado por cobrir dois níveis de criação (lei e processo de produção).

<sup>3</sup> Somente escapam a dito controle os atos das pessoas físicas ou morais atentatórios aos direitos fundamentais.

<sup>4</sup> Esses fins se entrelaçam e, em muitos casos, a função de controle de constitucionalidade das normas serve de instrumento à finalidade garantista de direitos e liberdades. O Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) apreciou, entre 1981 e 1991, matérias do sistema de fontes (com fim depurativo, tão somente), matérias de organização territorial do Estado, matérias de direitos e liberdades, com finalidade garantista. O TCE tem, assim, um fim depurador. Esse fim não é o predominante, porém, nas estatísticas do TCE, mas, sim, o garantista. O fim de garantir direitos fundamentais, então, torna-se convergente na jurisdição do TCE. Esse fenômeno também é corrente nos Tribunais da Alemanha, Áustria, Itália e França.



e judiciário; c) a constitucionalização de todos os ramos do direito. Esse último fenômeno caracteriza-se como uma *revolução jurídica*, no sentido da passagem do império da lei para a Lei Suprema e para o Constitucionalismo Normativo. Isso implica uma *metamorfose do direito*, por força da atuação da jurisdição chamada a defender a Constituição.

Para Hamilton (1993), a interpretação das leis é a própria e peculiar atividade dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental. Aos juízes cabe a determinação do seu significado. A supremacia do povo cobre a supremacia da Constituição, o que justificava o poder dos juízes frente ao legislador, cuja limitação, em um contexto de contenção da democracia, era desejável para os pais fundadores. Sieyès (1939) sustentou a necessidade de instituir-se um *national jury*. Para ele, o jurado constitucional seria um equivalente do Tribunal de Cassação, operando no Estado Constitucional. O constitucionalismo é representação. Os membros da nação devem limitar-se a eleger quem exercerá seus direitos reais, começando pelo direito de exercitar o poder constituinte. Em Kelsen (2003), o controle de constitucionalidade funciona como *limitação técnica* da jurisdição constitucional. Trata-se de uma medida técnica para assecuração do exercício das funções estatais<sup>5</sup>.

A *revisão judicial* impõe problemas, mormente no que diz respeito à invasão do poder legislativo pelo judiciário. O Tribunal Federal suíço, por sentença de 27.10.1990, impôs ao *Cantão de Appenzell* legislar a favor do sufrágio feminino. Igualmente, o Tribunal Constitucional alemão freqüentemente define os limites dentro dos quais o legislador deve mover-se, encerrando o *Bundestag* em uma densa rede de regras. Igual fenômeno ocorre na Itália, com a emissão de sentenças-lei e *sentenças-endereço*<sup>6</sup>.

A justificação desses posicionamentos dá-se por enquadramentos como o do *constituente secundário*, ou seja, por uma *teoria realista* de interpretação constitucional (MICHEL TROPER, 1975) para quem toda interpretação é criativa, ato de vontade pelo qual o intérprete recria o texto, o qual carece de sentido objetivo antes do labor interpretativo. A essas concepções, situam-se posições contrárias, especulando com o *paradoxo do juiz constitucional*: isso quer dizer que leis votadas por legisladores e que se presumem expressar a vontade do povo, devem ser submetidas a controle judicial. O juiz constitucional se encontra, então, obrigado a implantar posições antimajoritárias,

<sup>5</sup> A norma fundamental de Kelsen (2003) torna-se problemática como justificadora da legitimidade do Legislador Originário. A jurisdição constitucional teria por função apenas a de assegurar a regularidade das funções estatais; não para fazer valer a vontade do povo frente a seus representantes.

<sup>6</sup> O Tribunal Constitucional age, assim, como verdadeiro *legislador positivo* e como co-legislador. Esse fenômeno coloca-se como um dos problemas fundamentais do Direito Constitucional contemporâneo, em virtude da expansão e potência das jurisdições constitucionais.



quando, por exemplo, deve proteger os direitos fundamentais do indivíduo contra as lesões a ditos direitos que resultam da vontade da maioria parlamentar<sup>7</sup>.

Crisafulli (1978) afronta o plano da legitimidade das jurisdições constitucionais, afirmando que a plena legitimidade democrática não pode dar-se em favor de nenhum dos modelos de jurisdição constitucional. O Tribunal Constitucional encontra fundamento no *princípio democrático*<sup>8</sup>.

Outra ordem de argumentos está no aspecto dinâmico da jurisdição constitucional, adaptando-se à cambiante realidade. O conceito de *democracia contínua*, elaborado na França, por Dominique Rousseau, pressupõe, na atualidade, a aparição dos Tribunais Constitucionais. Essa democracia contínua dá espaço à participação popular, permitindo um controle contínuo e efetivo da ação dos governantes fora dos momentos eleitorais. O juiz constitucional é um dos representantes da democracia. A lei deve ser expressão da vontade geral e, assim, deve estar de conformidade com aquela vontade. Os juízes, por sinal, contribuem com a democracia, ao expressarem-se mediante a construção de uma jurisprudência<sup>9</sup>.

Esse posicionamento implica uma relativização da lei, voltada não à vontade parlamentar, senão como vontade geral, ou seja, como processo de depuração de interesses inconstitucionais. A lei passa a ser entendida não somente como ato do Governo e do Parlamento, mas, igualmente, como *comunidade de intérpretes da Constituição*, cujo canal é o juiz constitucional. A defesa dos direitos fundamentais constitui-se na obra base de apoio da jurisdição constitucional.

Esse posicionamento corresponde ao paradigma de Habermas (1999), pelo qual a comunicação e argumentação constituem-se em novos processos de legitimação e de modernidade. O direito legítimo é aquele surgido da formação da opinião e da vontade mediante a discussão entre cidadãos livres e iguais em direito. A lei é, então, fruto da vontade geral. A democracia passa a ser concebida como *comunidade de intérpretes da constituição*. A defesa dos direitos fundamentais constitui outra base capital de apoio da jurisdição constitucional na produção concorrente da lei e na *democracia contínua*. Há um enfoque para o *ativismo do juiz constitucional*.

Junto à explicação vazada na democracia contínua, uma outra explicação plausível é a da contextualidade. É dizer, a força do contexto determinado pelo poder criador do

<sup>7</sup> Contra esse posicionamento objeta-se que, quando o juiz constitucional anula uma lei por inconstitucionalidade, não incorre em paradoxo, senão, ao contrário, restaura a coerência entre a vontade suprema do soberano, fonte primeira do Direito, a obra dos seus representantes.

<sup>8</sup> Crisafulli (1978) admite um certo *deficit* de legitimidade constitucional, justamente, para que possa funcionar como controlador das Assembléias Legislativas.

<sup>9</sup> A existência da democracia constitucional modifica o conceito e a realidade da democracia no nosso tempo.

juiz constitucional não se equipara à mera influência da opinião pública. Para Sánchez (1998), com efeito, os problemas da natureza da jurisdição constitucional somente podem ser resolvidos a partir das explicações plausíveis expostas: o contexto de *instâncias múltiplas de interpretação constitucional* e a concorrência de intérpretes devem ser avaliados. A legitimidade última juiz constitucional está em que no exercício dessa jurisdição, realiza uma defesa da vontade do povo soberano. Essa palavra não é nunca a última. Pode ser modificada por reforma constitucional ou anulação. A *função criadora* do tribunal está em antecipar, por via da necessidade, normas constitucionais de reforma. O alargamento material da constituição, por via jurisprudencial, nunca pode cobrir uma constituição formal.

## 1.2. A jurisdição constitucional<sup>10</sup>

A garantia da constituição tem por fim o exercício regular das funções estatais. Legislação e execução não são funções que se repelem de maneira absoluta, como sendo a criação e aplicação do direito. O processo de criação do direito passa pelo direito internacional, pela constituição, e chega à lei e regulamento. A legislação, com relação à Constituição, é aplicação do direito.

A Constituição é norma geral, assim como a lei e o decreto. A sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. A regularidade, então, é o processo de aplicação e reprodução do direito, em correspondência com um grau superior da ordem jurídica. As garantias da Constituição se devem a questões teóricas e políticas. Nas monarquias constitucionais, por exemplo, a modificação da Constituição, sendo mais difícil, poderá implicar no deslocamento do poder. O monarca, assinando a lei, atestaria a sua constitucionalidade. A idéia da retirada dos órgãos de aplicação do direito o exame da constitucionalidade das leis, e de que se deve conceder aos tribunais, no máximo, o exame da regularidade da publicação das leis, e que a garantia da constitucionalidade está tutelada pelo chefe de Estado (monarca), tem origem na doutrina da monarquia constitucional.

A questão da garantia da Constituição (ou seja, da regularidade dos graus da ordem jurídica em relação de subordinação), pressupõe a noção de Constituição. Uma teoria hierárquica da ordem jurídica está em condições de proporcionar a resolução do problema<sup>11</sup>. A Constituição implica, então, no princípio supremo determinando a ordem estatal e a essência da comunidade constituída por esta ordem. Ela é, assim, o fundamento do Estado. A Constituição traça limites e princípios para o conteúdo das leis vindouras. Nela há uma regra de fundo (por exemplo, não se poderá votar leis que atentem contra o direito à liberdade). Assim, pode haver violação a ela

<sup>10</sup> Kelsen (2003).

<sup>11</sup> A noção de Constituição pressupõe a idéia de hierarquia das normas jurídicas.



quando se votam leis com diretivas contrárias ao seu conteúdo ou ao procedimento previsto para a criação da lei. Os atos individuais também podem ser contrários à Constituição. Se uma lei estabelece a expropriação, sem indenização, seria inconstitucional e ultrapassaria os limites traçados pela Constituição. É natural que se pusesse em movimento mecanismos contra atos ilegais dessa natureza. Os tratados internacionais também devem se conformar com a Constituição. Um tratado poderia ser inconstitucional por causa de seu conteúdo ou por causa do procedimento da sua elaboração. Se uma lei, mesmo que constitucional, contradiz um tratado, é ilegal<sup>12</sup>. São *garantias preventivas*<sup>13</sup> as que tendem a evitar a produção de atos irregulares e *repressivas*<sup>14</sup> as que se voltam contra o ato irregular já produzido. A anulabilidade é a possibilidade de que o ato desapareça, juntamente com suas conseqüências. A anulação de uma lei pode dar-se *pro futuro* ou ser precedida por uma *vacatio*.

A garantia da regularidade das funções estatais é representada pela anulação, a mais eficaz garantia da Constituição. Isso não importa em se considerar outros meios de assegurar a regularidade dos atos que lhe são subordinados<sup>15</sup>. Um *tribunal constitucional* é o órgão mais indicado para realizar o exame da constitucionalidade das leis votadas pelo Parlamento. A isso não se opõe a questão da soberania dos Poderes do Estado. É, ao contrário, uma afirmação deste princípio, pois, impede a concentração de poder. Um tribunal constitucional teria independência diante do Parlamento. O legislativo deve ser controlado pela jurisdição constitucional. A atividade deste órgão, como *legislador negativo*, está totalmente vinculada pela própria Constituição<sup>16</sup>. A organização da jurisdição constitucional deverá atender ao seguinte: o número de membros não poderá ser elevado<sup>17</sup>; o recrutamento deveria atender à eleição pelo Parlamento, após indicação pelo governo; a formação dos juízes deverá ser técnica sem descarte de membros escolhidos por critérios políticos.

As *leis inquinadas de inconstitucionalidade* são o objeto da jurisdição constitucional. Igualmente, todos os atos que se revistam da qualidade de lei (orçamento, por exemplo). Uma resolução, da mesma forma, se votada para impedir o controle de

<sup>12</sup> Assim, por exemplo, uma lei que autorize a expropriação dos bens de um estrangeiro, sem indenização, seria inconstitucional.

<sup>13</sup> É preventiva a garantia sobre a organização de um tribunal. Esta organização, ademais, é a única forma de distinção entre jurisdição e administração.

<sup>14</sup> Por exemplo, a nulidade ou anulabilidade. Quanto aos atos das autoridades submetem-se ao princípio da auto-legitimação, ou seja, a sua regularidade ou irregularidade não deve ser decidida pelo cidadão, mas pela própria autoridade que o produziu. A nulidade dos atos irregulares é, em síntese, uma garantia da Constituição.

<sup>15</sup> Por exemplo, é pensável a responsabilidade civil ou penal da autoridade (chefe de Estado, Ministro) que pôs o ato. Igualmente, a responsabilidade pecuniária.

<sup>16</sup> Este tribunal seria como qualquer outro tribunal: aplica o direito e 'somente em pequena medida criação do direito'.

<sup>17</sup> Este tribunal deverá atender a uma missão puramente jurídica de interpretação da constituição.

constitucionalidade, deverá ser apreciada pelo tribunal constitucional. A competência dessa jurisdição também deve estender-se aos decretos. “O ponto central na determinação da competência da jurisdição constitucional é, de fato, delimitá-la de maneira adequada em relação à competência da jurisdição administrativa que existe na maioria dos Estados” (KELSEN, 2003)<sup>18</sup>.

Porém, apenas as normas jurídicas que emanam exclusivamente das autoridades públicas deverão ser apreciadas pelo tribunal constitucional<sup>19</sup>. Os tratados internacionais, igualmente, sujeitam-se àquele controle. Os atos jurídicos individuais, produzidos pelas autoridades administrativas não devem ser submetidos ao tribunal constitucional. Os atos individuais de chefes de Estado, porém, devem submeter-se ao tribunal. Este, por fim, poderia ser encarregado do julgamento de ministros de estado. As normas a serem apreciadas seriam as normas em vigor no momento em que se toma uma decisão. Uma norma já ab-rogada, porém, poderá ser declarada inconstitucional. Nos casos gerais, no entanto, somente uma *lex posterior* à Constituição deverá ser analisada quanto à inconstitucionalidade.

Os atos imediatamente subordinados à Constituição são aqueles que deverão ser sindicados. Uma lei ordinária que contrarie um tratado internacional, igualmente, pode ser declarada inconstitucional, isso pelo primado da ordem jurídica internacional. Ficam excluídas outras normas denominadas *suprapositivas*. Postulados que não foram incorporados às normas jurídicas não são juridicamente obrigatórios. Os princípios de justiça, liberdade, igualdade, etc., são *perigosos* e não acrescentam nada ao estado real do direito. Então, o tribunal não poderia anular uma lei sob a consideração de ser injusta<sup>20</sup>.

A decisão do tribunal constitucional deverá culminar com a anulação da lei. Nada impediria o decreto de anulação das normas num prazo fixado pela Constituição ‘porque é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, e ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos’. Não se deve atribuir efeito retroativo à anulação. O tribunal poderia restabelecer o direito antigo existente antes da anulação da lei. Este poder acentuaria o caráter legislativo de sua função. Poderá o tribunal anular a lei integralmente ou somente parte dela.

O modo de introdução do processo diante do tribunal poderia ser feito por ação popular, com o risco, porém, de assoberbamento das funções. Nesse caso, é pensável

<sup>18</sup> Para Kelsen (2003), deve ser atribuída à jurisdição constitucional a decisão da regularidade de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição.

<sup>19</sup> Seria o caso de controle, por exemplo, das tarifas públicas, os estatutos das sociedades por ações, contratos coletivos de trabalho etc., que somente se tornam obrigatórios mediante a aprovação por uma autoridade pública.

<sup>20</sup> A palavra justiça é imprecisa e equívoca.

a determinação às autoridades de submissão do caso ao tribunal, se duvidarem da constitucionalidade da lei a ser aplicada. Outra hipótese seria uma defesa indireta, ou seja, o particular provocaria o tribunal, no caso de sofrer a execução de uma norma irregular. Uma outra instituição seria pensável: a de um defensor da Constituição. A minoria do Parlamento igualmente poderia ajuizar a ação, sem descartar um procedimento *ex officio*.

Uma lei inconstitucional não pode restar obrigatória. O controle das leis é condição de existência do Estado. Quanto mais democrática uma sociedade, mais se aperfeiçoa o mecanismo de controle. Um tribunal constitucional pode tutelar suficientemente a minoria. Nos Estados federados, a jurisdição constitucional tem mais importância. Nele existe uma divisão de funções. Havendo descentralização, há distribuição de competências à União ou aos estados. Qualquer violação a esse preceito é uma violação ao fundamento do Estado federativo. O Tribunal Constitucional funciona assim como *instância objetiva* que decide as lutas de modo pacífico. Por ele, se impede a violação de competências.

## 2. Teorias deslegitimadoras

### 2.3. A defesa da Constituição<sup>21</sup>

Os tribunais da jurisdição civil não são protetores da Constituição. A consideração dos tribunais como garantia da Constituição se explica, entretanto, pela lembrança do Tribunal Supremo dos EUA como uma espécie de *mito*. A função desse Tribunal não pode ser adaptada à situação sociopolítica de qualquer país europeu.

O Tribunal americano se limita a sentenciar determinados litígios (*case*), abstando-se de adotar critério político ou legislativo. Em momentos críticos, alguns precedentes daquele Tribunal (casos de escravidão, depreciação monetária etc.), revelaram que a autoridade do Tribunal Supremo dos EUA se viu ameaçada e as opiniões sobre as matérias não lograram aquiescência geral.

O direito de controle judicial exercido pelo Tribunal Supremo do *Reich* tem uma importância muito moderada, se comparada ao Tribunal Supremo americano. Por sentença, de 04. 11.1925, o Tribunal Supremo alemão decidiu que pode dar-se a não aplicação de determinada lei do *Reich* pelo juiz quando se encontre em contradição manifesta com outras normas precedentes que ele está obrigado a ter em conta. O preceito constitucional deve impor-se. Esse *procedimento de revisão* somente pode dar-se frente às leis simples do *Reich*. Não, porém, em respeito às leis de reforma da Constituição, ou seja, aquelas promulgadas conforme o procedimento do art. 76 do

<sup>21</sup> Schmitt (1998).

RV (*Reichverfassung* – Constituição do Império). O direito de controle, então, se move em estritos limites<sup>22</sup>, ou seja, trata-se de uma *competência ocasional* e que se realiza de forma *difusa*, eventual e incidente.

O Supremo Tribunal americano, por outro lado, defende princípios gerais e, portanto, trata-se de um Tribunal defensor da ordem social e econômica existente. No *Reich* alemão, o direito de controle se apóia em normas que permitem uma subsunção concreta. No campo do direito privado, por outro lado, permite-se ao juiz movimentar com mais liberdade, por exemplo, em virtude de *conceitos imprecisos*, como boa-fé, costumes mercantis etc., o mesmo se dando em matérias administrativas.

O problema do direito livre e da justiça criadora, é, antes, um problema de Direito Constitucional. O problema do controle judicial, assim, está na origem de uma *situação de necessidade* quando existam preceitos legais que as contradigam e o juiz esteja diante da necessidade de decidir o caso. Nem por isso, o poder judiciário se apresenta como protetor da Constituição<sup>23</sup>.

Por consiguiente, no podemos decir que sean defensores de la Constitución todas aquellas entidades y personas que eventualmente, mediante la no aplicación de leyes anticonstitucionales o el incumplimiento de mandatos de igual naturaleza, pueden contribuir a que la Constitución se respete y a que no queden vulnerados los derechos protegidos por la Constitución (SCHMITT, 1998, p. 56).

O que pode fazer a justiça e até que ponto é possível organizar dentro dela, instituições especiais cujo sentido e fim seja a da garantia da Constituição? A criação de um Tribunal Constitucional teria por consequência uma *politização da justiça*. Para alguns autores, o controle judicial seria o único método adequado de proteção da Constituição. Um Tribunal Constitucional, porém, traria consigo uma limitação consistente na concentração em um só lugar de toda a difusa atividade de controle do estamento judicial, que resultaria, ademais, politicamente fácil de captar e de influir, o que equivaleria a *por o lobo cuidando das ovelhas*.

No século XIX, pensava-se numa proteção contra o Governo. Em câmbio, no presente, houve um giro ideológico de respeito à proteção da Constituição: pretende-se proteger contra a legislação imposta pela maioria parlamentar. O legislador, então, não pode se prestar à defesa da Constituição. A justiça, na prática, não seria um disfarce enganoso de outras atribuições de diversa índole, marcadamente política?

<sup>22</sup> Para Schmitt (1998), o caso decidido limita-se a um problema de colisão de subsunções de fato.

<sup>23</sup> Em um Estado que não é um mero Estado Judicial, não é possível que a justiça exerça semelhantes funções.

A justiça penal, pela qual poderia haver uma proteção da Constituição, e pela sua atuação repressiva e vindicativa, não resolve, porém, o problema: por consequência de seu tipo judicial esta proteção resta limitada a fatos ultimados e pretéritos e, assim, trata-se de um corretivo imposto *a posteriori*, visto que somente fatos inteiramente terminados podem subsumir-se à justiça penal.

Quanto à responsabilidade dos ministros, ela não pode ser detalhada, enquanto, pelos princípios do Estado de Direito, essa responsabilidade deva ser clara e precisa. Na Constituição de Weimar, a responsabilidade ministerial (art. 59) é ilimitada, podendo a acusação fundar-se não só na transgressão culpável daquilo que a Constituição teve por objeto, mas também a vulneração de uma lei qualquer.

Não há justiça independente sem sujeição à lei. O juiz não poderá tomar decisão em matéria política, que é própria do legislador, a menos que se altere sua posição constitucional. Um Estado sem divisão de poderes carece de Constituição. Uma sentença, igualmente, somente pode ter por base a lei. Uma sentença é uma decisão de um caso concreto, tendo por base uma lei.

Uma lei, porém, não pode ser protetora de outra lei. Uma lei mais débil não pode garantir outra mais sólida. Por outro lado, entre normas, é possível uma pugna que de alguma maneira tem que ser resolvida. Uma norma constitucional não pode ser protegida, por outro lado, por outra norma a ela superior. O direito constitucional *formalista* começa a fracassar aqui, onde começa o caso concreto.

Nas *questões* mais *difíceis* e de maior importância prática, a falta de clareza do texto legal ou sua contradição se contém dentro dos mesmos preceitos legais formulados na Constituição. É possível que existam *princípios contrapostos*, que resultam *imprecisos*. Nesse caso, não há uma possibilidade de gradação de normas e a colisão não pode resolver-se com a ajuda de uma hierarquia de normas.

Toda instância que põe fim a uma questão duvidosa realiza, de maneira efetiva, uma missão do legislador. E se resolve de modo indubitável o conteúdo duvidoso de uma lei formulada na Constituição, procede como legislador constitucional. Em toda decisão, por demais, existe um elemento de *decisionismo*, ou seja, a *autoritária eliminação da dúvida*.

Trata-se de um problema político o de estabelecer até que ponto pode-se encomendar instâncias já existentes ou a serem criadas, a missão de fixar de modo autêntico o conteúdo dos preceitos imprecisos e indeterminados que estejam incorporados na Constituição e de estabelecer um contra-peso ao legislativo. Isso demanda um sólido fundamento constitucional.

É fenômeno corrente o fato de que um órgão que tenha competência política estenda, ainda mais, sua influência e suas atribuições. Exemplo disso é o do Parlamento (*Reichstag*) de Bismarck, que, apesar de sua cauta regulamentação, pela Constituição de 1871, logrou, sob essa mesma Constituição, uma importância política maior do que se poderia retirar do texto constitucional.

A delimitação das *questões constitucionais* é tarefa preliminar, a fim de se entregar competência ao Tribunal Constitucional. Essa tarefa não poderia ficar a cargo do próprio órgão. De outro lado, é improcedente atribuir à Justiça certas funções que rebaixam o âmbito de uma subsunção real, ou seja, que traspassam as fronteiras estabelecidas pela sujeição a normas de conteúdo impreciso.

Em caso decidido em 17.02.1930, o Tribunal de Justiça Constitucional do *Reich* foi chamado a decidir a constitucionalidade de leis prussianas, sob as quais se suspeitava conflito com o princípio de igualdade de sufrágio, formulado na Constituição do *Reich*. Apesar da previsão no art. 22 da Constituição do princípio da igualdade, o Tribunal afirmou que certas modificações nesta igualdade seriam admissíveis, quando obedecessem a uma *necessidade* realmente *imperiosa*. Esse conceito, impreciso, constitui-se em sucedâneo da regulação concreta levada a cabo pelo legislador. Ainda, para o Tribunal, o legislador ordinário seria o encarregado de decidir se seriam admissíveis, e até que ponto, certos desvios dos princípios eleitorais de caráter particular. O Tribunal, ainda na sentença, afirmou que somente poderia pronunciar sobre a questão quando de um modo manifesto carecessem de toda justificação intrínseca das desigualdades e quando, sobre essas medidas, se pudesse afirmar, com segurança, que contradiziam a vontade dos autores da Constituição.

Com esse posicionamento, afirmou-se que a decisão sobre as imprecisões e incertezas se converte em missão do legislador, ficando subtraída a competência do Tribunal Constitucional<sup>24</sup>. A primeira questão sobre uma justiça constitucional consiste em estabelecer o que seja um *litígio constitucional*. Esse conceito deverá estar claramente definido na Constituição. Essa definição não poderia derivar de uma prática do Tribunal que desembocasse em arbítrio. Um litígio constitucional seria aquele que se produzisse entre as partes do contrato constitucional e do compromisso acerca do conteúdo dos seus pactos. Uma organização federada dos Estados, como na Alemanha de Weimar, pode demandar a criação de um *Tribunal Constitucional*. A ele compete o julgamento de litígios entre o *Reich* e os Territórios ou entre os Territórios mesmos, porque isso está inseparável da própria organização federada do *Reich*<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Assim, para o Tribunal, ele somente seria competente para as questões e *transgressões manifestas*. Não, porém, para os *casos duvidosos*. Manifestou-se na decisão, o seu aspecto decisionista.

<sup>25</sup> O Tribunal estaria, assim, defendendo a homogeneidade constitucional.

Seria litígio constitucional, igualmente, um pleito de uma associação religiosa, sobre a base de um título histórico e que invocasse preceitos da Constituição do *Reich*, formulando reclamação contra um Território. Em todo caso, a atividade do Tribunal de Justiça Constitucional deve patentear imediatamente e de modo específico a sua relação com a Constituição.

A Constituição de Weimar afirma a idéia da união indivisível do povo alemão. Nessa sociedade, entretanto, aparece uma *tendência pluralista*<sup>26</sup> que rebaixa as fronteiras dos diversos Territórios, sobretudo do *Reich*. O Estado passa assim a ser objeto de um compromisso com as entidades sociais que intervêm como promissários, o que vem passando despercebido à teoria política alemã atual.

No processo constitucional existe o fenômeno da coordenação entre as partes envolvidas e, nele, devem ser tidas em conta as peculiaridades sobre a legitimação ativa e capacidade das partes. As divergências de opinião e diferenças entre os titulares dos direitos políticos de caráter decisivo ou influente não podem resolver-se geralmente em forma judicial, salvo no caso de que se trate de castigar *transgressões manifestas da Constituição*.

Em um Estado de Direito que diferencia os poderes, parece oportuno não confiar a missão precipitada de garantir o funcionamento constitucional a um dos poderes existentes, porque e tal caso poderia haver um predomínio sobre os demais e subtrair-se a sua vez todo o controle, convertendo-se como consequência em árbitro da Constituição. Por causa disso, é necessário estatuir um *poder neutro* específico junto aos demais poderes e enlaçá-lo, equilibrando-o mediante atribuições especiais<sup>27</sup>. A teoria do poder neutro, tanto na ordem constitucional como na teoria política é uma doutrina de máximo interesse. Isso porque, a função peculiar de um terceiro neutro não consiste em uma atividade contínua, imperante e regulamentadora, senão fundamentalmente em uma atuação mediadora, tutelar e reguladora que somente em casos de necessidade se produz ativamente, porque não deve competir com os demais poderes realizando uma expansão do poder próprio e, ainda que em seu exercício, deve ser por natureza normalmente *serena e cauta*<sup>28</sup>.

Na Constituição de Weimar, a posição do Presidente do *Reich*, eleito pela nação inteira, somente pode constituir-se com ajuda muito desenvolvida de um poder neutro,

<sup>26</sup> Esse pluralismo se manifesta em grupos sociais, partidos, associações, com burocracias próprias, apoderando-se dos *ressortes* de formação da vontade política. Esse fenômeno é descrito como *fragmentação pluralista* do Estado.

<sup>27</sup> Referência à doutrina de Benjamin Constant, desenvolvida a partir da luta sustentada pela burguesia francesa, para obtenção de uma Constituição liberal, frente ao bonapartismo e à Constituição monárquica.

<sup>28</sup> Para Schmitt (1998), justamente, com força na teoria do poder neutro, a maioria dos chefes de Estado dos séculos XIX e XX teve habilidade para situar-se atrás de seus Ministros sem perder sua própria autoridade.

mediador, regulador e tutelar. As atribuições do Presidente do *Reich* correspondem às atribuições formuladas por Benjamin Constant (1818), principalmente, uma independência frente ao *Reichstag*, mormente a proteção da Constituição.

Uma outra ordem de consideração deve ser tida em conta: tomando por base argumentos de Preuss, sustenta Schmitt (1998) o fenômeno da *desintegração*, própria do *Estado pluralista*. Nele, o presidente do *Reich* tem uma função de *potência mediadora*. Em um estado com a complicada organização do *Reich* alemão, e na situação concreta da vida constitucional, de estrutura federalista (o Estado é um ente pluralista e policrático), a função mediadora e reguladora do poder neutro adquire uma central importância que não se satisfaz com formalismos subalternos nem com argumentos procedentes da época monárquica, anterior à guerra. O poder neutro tem especial importância num estado pluralista de partidos e, em certo sentido, em certos Estados, o destino do Estado segue a sorte do chefe do Estado mesmo.

Dentro da sociedade pluralista, os órgãos legislativos são um reflexo da pluralidade de complexos sociais de poder organizados. Dentro de cada sociedade surgem, por assim dizer, espontaneamente, partidos políticos ou coalizões de partidos, aproximadamente equiparados em poder e que se equilibram. Os interesses, paixões partidárias e egoísmos se compensam mutuamente e criam um equilíbrio, com a particularidade de que um terceiro neutro e, nesse aspecto, débil em comparação com os outros complexos de interesses poderosos, em posse de um certo espírito de objetividade, esteja em condições de inclinar a balança em favor do que seja relativamente justo e equitativo e de colaborar para o triunfo da razão<sup>29</sup>.

O surgimento da *burocracia política* põe de manifesto a grande transformação funcional inevitavelmente operada nesse setor. Na Constituição do *Reich* alemão, os serviços públicos são instituições profissionais e os funcionários, servidores da coletividade. Nela, o presidente do *Reich* é quem nomeia e destitui os funcionários. Somente há uma possibilidade imaginável de formação de uma *instância independente*, sem a qual não pode haver nenhum protetor da Constituição, sendo ela, por dizer, neutra. O chefe do *Reich* ou o monarca são dotados de suficiente independência para a defesa da Constituição. Ao primeiro, ela está assegurada pela eleição de todo o povo; ao segundo, a independência descansa na sucessão hereditária no trono e na inviolabilidade de sua pessoa<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Referência à doutrina de Stuart Mill, a partir de sua teoria liberal do equilíbrio, para quem na sociedade industrial os patrões e os obreiros constituem dois grupos que se compensam mutuamente e, por isso, resulta possível uma decisão neutra.

<sup>30</sup> A independência dos magistrados não é aqui tida em conta. Não é a única forma de atribuir-se neutralidade, nem mesmo com a prerrogativa da vitaliciedade. Para o Autor, um colégio integrado por juizes profissionais com garantias de independência judicial e inamovibilidade, aparece naturalmente como uma instância independente, porém, facilmente se incorre no erro de considerá-la despolitizada de todas as questões ou litígios constitucionais. Quando tais questões se demandam a um Tribunal de Justiça Constitu-



Tanto a justiça como os serviços públicos resultam sobrecarregados de modo insuportável, quando sobre eles se amontoam obrigações e resoluções políticas, para as quais se solicita uma independência e neutralidade com respeito à política de partidos. Nenhum formalismo judicial poderia encobrir o fato de que um Tribunal Constitucional viria a ser uma instância política suprema com atribuições para formular preceitos constitucionais. Isso significaria algo apenas imaginável desde o ponto de vista democrático: trasladar tais funções para uma *aristocracia de toga*.

O fundamento democrático do cargo do Presidente do *Reich* se apóia nas seguintes considerações: a independência dos juízes não tem, em relação ao Estado atual, a missão de criar um titular para a geração autêntica da vontade do Estado, senão a missão de delimitar e assegurar, dentro de um sistema estatal ordenado, uma esfera de justiça sujeita à lei. O Presidente do *Reich* encontra-se no centro de todo o sistema constituído de neutralidade e independência em respeito aos partidos políticos. Antes de instituir um Tribunal para questões ou conflitos de alta política, como protetor da Constituição, antes de gravar e colocar em perigo a Justiça, com essas *contaminações políticas*, melhor seria recordar o conteúdo da Constituição de Weimar e de seu sistema de preceitos. Segundo o conteúdo efetivo dessa Constituição, existe um protetor da Constituição: o Presidente do *Reich*.

Tanto por sua estabilidade e permanência (mandato de 7 anos, empecilhos à sua revogação, independência quanto às maiorias parlamentares) como também por suas atribuições (inclusive a faculdade de dissolver o *Reichstag* – art. 45 RV) e a proteção da Constituição (art. 48 RV), existe um defensor da Constituição e ele corresponde ao Presidente do *Reich*. Ele está obrigado a realizar a salvaguarda da Constituição. Esse fundamento descansa sobre o princípio democrático da Constituição de Weimar. O Presidente do *Reich* é eleito pelo povo alemão inteiro e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos são por natureza uma *apelação ao povo*. Ele é um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder, garantindo uma unidade do povo como conjunto político.

A Constituição procura dar ao Presidente do *Reich* possibilidades de enlaçar-se de modo direto com a vontade política do povo e para proceder como defensor da unidade constitucional e da integridade da nação. Sobre o êxito desse intento, há de se fundamentar a existência e permanência prolongada do chefe de Estado.

cional, se esquece na maioria dos casos que a independência judicial não é mais do que a sujeição dos juízes à lei, porém, a Constituição não pode impor em geral semelhante sujeição. O fato de se exigir cada vez mais garantias para os juízes profissionais e da criação de um Tribunal Constitucional, nada mais significa do que a perseguição, frente aos apetites e negócios da política de partidos, uma instância neutra e política, criando uma certa permanência, ou seja, uma estabilidade.

## 2.2. A dificuldade de defender o controle judicial das leis<sup>31</sup>

Hamilton (1993) procurou defender o controle de constitucionalidade, em um trabalho conhecido como *O federalista*. Porém, enfrentou dificuldades que se vinculavam à resposta aos seguintes indagativos: a) como pode ser que os juízes tenham a capacidade de reverter decisões tomadas pelo poder legislativo, ou seja, pelos representantes da cidadania? b) como pode a voz dos juízes prevalecer sobre a voz da cidadania, se não são eleitos por escrutínio popular? Hamilton (1993) negou as implicações antidemocráticas desse tipo de controle. O poder judicial, afirmava o autor, de negar validade às normas legisladas não implica a superioridade dos juízes em respeito aos legisladores. Ao contrário, a decisão de anular uma lei vem afirmar, justamente, o peso da vontade popular. O poder judiciário, assim, ratifica a supremacia da Constituição. Os juízes devem governar pela Constituição. Suas decisões deverão estar pautadas pelas normas fundamentais<sup>32</sup>.

Há razões para contradizer os argumentos de Hamilton (1993), em favor do controle judicial. Não é verdade que a Constituição reflita a vontade do povo. Isso pode ser demonstrado com uma investigação histórica. Boa parte do povo americano, na época da redação da Constituição, restava excluída (pense-se nos escravos, nas pessoas de cor, nas mulheres etc.), sem contar que os constituintes estão distantes de representar a cidadania, ou parecem representá-la em um primeiro momento, mas logo se distanciam dela. Bruce Ackerman (1984) desenvolveu o *argumento intertemporal*, pelo qual a sociedade se autoconvocou para reflexão acerca do melhor modo de organizar-se. Não se pode valorizar como equivalentes uma Constituição surgida da deliberação pública e uma lei surgida do calor de pressões e circunstâncias. A Constituição tem maior peso. Porém, por que não se pode pensar que, com o passar do tempo, não poderemos encontrar um outro consenso popular profundo e meditado? Como pode prevalecer a vontade de determinados indivíduos (talvez já mortos) sobre a vontade da cidadania? Os juízes deveriam negar valor, então, às normas que contradissem os acordos sociais aparecidos logo após a própria Constituição. Uma terceira crítica pode ser endereçada ao controle judicial das leis: o argumento da interpretação: uma defesa do controle judicial pressupõe o caráter não problemático da tarefa de interpretação, ou seja, que essa é uma tarefa automática. Os juízes, porém, realizam mais do que uma mera leitura da Constituição e, em alguns casos, incorporam nesse texto, soluções normativas. Tome-se, por exemplo, o caso do aborto. A Constituição nada diz sobre ele, como o faz sobre outras extensas matérias. Nesse caso, não é possível que os juízes simplesmente assinalem qual tenha sido a vontade dos Constituintes e, assim, os juízes decidem em nome e em lugar da cidadania<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Gargarella (1997).

<sup>32</sup> Para Hamilton (1993) a capacidade judicial de anular normas legislativas respondia a uma prática de assegurar a proteção das maiorias. Perigo existia na promulgação de leis contrárias à Constituição. Esses argumentos foram retomados no caso *Marbury v. Madison* (1803).

<sup>33</sup> São os *casos difíceis*, nos quais falta uma consideração constitucional explícita.

Por outro lado, a Constituição pode fazer referência a uma determinada solução normativa, porém, frente a um caso concreto, não se sabe qual interpretação é exata. A *liberdade de expressão*, por exemplo, é garantida por qualquer Constituição. Como seria resolvido o caso em que uma defesa do terrorismo pudesse ser feita pela imprensa? Igualmente, o direito de publicações pornográficas ou sobre a divulgação de um *segredo de estado* (pense-se na revelação da fórmula de um artefato nuclear). Ou seja, frente a casos concretos, os artigos mais claros da Constituição tornam-se relativamente imprecisos<sup>34</sup>. É difícil escapar à crítica do *caráter contramajoritário* das decisões judiciais. Por que temos que aceitar a primazia da interpretação e decisão final dos juízes acerca das questões constitucionais básicas?

Algumas justificações ao poder judicial de revisão são as seguintes. Justifica-se o papel revisor dos juízes, devido à crise dos órgãos majoritários. Assim, o Legislativo e o Executivo não representam adequadamente a cidadania. As leis respondem mais a interesses e pressões de determinados grupos. A decisão judicial vem a remediar a falta de imparcialidade que afeta as decisões legislativas. Esse argumento é tido por Gargarella (1997) como débil: se há uma crise de legitimidade dos organismos políticos, devem eles ser aperfeiçoados; não, porém, rechaçá-los. O poder judiciário, por outro lado, não se encontra completamente alheio ao tipo de defeito que se adjudica aos poderes políticos. As decisões dos juízes podem ser prolatadas por interesses deles. Além disso, esse poder não se encontra livre de pressões. Nos países latino-americanos, em geral, o poder judiciário é criticado por sua falta de independência em relação a outros órgãos políticos. Outra argumentação em prol da *judicial review* é a da proteção dos direitos das minorias: como nossa democracia se orienta naturalmente a satisfazer as pretensões das maiorias, necessitamos de procedimentos que ajudem a salvaguardar os direitos das minorias. Ao juízo de Gargarella (1997), esse argumento constitui-se numa defesa mais ou menos *pobre* da tarefa dos juízes. Não há qualquer conexão em possuir um órgão judicial contramajoritário e assegurar uma melhor proteção dos direitos dos imigrantes, dos homossexuais e das minorias religiosas. O outro argumento é o da imparcialidade: na democracia representativa, os juízes estariam em condições de apresentar decisões fundamentadas e imparciais, principalmente, isentas de pressões eleitorais. Esse argumento é tachado de elitista. Nada garante que uma decisão isolada do juiz em matérias constitucionais configuraria uma decisão mais imparcial do que em discussões coletivas. Pelo contrário, é justamente em decisões constitucionais mais básicas que se requer um amplo processo de consulta e discussão.

Com esses argumentos, procura Gargarella (1997) salientar as debilidades dos argumentos em prol do *control judicial* da defesa do rol que assumem os juízes na revisão

<sup>34</sup> A concessão de tamanhos poderes aos juízes, que, então, pela interpretação constitucional, passariam a ditar qual a sua correta interpretação foi denominada por Alexander Bickel ( ) como tendo um *caráter contramajoritário*. Assim, se é que algum órgão do governo tem de interpretar a vontade popular, porque não confiar essa missão aos órgãos de representação popular?

da constitucionalidade das leis. Sua crítica está concentrada sobre o tipo de questões constitucionais que se deve decidir, bem como se conservam, realmente, os juízes, a *última palavra* institucional. Os ataques ao controle de constitucionalidade e à revisão judicial repetem-se em *La revision judicial y la difícil relación democracia-derechos* (GARGARELLA, p. 173-201) aparece uma concepção elitista do constitucionalismo americano. Para os seus autores, poucos homens, especialmente ilustrados, podem representar de maneira adequada os interesses gerais da sociedade. Havia, na obra, fortes restrições contra a capacidade das assembléias majoritárias como fontes do conhecimento político ou moral. Somente uma minoria estava suficientemente capacitada para detectar as *primeiras verdades* que deviam guiar os destinos dos demais que deviam, assim, padecer de *defeitos perceptivos*. Uma reflexão individual permite evitar todos os inconvenientes que são inerentes à discussão majoritária, quando se trata de reconhecer direitos. Quando aumenta o número de indivíduos que discutem, diminui-se a possibilidade de atuação da razão.

Afirmava Madison (1993) que as diferenças entre as pessoas são muito maiores quando se tem em mira seus próprios interesses, principalmente econômicos. Essa desigualdade na distribuição da propriedade é a principal fonte de enfrentamento entre as pessoas. No *caso Shay*, por exemplo, um ex-capitão do exército revolucionário, comandando mil e duzentos homens, levantou-se em armas e resistiu contra o exército de Lincoln<sup>35</sup>.

É inevitável que os homens tenham distintas opiniões e é inevitável que se enfrentem a partir dos seus próprios impulsos e suas paixões. Essas causas de espírito de facção não podem suprimir-se. Então, ao fim do século XVIII, resultou um motivo determinante para impulsionar mecanismos de controle judicial das leis e da preservação de uma certa estrutura da propriedade, como contenção ao *transbordo legislativo*. O objetivo em *O federalista* era o de evitar a formação de facções e impedir possíveis desvios dos órgãos legislativos. Com isso, sobressai a atuação dos órgãos judiciários e da sua *feição elitista* com que se procurou distinguir o Poder Judiciário. Assim, somente uma elite ilustrada poderia melhor discernir quais eram as verdades preferenciais da cidadania. Dentre essa elite, sobressai o Poder Judiciário.

Jefferson (1993) considerava que as instituições de governo deviam ser configuradas segundo os melhores critérios da razão<sup>36</sup>. Defendia a virtude do sistema representativo e, em particular, a necessidade de um poder judiciário capaz de conter os possíveis *transbordos do legislativo*. Jefferson (1993) foi um crítico da atividade judiciária. Para ele, o Poder Judiciário balançava permanentemente as bases do sistema institucional. Afirmava ele: “*La Constitución es un objeto de cera en manos e los jueces, al que pueden torcer y dar forma del modo en que prefieren*”.

<sup>35</sup> A insurreição estava voltada contra a taxação do governo e contra as dívidas dos camponeses.

<sup>36</sup> Para Jefferson, o homem poderia ser governado pela razão.

Uma declaração de direitos inalienáveis foi necessária na Constituição americana para fazer frente a qualquer tendência aristocrática nas condutas de qualquer grupo que acedia ao poder. Esse era o conteúdo da Declaração de Direitos da Virgínia: “Todos os homens são por natureza livres e independentes, e possuem certos direitos que lhes são inerentes, dos quais não podem ser privados”. Entre esses direitos, o direito à vida, à propriedade, à posse, à liberdade etc.

Jefferson (1993) foi ferrenho defensor da inclusão de uma declaração de direitos na Constituição. Esses princípios seriam a liberdade religiosa, de imprensa, a proteção do *Habeas Corpus*, o Júri e outras limitações frente às forças armadas<sup>37</sup>. A questão a ser enfrentada, constitui-se em indagar se existe algum modo de fazer compatíveis as idéias de *democracia e direitos* ou, pelo contrário, se devemos aceitar que algumas de tais idéias têm preferência sobre as restantes. Essa indagação possui três possíveis respostas: a noção de democracia pressupõe certos direitos que devem ser respeitados; não há direitos *a priori*, mas, somente, um processo aberto de discussão pública; por último, é possível a postura que parte dos direitos, para justificar, após, o sistema político democrático.

John Ely (1980) afirmou que eram os representantes do povo aqueles que, em primeiro lugar, tomariam a carga a tarefa de identificação e preservação de específicos valores substantivos. Além disso, a Constituição se ocuparia de estabelecer certas pautas procedimentais de cumprimento inexorável. Assim, são os representantes da cidadania aqueles que devem determinar os princípios a partir dos quais a sociedade deve reger-se. Sem embargo, na Constituição também se encontra a forma, o processo democrático a fim de que esse fim possa alcançar-se<sup>38</sup>. Ely (1980) sustentava a necessidade de garantir a defesa de direitos.

Voltando a Jefferson (1993), ele afirmava que nada há de mais importante para o homem do que o direito ao seu autogoverno. Essa afirmação encontra antecedentes desde as origens do constitucionalismo americano. Por outro lado, a idéia de que temos certos direitos provém do valor que damos à possibilidade de nosso autogoverno. Nesse sentido, a negação do direito à liberdade de religião, ao direito de não sermos discriminados etc., constitui-se em ofensa àquela aspiração (direito ao autogoverno). Ao sustentar essas idéias, há carecimento de se enfrentar outros numerosos problemas: definir de modo mais preciso o que é, em essência, a autonomia; fundamentar o *salto lógico* entre aquela descrição e a prescrição de que devem ser consideradas valiosas todas aquelas medidas que contribuam a satisfazer nossas aspirações de autodeterminação.

<sup>37</sup> Esses direitos seriam inalienáveis.

<sup>38</sup> Os juizes deveriam intervir como *outsiders* em respeito ao sistema político. O sistema de Ely (1980) torna-se criticável, porém, por ausência de um substrato filosófico.

O sistema constitucional atualmente vigente, com seus mecanismos de *freios e contrapesos* com suas múltiplas instâncias para a discussão e avaliação de normas, resulta adequado para satisfazer os propósitos que parecem animar a justificação do problema entre democracia e direitos?

### 2.3. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã<sup>39</sup>.

Por parte da população, acompanha uma representação da justiça que ganha contornos de *veneração religiosa*. Essa percepção é seguida de uma ampliação objetiva das funções do Judiciário com o aumento do poder da interpretação e, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais.

Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de Direito, sendo tratada como uma posição *exótica*. Nos EUA a jurisdição constitucional revela-se como a *imagem do pai* e aparece pelo surgimento de vasta literatura a respeito da biografia dos juizes. Os juizes constitucionais aparecem como profetas ou deuses do Olimpo do Direito. Esse *biografismo* configura a idéia de que os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade dos juizes.

Na Alemanha, encontram-se equivalentes dessa perspectiva. De acordo com Kaufmann (1927), nenhum parlamento com capacidade para debate poderá funcionar como substituto da figura do pai. A justiça é muito mais do que uma ordem superior que se apresenta para a consciência jurídica mediante o *receptáculo puro* que é o juiz. Uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa.

Dworkin (1986) é expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial. As perspectivas morais e os princípios são, para ele, imanescentes ao conceito de direito, mesmo que não encontrem apoio no texto legal e devem orientar, desde o início, o trabalho decisório judicial. Essa teoria, entretanto, encobre um *decisionismo judicial* e a relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Para Dworkin (1986), o juiz é capaz de dizer a respeito do que seja o conteúdo objetivo da moral social. Quando a justiça ascende, porém, ela própria, à condição de mais alta *instância moral da sociedade*, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social. Não será a justiça, em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?

<sup>39</sup> Ingeborg (2000, p. 223).

Sieyès (1968) elaborou de forma radical a proposta do *domínio da lei* em lugar da decadente idolatria absolutista. Essa afirmação encontra correlação na premissa fundamental de que só se pode considerar como lei aquilo que o povo decidiu para si mesmo. O cidadão pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe: nessa concepção pronuncia-se uma suposição básica em favor do cidadão. O espaço original da liberdade dos cidadãos permanece tanto maior quanto menor for o proibido. É de exigir-se, então, o máximo de precisão das proibições legais, já que toda ambigüidade dilata o campo de ação do aparato estatal na aplicação das leis. Nesse sentido, o poder de interpretação dos tribunais em face das leis deve ser o mais limitado possível.

Na Revolução Francesa introduziu-se a exigência de que os juízes deveriam ante a incerteza da lei, recorrer à interpretação autêntica do legislativo. Em Montesquieu (1951), surge a afirmação de que, sob a forma de governo republicano, a essência da Constituição consiste no fato de que os juízes devem observar a letra da lei. A vinculação do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação ressalta o *primado do legislativo* sobre os demais poderes do Estado e tinha o sentido exclusivo de submeter esse aparato à vontade legislativa do povo.

A introdução de pontos de vista morais e valores na jurisprudência não só lhe confere mais grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como, também, conduz a uma liberação da justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular.

Toda menção a um dos princípios superiores ao direito leva, quando a Justiça os invoca, à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma *inusitada*. O âmbito das proibições legais é enriquecido por pontos de vista morais. Somente *a posteriori* por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi proibido apreendendo a deduzir para o futuro o permitido a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam em produto de decisão judicial, fixados caso a caso.

Essas inversões das expectativas de direito ocorrem também mediante a própria estrutura legal na multiplicação de conceitos de teor moral, como má-fé, sem consciência, censurável, que não derivam de uma moral racional <sup>40</sup>. A expectativa de

<sup>40</sup> Referência da autora ao caso denominado *Sitzblockade*. Nele, manifestantes que se utilizaram do bloqueio de caminhos públicos, como estradas de ferro, rodovias, ruas etc., com o objetivo de chamar a atenção e protestar sobre questões que envolviam o meio ambiente, notadamente, no caso de transporte de material radioativo. Sobre tais movimentos, decidiu o TFC alemão em 11.11. 1986, confirmando decisão do Tribunal Federal, no sentido de que esse recurso constituía uso de violência nos termos do art. 240 do StGB (*Nötigung* – constrangimento ilegal). Posteriormente, com decisão de 10.01.1995, o TFC modificou seu entendimento para declarar inconstitucional a decisão anterior do TF, ao fundamento de que as manifestações (bloquear sentado – *Sitzblockade*), não constituíam violação do StGB, mas simples contravenção, punível com multa.



funcionamento da justiça, como instância moral manifesta-se também na permanência de uma certa confiança popular. A Justiça aparece como uma instituição que, de forma neutra, auxilia as partes envolvidas nos conflitos, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa.

A ascensão do TFC alemão à condição de *censor ilimitado do legislador* ocorre, pelo fenômeno descrito por Luhman (1983), do crescente *animus litigandi* afetando os movimentos sociais de base democrática que não renunciam a seus pontos de vista morais em favor do aparato estatal. Assediado pelas oposições, o TFC alemão procede à sua auto-reprodução e gerencia a *mais valia* que de longe supera suas vastas competências constitucionais.

O TFC afirmou que seus parâmetros de controle de constitucionalidade não deveriam ser pautados pela Constituição, podendo ultrapassar seus horizontes. Direitos anteriores à Constituição vinculam o próprio legislador constitucional podendo tornar nulos outros dispositivos constitucionais que contra si atentem e não participem da mesma hierarquia. A competência do TFC deriva, assim, de princípios suprapositivos e não da própria Constituição. Libera-se ele, então, de qualquer regra constitucional, enquanto submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada.



O Tribunal, assim, age *legibus solutus* como o monarca de outrora: disfarça seu *decisionismo* sob o manto de uma ordem de valores submetida à Constituição que se torna texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos, praticando uma teologia constitucional.



A ascensão da justiça à última instância de consciência da sociedade é acompanhada, no séc. XX, em alguns Tribunais, por um método de aplicação do direito que, em face das representações de Montesquieu (1951), não somente as corrige em seus momentos ilusórios, como as inverte detalhadamente. As leis são consideradas como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as diferentes *densidades regulatórias*. A metodologia jurídica predominante faz desaparecer o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da escolha pelo juiz do próprio *método adequado*.

Na fase inicial e glamorosa da justiça alemã, prevalecia o princípio intocável da aplicação formalista do direito. Assim, a justiça conseguiu limitar o autoritarismo patrimonial do príncipe por meio do formalismo jurídico. Com a República de Weimar, a vinculação entre legalidade e independência do judiciário ganhou uma dimensão que corresponderia à própria dissolução do parlamentarismo. Exigências políticas





corporativas transformaram essa independência em fetiche, ao negar sua vinculação com a legalidade. Nessa época, a teoria dominante defendia a liberdade judicial perante a lei. De um lado, defendia-se a liberdade judicial diante da lei, apoiando a possibilidade de um *controle difuso* por parte dos tribunais; de outro, apoiava uma expansão metodológica que permitisse à justiça decidir se no caso concreto, convinha referir-se à lei ou a pontos de vista e premissas próprios. Nesse sentido, passava ela a decidir não em *nome do rei* mas em *nome do povo*.

Os juízes reagiram à sua própria redução de atuarem como serviçais em nome das normas. As teorias do direito livre postulavam a possibilidade de decisão baseada em norma positiva como exceção e os protagonistas da Associação dos Juizes redefinindo o conceito de vinculação à lei, como ambição de flexibilização do direito. A justiça passa a ser o censor dos excessos do Parlamento no entrechoque de impulsos sociais.

As *exigências do sistema nazista*, igualmente, ligam-se à autocompreensão desenvolvida pela justiça, antes de 1933. A Comunidade alemã comporia uma comunidade de povos na qual as divisões de classe estivessem superadas. O nazismo teria construído um sistema de valores unitários. O juiz torna-se-ia protetor dos valores de um *são sentimento do povo*, cláusula introduzida no Direito Penal alemão. Nesse sistema, o juiz deveria libertar-se da literalidade do direito positivo. O juiz seria a corporificação da consciência viva nacional.

Na República Federal alemã atual, o papel de *imperador substituto* parece ter sido assumido pelo TFC. A libido da sociedade deslocou-se da chefia do executivo para a cúpula do judiciário. A justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória, relativizando matérias legais isoladas e apelando para convenções morais e valores.

A transformação da Constituição em uma *ordem de valores* confere às determinações constitucionais individuais (por meio da abertura das formulações), grande imprecisão, capaz de suprir e ampliar os princípios constitucionais positivados. As garantias constitucionais escritas são contrapostas desse modo à reserva das idiossincrasias não-escritas do aparato econômico e político. Além disso, o TCF utiliza outros critérios de verificação, como o apego às suas próprias decisões, considerando, ainda, que as restrições de direitos fundamentais por via do sopesamento de valores, referem-se somente às peculiaridades do caso concreto de modo que podem ser determinadas de outra forma em circunstâncias diferentes.

Com a apropriação dos *espaços jurídicos livres*, por uma justiça que faz das normas livres e das convenções morais o fundamento de suas atividades, reconhece-se a presença da coerção estatal que, na sociedade marcada pela *delegação do superego*, localiza-se na



*administração judicial da moral*. A usurpação da política da consciência não conduz à socialização da justiça, mas a uma funcionalização das relações sociais.

### 3. O problema da interpenetração entre direito e política – constituição e democracia

#### 3.1. Direito e política – *impera o direito sobre a política?*<sup>41</sup>

O direito não deve reger a política, nem a política deve reger o direito. Para Dworkin (1999) há, entretanto, uma Constituição verdadeira em cuja interpretação deve esforçar-se a política democrática. Ou seja, sua concepção acentua o *direito objetivo*. Para Habermas (1999), de outro lado, são acentuados os *procedimentos democráticos* que se erigem através do direito e nos quais ele se conforma<sup>42</sup>.

Os argumentos centrais de Habermas (1999) sobre o Direito e o Estado estão contidos em *Faticidade e Validez*. Afirma o autor que, desde o século XIX, na Alemanha, surge uma tradição muito forte de Estado de Direito e a idéia de que se pode ter um Estado de Direito, sem democracia. Habermas (1999) opõe-se a essa idéia: o Estado de Direito é incompleto, sem uma participação democrática real dos cidadãos.

Em relação a decisões do Tribunal Federal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), sobre a reforma do art. 218 do Código Penal, permissiva do aborto e, sobre a sua constitucionalidade ou não, ressurgiu a questão sobre se o direito rege a política, ou, pelo contrário, se a política rege o direito<sup>43</sup>. No âmbito do Parlamento, a reforma contou com maioria. Porém, o Tribunal Constitucional Federal declarou a reforma inconstitucional, em partes essenciais. Ou seja, firmou o entendimento de que em uma Democracia, as decisões políticas devem estar pautadas pelo respeito a certos direitos fundamentais, ou seja, aqueles previstos na Constituição.

<sup>41</sup> Habermas; Dworkin (1999).

<sup>42</sup> Para ambos, entretanto, permanece a idéia de uma relação de tensão produtiva entre direito e política.

<sup>43</sup> Pelo art. 218 do CP alemão, o aborto é punível com pena de prisão (*Freiheitsstrafe*) até três anos ou multa (*Geldstrafe*). A interrupção ocorrida antes do alojamento do produto da concepção (óvulo) no aparelho reprodutivo da mulher, entretanto, não se considera aborto. A pena é elevada até cinco anos de prisão, quando o autor: a) age contra a vontade da mulher grávida; b) causa perigo de morte da gestante ou uma lesão corporal. Se a mulher pratica em si mesma o aborto, é punida com pena de prisão até um ano ou multa. A tentativa de aborto é punível, exceto no caso de aborto praticado pela própria gestante. A discussão ocorrida na Alemanha estava centrada no art. 218, 'a' do *StGB*, modificado por lei em 21.8.1995 (BGBl I S. 1050) assim redigido: "Exclusão da punibilidade do aborto. Não há aborto quando: 1. a mulher grávida assente com o aborto, praticado por médico que haja inspecionado e atestado a gravidez pelo menos três dias antes da interrupção da gravidez; 2. seja o aborto praticado por médico; 3. a concepção não tenha ocorrido há mais de 12 (doze) semanas". Outras hipóteses de exclusão do crime são: aborto praticado por médico, quando ocorre atual ou iminente risco ou perigo para a vida ou a saúde mental da mulher, sendo o aborto praticado com sua concordância; há exclusão, ainda, do crime, se a gravidez resulta de crime contra a liberdade sexual, desde que a gravidez não ultrapasse 12 (doze) semanas. O juiz pode deixar de aplicar a pena à gestante que, ao tempo da interrupção da gravidez estivesse em situação de penúria, conflito ou necessidade.



O problema em questão envolve o questionamento sobre quem, de fato, faz as leis? Os deputados eleitos pelo povo ou os juízes do Tribunal Federal Constitucional que não possuem qualquer legitimação democrática similar? Há, assim, uma *relação de tensão* entre a Constituição e a Democracia. Um método preciso para resolver os problemas decorrentes dessa relação precisa ser determinado.

### 3.2. Relação entre Constituição e Democracia

Para Dworkin (1999), a democracia necessita de uma Constituição. Ela regula, por exemplo, os procedimentos para as eleições. As condições de constitucionalidade de uma democracia são controvertidas quando a própria democracia fica restringida por direitos básicos ou humanos sobrepondo-se às decisões majoritárias.

Os direitos básicos (individuais), como a liberdade de expressão, direito à privacidade e à *independência moral*, podem incluir o *direito ao aborto*. A proteção do amplo espectro dos direitos humanos que estão associados ao constitucionalismo vão mais além do que é necessário para uma democracia. Isso implica reduzi-la. Pode-se dizer que uma Constituição, para realizar a democracia, deve conter *condições possibilitadoras*, como as regras sobre o processo democrático. A par delas existem outras condições, ditas limitantes, que também são essenciais para a própria democracia. Elas não reduzem ou debilitam a democracia. São suas pré-condições.

Assim, os direitos básicos não estão em contradição com a democracia, mas, sim, situam-se entre os seus requisitos essenciais. Numa democracia comunitária, os seus membros têm a obrigação de respeitar as decisões majoritárias e de obedecer as leis: “*Sólo por el hecho de que hemos nacido en una sociedad, tenemos obligaciones, y estas obligaciones incluye posiblemente la obligación política de obedecer la ley y de respetar una decisión mayoritaria*”.

Para que o indivíduo pertença a essa unidade de ação coletiva (democracia comunitária), são necessárias três condições: a) o indivíduo pode tomar parte do governo, votando; b) os interesses dos indivíduos devem prevalecer nas decisões de governo; c) o indivíduo deve possuir uma independência moral frente às decisões. Então, uma Constituição com direitos individuais básicos é uma condição essencial de uma democracia comunitária. Uma interpretação correta da Constituição, porém, deve ser feita segundo a moral. Portanto, o aborto deve ser proibido. Essa maneira de interpretar a própria Constituição, reconhece Dworkin (1999), é controvertida.

Para ele, o aborto é terrível. Uma outra pessoa (cético interno) poderá afirmar que esse posicionamento está errado e que o sentido moral pode compreender a admissão do aborto, estando a questão da moral fora do mundo real sendo ela apenas uma questão de verdade ou falsidade<sup>44</sup>. Para DWORKIN (1999), devemos crer no constitucionalismo.

<sup>44</sup> São questões que implicam posições morais substantivas.



A tarefa prévia está em colocar sob discussão qual a melhor interpretação dos direitos constitucionais que possuímos de modo abstrato. Essa interpretação, num sentido substancial, deverá ser feita em correspondência com o poder político que se tenha ganhado através de eleições democráticas<sup>45</sup>.

Para Habermas (1999), entretanto, deve se evitar falar sobre fatos morais: não há nada que corresponda, por exemplo, à afirmação de que ninguém deveria participar de um extermínio étnico. *Os direitos são criados*<sup>46</sup>. Dentre eles, alguns merecem reconhecimento universal. O direito, então, vale positivamente, quer dizer, se estabelece por meio de decisões e pode ser modificado quantas vezes se queira. Esse direito se impõe pela coação. Além disso, existe o direito de cada cidadão individual à autonomia privada, ou seja, o direito de fazer tudo o que não viola as leis.

O direito também deve provar sua legitimidade sob o aspecto da proteção da liberdade. A obrigatoriedade das normas jurídicas se funda nas resoluções coletivamente obrigatórias das instâncias legislativas e de aplicação jurídica. Isso importa numa *divisão de funções* entre os autores que estabelecem e aplicam o direito e os destinatários que estão a ele submetidos. A autonomia, no campo jurídico, aparece em forma dúplice de autonomia pública e privada.

Nessa idéia de autonomia pública e privada, apóia Habermas (1999) sua tese de que *o direito e a política se conjugam*. A autonomia privada se entrecruza com a pública de modo tal que esses discursos devem ser construídos com a ajuda do direito positivo, de modo que a autonomia privada é uma das propriedades do direito positivo moderno. Habermas (1999) sustenta que um procedimento democrático deve estar fundado em um laborioso *agir comunicativo*. A conexão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste em que o uso público da razão se satisfaz através dos direitos humanos.

Os direitos individuais são uma condição da democracia, porém, não existem de forma acabada. Sua interpretação e conformação é uma tarefa, em primeiro lugar, da criação de uma Constituição, porém, igualmente, da interpretação constitucional e da legislação<sup>47</sup>. O direito e a política se completam mutuamente. Estão entre si numa *relação dialética*.

<sup>45</sup> Na disputa, assim, entre democracia e Constituição, devemos pressupor a moral e os direitos básicos como um fato objetivo. Adota, assim, a linguagem do realismo moral.

<sup>46</sup> Para Habermas (1999), os direitos são criados quando se acomodam a um determinado tipo de *praxis*, isto é, quando merecem reconhecimento moral. Não há direitos pré-existentes.

<sup>47</sup> Habermas (1999) sustenta uma idéia dinâmica da criação constitucional. Uma Constituição não é algo definitivo, e, nesse sentido, cada lei individual representa uma interpretação dela e, além disso, um aperfeiçoamento dos princípios básicos que se encontram e se explicitam numa Constituição dada.



### 3.3. A verdade moral da interpretação constitucional

Sustenta Dworkin (1999) que, se tomamos as afirmações morais como verdadeiras ou falsas, independentemente das opiniões e crenças que sobre elas temos, defendemos um ponto de vista realista. Pelo contrário, se o que se obtém aceitação de fato for a verdade, defendemos, acatamos um ponto de vista anti-realista. Habermas (1999) critica o posicionamento de Dworkin (1999) para quem a verdade moral é independente de qualquer *práxis*, na qual se acorda sobre questões morais discutíveis. Se a verdade moral, diz Habermas (1999), é um fato objetivo, então ela somente pode ser conhecida mediante a razão, independente de nossa vontade.

Uma interpretação constitucional correta ou verdadeira, prossegue Habermas (1999), fundamenta-se em um procedimento que força mutuamente os cidadãos buscarem melhores razões. Não há, porém, razões concludentes. Se, no direito, queremos defender a distinção entre leis legítimas e ilegítimas, então, atribuímos a nós mesmos a capacidade de fazer essa distinção, ou seja, a capacidade de distinguir entre o correto e o incorreto. Essa necessidade funda-se no fato trivial de que devemos agir.

Se não há argumentos concludentes, a explicação sobre questões como moral, validade, legitimidade etc., deve ser buscada em termos de procedimentos nos quais oferecemos razões e convencemos os outros. A afirmação de que o aborto é ilegítimo se deve elaborar com *argumentos convincentes*. Quando uma afirmação sobrevive a esse procedimento, então fundamenta a conjectura de que é moralmente verdadeira, porém, nunca em termos de certeza definitiva. Se encontrarmos melhores razões, o procedimento de crítica pública deve começar novamente.

## 4. Controle de constitucionalidade e a transcendência da coisa julgada

### 4.1. A ampliação do controle de constitucionalidade pela transcendência da coisa julgada

Uma Constituição, de fato, precisa ser defendida por um Tribunal. Nas democracias modernas, com efeito, é difícil compreender o Estado sem uma *divisão de poderes*, com competências expressas, e, de outro lado, não há como negar a importante função do controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário. “Em países como o Brasil, onde o texto constitucional não deixa nenhuma margem de dúvidas sobre a competência de as Cortes realizarem o controle de constitucionalidade das leis, a discussão estabelecida até aqui pareceria uma importação desafortunada” (SAMPAIO, 2002, p. 100).

O controle da constitucionalidade das leis, no Brasil, cabe diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por competência expressamente declarada<sup>48</sup>. Soma-se a esse controle (concentrado), o poder atribuído aos demais juízes, para negar a aplicação de qualquer lei inconstitucional ao caso concreto (controle difuso de constitucionalidade). Toda discussão, então, deverá ser travada não sob o ângulo da legitimação desse controle, mas, sim, “[...] para o seu alcance e grau de intervenção do tribunal, exigindo uma renovação cotidiana não da sua legalidade, mas da própria legitimidade da jurisdição constitucional, sob as ressalvas da crítica populista do caráter contramajoritário da Corte e as benesses de uma intervenção equilibrada, que reforce o pacto fundamental da comunidade” (SAMPAIO, 2002, p. 101).

Em matéria de limitação dos contornos processuais da jurisdição constitucional, não são adequados os instrumentos tradicionais do processo civil, pelas restrições que os limites objetivos da coisa julgada, nesse sítio, foram traçados<sup>49</sup>. O legislador, além disso, procurou discriminar em termos expressos as matérias excluídas da coisa julgada, no art. 469, I, II, III, CPC, de forma que não se submetem à *autoritas rei iudicatae*, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo<sup>50</sup>.

Numa ação em que o contribuinte argua a inconstitucionalidade de uma dívida tributária, em relação a determinado exercício, o juiz acolhe o pedido. “A solução dessa questão de direito constituiu motivo da decisão: sobre ela não se forma a coisa julgada. Com referência a outro exercício – e portanto a outra dívida – é lícito ao órgão judicial reapreciar a questão, eventualmente para considerar constitucional a mesma lei e julgar, por isso, que o tributo é devido” (MOREIRA, 1998, p. 93). Numa ação de despejo, alegando o proprietário que o locatário cometeu infração contratual grave, consistente em danificar o prédio alugado, o pedido é julgado procedente. Tampouco fica esse motivo coberto pela autoridade da coisa julgada: em processo posterior, se o proprietário vier a cobrar indenização do locatário, pelos prejuízos

<sup>48</sup> CF art. 102, I, ‘a’ e ‘I’, que tratam, especificamente, da *ação direta de inconstitucionalidade de lei*, bem como sobre a *reclamação* para garantia da autoridade de suas decisões.

<sup>49</sup> “Art. 468. A sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” O dispositivo, como mostra Moreira (1998), é muito semelhante ao § 322 do CPC alemão (ZPO): ‘*Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist*’ (As sentenças só podem fazer coisa julgada na medida em que se houver decidido sobre a pretensão deduzida na ação ou na reconvenção). De modo que a coisa julgada opera-se somente sobre o *thema decidendum*, como, v.g., no caso em que se pede alimentos, a *res iudicata* irá formar-se exclusivamente sobre a alegada dívida alimentar; se o autor está cobrando juros, unicamente a respeito desses e assim sucessivamente.

<sup>50</sup> O dispositivo legal (art. 469, I, II, III CPC) é redundante (MOREIRA, 1998, p. 92), limitando-se os dois últimos incisos a explicitar o conteúdo do primeiro, isto é, os fundamentos da sentença, não se compreendem na coisa julgada.

sofridos, poderá o órgão judicial rejeitar o pedido, entendendo que não ficou provado o fato da danificação (MOREIRA, 1998, p. 93).

Em relação a terceiros, a coisa julgada, da forma como está estruturada no Código de Processo Civil, “[...] jamais poderá atingir terceiros” (SILVA, 1998, p. 511)<sup>51</sup>, que recebem apenas os seus *efeitos reflexos*, como é o caso dos sucessores das partes originárias, o cessionário a título litigioso e o substituído na ação promovida pelo substituto processual (SILVA, 1998, p. 508). Essas figuras de terceiros, na verdade, não seriam estranhas à própria relação litigiosa, mas um simples prolongamento do direito controvertido na causa (SILVA, 1998, p. 508). Essa concepção mal se adapta às necessidades do controle de constitucionalidade, mormente concentrado, e às ingentes repercussões que a retirada de determinada lei do ordenamento pode ocasionar<sup>52</sup>.

Para o STF (BRASIL, 2004) é vinculante, além da própria decisão, que se submete à coisa julgada, também os motivos dela, ou seja, o efeito vinculante pode transcender a parte dispositiva da sentença, em sede de controle de constitucionalidade. No caso específico, tratava-se de ação ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, sustentando que a ordem de seqüestro de numerário público, determinada pelo TRT, 10ª Região, para pagamento de precatório já vencido, decisão baseada na EC n. 30/2000, teria violado o conteúdo essencial da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.662/SP. Sucede que essa última decisão havia dado pela inconstitucionalidade da Instrução Normativa n. 11/97 (TST) que equiparava a hipótese de *preterição do direito de preferência* ao caso de *não inclusão do débito no orçamento* do ente devedor à hipótese de pagamento inidôneo, firmando entendimento no sentido de que o seqüestro de verbas públicas somente é admissível se preterido o direito de preferência. Qualquer ato administrativo, continua o julgado, que determine o seqüestro de verbas públicas em desacordo com o art. 100 CF, releva-se contrário ao caso decidido e aos seus próprios fundamentos, desafiando a autoridade da decisão de mérito, sendo possível de ser impugnado por meio da reclamação. O julgado mereceu a ementa seguinte:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado

<sup>51</sup> De forma que seria impróprio aludir à eficácia da coisa julgada perante terceiros (SILVA, 1998, p. 511).

<sup>52</sup> Assim, por exemplo, na *ação declaratória de constitucionalidade*, a Corte se transforma numa espécie de legislador positivo (GOULART, 2005, p. 4).

de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. [...] 4. Ausente a existência de preterição que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

A ascendência dessa concepção é inequivocamente germânica (GOULART, 2005): o conteúdo extraído do dispositivo sentencial, bem como os fundamentos da decisão, vinculam todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros. O efeito vinculante (*Bindungsvirkung*) está previsto no § 31, I, da Lei da Corte Constitucional alemã, procurando maior eficácia às decisões do Tribunal Constitucional: “As decisões do TCFA vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados Federados, bem como todos os tribunais e autoridades” (GOULART, 2005, p. 6). Esse efeito vinculante obriga todos os órgãos, tribunais e autoridades da União e dos Estados, mas também todos os cidadãos diretamente, mesmo aqueles órgãos e pessoas que não haviam ingressado no processo. A sujeição aos efeitos vinculantes da decisão sofre críticas, dentre as mais destacadas a de Häberle (2003, p. ), que denuncia o engessamento dos demais tribunais:

A mesma idéia de ‘abertura’ deveria decidir o debate sobre se a eficácia vinculativa do art. 31.º da LTCFA *afecta* apenas o acórdão ou também a *ratio decidendi* ou fundamentos jurídicos nos quais ele se apóia. O TCFA inclina-se para essa segunda postura na medida em que ele próprio alude muitas vezes (e de forma consciente) a sua função de ‘intérprete determinante e guardião da Constituição’ (E 40, 88[93]). Esta canonização da *ratio decidendi* deve ser recusada, segundo a tese aqui defendida de uma compreensão processual, dinâmica da Constituição. *Caso se estenda a força vinculativa das decisões também à ratio decidendi, o ‘diálogo jurídico’ seria afetado, os restantes tribunais perderiam a coragem para efetuar outras interpretações da constituição e a força inovadora dos eventuais votos dissidentes seria minimizada.* A sociedade aberta dos interpretes da constituição ficaria, pelo menos em parte, ‘fechada’.



As consequências e repercussões do acolhimento da teoria do *Bindungsvirkung* são imprevisíveis: de um lado, a ótica da racionalização do processo de controle de constitucionalidade, e de sua almejada idéia de *uniformização interpretativa segundo a Corte Constitucional*; de outro, a possibilidade, já divisada por Häberle (2003), de paralisação e engessamento de toda atividade interpretativa das cortes inferiores, com grande concentração de poderes nas mãos de um só órgão judicial que passaria, assim, a atuar como catalisador de um único sentido do alcance constitucional. O caminho a ser percorrido está sendo pavimentado pelo STF, que já sinaliza para um novo norte constitucional: seria esse o caminho correto?

### 5. Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. n. 1987-0/DF. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 21 de maio de 2004.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomia. Revista de Teoria y Filosofia del Derecho*, n. 6, p. 55-70, abr. 1997.

GOULART, Clóvis Andrade. A reclamação no STF e o efeito vinculante no controle abstrato de constitucionalidade *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 747, 21 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2005.

HÄBERLE, Peter. Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. *Direito Público*, n. 02, out./dez. 2003.

HABERMAS, Jürgen; DWORKIN, Ronald. Impera el derecho sobre la política? *Revista Argentina de Teoria Jurídica da Universidade de Torcuato di Tella*, v. 1, n. 1, nov. 1999.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. (Org.). *O Federalista*. Tradução M. L. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

KELSEN, Hans. *A jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. Die Einheit des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, n. 14, p. 146, 1983.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 223-243, nov. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. (Primeira Série).

SAMPAIO, José Adércio. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ. José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHMITT, Karl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Processo de conhecimento, 4. ed. São Paulo: RT, 1998, vol. I.

## 1.2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

Mestre e doutorando em Direito Civil pela PUC/SP

Professor do Centro Universitário do Triângulo

Professor de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Sócio-fundador do Instituto de Direito Privado

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A relação jurídica contratual e sua teoria geral. 3. Direitos humanos fundamentais e direito privado. 4. O ponto-contato: contratos e os direitos humanos fundamentais. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

A elaboração filosófica do Estado Social teve por escopo abandonar de vez a vontade individual absoluta que caracterizava o liberalismo e o iluminismo, assim como se desviar dos perigos da burocracia gerada pelos germes socialistas, notadamente totalitários. Talvez por isso se tenha verificado a abertura axiológica para a reconstrução dos ordenamentos jurídicos que, ante os diversos fatores de evolução da humanidade via de uma constatação massificada, urgiam ser mais equânimes, igualitários e justos.

Evidente, nesse campo, é permeado um diálogo entre o direito público e o direito privado, a partir de uma conclusão óbvia no sentido de que responsável pela promoção humana não é tão-somente o aparelhamento público, mas também a sociedade, especialmente no que concerne ao valor respeitante à solidariedade. Portanto, ao que parece, a construção doutrinária setORIZADA deve dar lugar à tutela fundamental dos direitos humanos em sua concepção mais ampla. Nessa direção, inclusive, caminharam as Constituições de diversos países, após o último grande cataclismo, aproximando de forma acentuada os fins do direito público e do direito privado.

Aliás, atualmente, quanto a esse diálogo, cada vez mais se observa na doutrina internacional que tende a enfrentar temas comuns vivenciados no âmbito de diversas comunidades e que se traduzem num cotejo aprofundado entre os princípios contratuais e suas relações com o direito administrativo. Grande exemplo a ser objeto de estudos em qualquer cadeira científica, com certeza, serão as Parcerias Público-Privadas, bem como a regulamentação do setor público com a conseqüente privatização das estatais. Ao que parece, os países economicamente mais abastados vão conseguindo impor a contraprova de que o direito privado seja a solução mais que oportuna no mundo contemporâneo contra o *Estado-gigante* ou *Estado-elefante*, indicando que a



transformação dos equipamentos públicos em empresas privadas, sob a fiscalização de agências reguladoras, é meio idôneo para pôr fim ao desperdício, à ineficiência e à corrupção.

A isso, logicamente, não escapam sérias críticas (BONAVIDES, 2004, p. 20)<sup>1</sup>. Mas cumpre relembrar que a convivência da humanidade, nestes dias, com a globalização, é fatal, irreversível e sem escapatória. Isso se deve a motivos bem dimensionados na estrutura mundial, a saber: a ampliação geográfica e crescente do comércio internacional, conectando os mercados financeiros; a crescente evolução dos meios tecnológicos, especialmente nas áreas de informação e comunicação; a exigência universal de imposição dos direitos humanos através da democratização do discurso; o culturalismo global; a política pós-internacional composta por atores transacionais, destacando-se organizações não-governamentais e uniões nacionais; a pobreza mundial; a destruição do meio ambiente e os conflitos religiosos e culturais disseminados (BECK, 1999, p. 30).

É prudente, todavia, não esquecer, a propósito das críticas e da irreversibilidade do tema, que a imposição pura e hegemônica da economia dos mercados internacionais é dispar com idéia da globalização, revelando o que se chama *globalismo*, ou seja, o banimento das discussões políticas no seio cosmopolita, com redução drástica das questões mundiais tão-somente ao aspecto monetário. É, portanto, no *globalismo* que reside a atividade neoliberal (BECK, 1999, p. 27). Justamente sobre esse mote que se notabiliza a relação jurídica contratual como instrumento apto à proteção da pessoa humana (tanto no aspecto personalista quanto no efeito patrimonial), até porque o apelo da globalização – e não do *globalismo*! – importa em exigir de todos os modais jurídicos o respeito aos direitos humanos, como se disse, através da *democratização do discurso* (HABERMAS, 2000, p. 437)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Esclarece o Professor cearense que “[...] não chega assim ao Estado social o fogo-fátuo desse neoliberalismo, acadêmico nas regiões da doutrina, glacial no domínio da sociedade, insensível no campo da proteção ao trabalho e aos trabalhadores e cruel na esfera das relações econômicas; neoliberalismo que desnacionalizou a economia brasileira, que debilitou o Estado, que revogou as leis previdenciárias, que pôs em risco a soberania e trucidou a base social da Constituição e abriu caminho à ‘mexicanização’ da Amazônia; enfim, neoliberalismo de traição nacional”.

<sup>2</sup> Explicita o filósofo alemão que “[...] por racionalidade entendemos, antes de tudo, a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível. Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência obrigarem a compreender o saber exclusivamente como um saber sobre algo no mundo objetivo, a racionalidade é medida pela maneira como o sujeito solitário se orienta pelos conteúdos de suas representações e de seus enunciados. A razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e de êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, justeza normativa, veracidade subjetiva e adequação estética.”



Destarte, além do direito privado fortemente contribuir para a dinamicidade da máquina pública – extirpando, como se viu, os apaniguados do setor estatal – ainda purgou-se de redobrado fôlego mediante as declarações sociais, posteriormente adaptadas às Constituições. A esse aviso é fácil notar que os textos constitucionais ao passarem a dispor sobre disciplinas anteriormente presas ao direito privado (pessoa, família, propriedade, contrato, consumidor etc.) acabaram por destinar às mesmas uma carga bem mais social, ante uma notoriedade coletiva (PERLINGIERI, 1999, p. 6). Portanto, queira ou não, o desiderato normativo fundamental é no sentido de construção de uma sociedade informada pela igualdade e justiça social distributiva.

Nesse viés, o engenho sistemático-jurídico parece perfeito. Buscam-se estabelecer direitos fundamentais aos cidadãos, quase sempre plasmados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, e em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Tarefa mais que dinâmica, uma vez que os países signatários dos tratados começam a tratar dos temas relativos aos direitos humanos sob a ótica do direito internacional, sujeitando, por vezes, a própria soberania ao observatório dos agentes supranacionais.

Gize-se, nesse sentido, que as relações jurídicas contratuais são mais que oportunas para a instrumentalização dos direitos humanos fundamentais, mesmo porque a base que atualmente sustenta essa interpolação é a mesma: a dignidade da pessoa humana. Na consideração de que o *direito serve para gerar direito*, é imperativo buscar através do contrato a construção de relações paritárias, substancialmente iguais, preservando-se a autonomia privada e seus imediatos reflexos na resolução e revisão contratual, de molde a superar o rigor clássico de construção de riquezas.

## 2. A relação jurídica contratual e sua teoria geral

O contrato pode ter como conteúdo matéria civil e extracivil. Importante entender que além do campo obrigacional, outros ramos também são atingidos pelo contrato: a família, as coisas, a Administração Pública, o processo civil (foro de eleição e arbitragem), o direito internacional, dentre outros. Daí porque preservar como acertada a opinião de Gomes (1980, p. 1) que, com apoio em Josserand, alinhou que:

[...] o direito das obrigações constitui a base, não somente do direito civil, senão de todo o Direito: o Direito Comercial, o Direito Administrativo, o Direito Internacional, privado ou público, funcionam à base de relações obrigacionais que tendem a adaptar interesses mui diversos, mais ou menos especializados, cabendo dizer, sem exagero, que o conceito de obrigação constitui armadura e o substrato do Direito e, ainda, de modo geral, de todas as ciências sociais.



Tenha-se, pois, a idéia de uma teoria geral que parte da lógica em colocar em evidência uma nota comum entre diversos fenômenos do direito civil, criando uma categoria mais ampla. Destarte, se o contrato alcança searas outras não exclusivas do direito obrigacional, conforme demonstrado, cabe investigar a existência de uma teoria geral a ele superior, que informará seus modos de aplicação, interpretação e integração. Contudo, vale a advertência de que a base para a verificação analítica do contrato prende-se à figura do negócio jurídico (fonte) e não à obrigação (fim) (BIANCA, 1987, p. 1)<sup>3</sup>. É necessário ter presente que sendo seu berço a França, quando do *Code de Napoleon*, o contrato acabou estigmatizado como meio de acesso à propriedade e tão-somente passou a repercutir preponderância estrutural independente já nos posteriores estudos dos alemães que, fundamentalmente, construíram toda sua base a partir do negócio jurídico.

Remarque-se, por isso, que no *Code* não há uma teoria geral ou parte geral, e que, por conta dessa constatação, o contrato é perspectivado como obrigação. Ao que passo que a Alemanha, ao desenvolver a parte geral no BGB – inclusive notoriamente acompanhada no Brasil por Clóvis Beviláqua – elegeu o negócio jurídico como base fundamental do contrato, até porque dali se observa a vontade normada entre as partes. Portanto, contrato como fonte de obrigação.



Em conclusão, o cientista do Direito, ao tecer investigação sobre a teoria geral do contrato, forçosamente deve compreender o negócio jurídico, especialmente porque os elementos constitutivos nele contidos (acordo de vontades, o objeto, a forma) são comuns. Vale, entretanto, ressaltar que o objeto de estudo na teoria geral dos contratos não são especificamente os elementos, senão os princípios que podem ser operacionalizados no sistema através das cláusulas gerais; verdadeiras vias de mão dupla que permitem ao operador o manuseio sistemático dos princípios gerais no Direito (regra motriz).



Com isso, pode-se averbar que a teoria geral dos contratos é informadora e não conformadora aos contratos, permitindo, ao seu melhor exame, um acesso sem obstáculos aos princípios constitucionais e aos valores fundamentais. Aliás, essa última análise serve de combate à idéia de que o Código de Defesa do Consumidor é dispar e antinômico ao Código Civil, no que respeita aos contratos, porque a teoria geral é idêntica, o que garante, nesse diapasão, um diálogo de fontes<sup>4</sup>. Posto isso,

<sup>3</sup> Ensina o ilustrado professor que “[...] o contrato é o acordo entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial”. Neste sentido prudente a lembrança de que o negócio jurídico é gênero, enquanto o contrato é espécie do gênero, sendo de crucial atenção que o negócio jurídico pode ter cunho patrimonial e extrapatrimonial, ao passo que o contrato sempre é caráter patrimonial.

<sup>4</sup> Marques (2002, p. 47) indica que: “[...] efetivamente, parece extremamente significativo, que a Alemanha, um país principal do Direito Comparado, tenha modificado agora o seu Código Civil para receber a figura do consumidor (novo § 13 BGB – *Verbraucher*) e do fornecedor (novo § 14 BGB – *Unternehmer*), absorvendo assim, no seio da codificação do Direito Civil, o seu filho mais novo, o direito do consumidor.



devem ser observados os princípios que preponderam na teoria geral dos contratos, a saber: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e daí sua função social, consoante estudo já balizado na doutrina (NORONHA, 1996, p. 118).

Em primeiro plano, tem-se a autonomia privada como princípio contratual evoluído da autonomia da vontade. Entoa lembrar que a vontade nunca deixou de ser elemento constitutivo do contrato quando cotejada através do acordo (*consenso*) (BIANCA, 1987, p. 35), aliás, sua utilização remete ao próprio valor da liberdade, que é cânone constitucional. Entretanto, na observação principiológica passou a ser focada com as limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Não se pode perder de vista que a vontade perante o movimento iluminista mantinha um quadro absoluto a tal ponto de subjugar uma contraparte à outra. Adiante, quando da massificação social, acabou por proporcionar o aniquilamento da liberdade de um dos contratantes, dada sem limites. É de refletir-se, pois, a idéia de que a vontade não mais instrumentaliza o valor jurídico da liberdade, senão forceja como procedimento de opressão. Não se perca de vista a lição de Radbruch (1979, p. 288):

A concepção individualista exige que os contratos só obriguem até onde chegue a vontade real, e, por outro lado, que os contratos obriguem sempre e até onde essa mesma vontade chegar (liberdade contratual). A concepção social do direito opõe, contudo, essa doutrina a dois princípios: primeiro, os contratos devem obrigar, não apenas até onde chegar a vontade, mas até onde chegar a confiança que a outra parte depositou na declaração; segundo os contratos não são pura e simplesmente obrigatórios nos limites da vontade real, mas podem deixar de o ser por muita espécie de motivos e considerações (teoria das limitações à liberdade contratual). A liberdade contratual do direito converte-se, portanto, em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão. Daí, para a lei, a missão de ter de inverter de novo as coisas e de, por meio de certas limitações impostas à liberdade, restabelecer a liberdade social de contratar.

Igualmente, esclarece Noronha (No prelo, p. 40), com apoio em Ross Cranston, ao mencionar o juiz britânico Lord Denning:

Assim, as relações de consumo são, hoje, Direito Civil geral na Alemanha. Estas relações mistas, entre um empresário, pessoa física ou jurídica profissional que fornece produtos ou serviços (14 do BGB), e um consumidor, pessoa física com fins não profissionais (13 do BGB), são Direito Civil, não Comercial ou Direito puramente Econômico, como muitos defendiam. O Direito Civil renasce como centro científico do Direito Privado, para abraçar a proteção dos mais fracos, dos vulneráveis, dos consumidores, assumindo a sua função social e de harmonia em todas as relações civis, inclusive as de consumo, evitando assim o radicalismo das disciplinas autônomas e procurando uma nova sistematização”.

[...] tudo isto era feito em nome da liberdade contratual. Mas a liberdade estava toda no lado da grande empresa (*big concern*), que tinha o uso da máquina impressora. Nenhuma liberdade para o pequeno (*little man*) que recebia o bilhete, ou o impresso, ou a fatura. A grande empresa dizia ‘pega ou larga’ (*take or leave it*). O pequeno não tinha outra opção senão pegar. A grande empresa podia isentar-se – e isentava-se – de responsabilidades, no seu próprio interesse, sem consideração pelo pequeno. E fazia isso repetidamente (*time after time*). Quando os juizes (*the courts*) disseram à grande empresa ‘você deve por isso em termos claros’ (*clean words*), ela não hesitou em fazê-lo. Sabia bem que o pequeno nunca leria as cláusulas de exclusão de responsabilidade (*exemption clauses*) e que (se lesse) nem sequer as compreenderiam.

É evidente que tais considerações, conjuntamente a outras, interpuseram a necessidade de releitura da vontade, perspectivando a autonomia privada como princípio contratual. Destarte, sendo a autonomia privada a base do negócio jurídico e conseqüentemente do contrato, acaba por conceder a noção de *potestade* para as partes autonomarem-se reciprocamente, o que fundamenta o entendimento de que não existe liberdade contra a lei. Aqui prospera a aula inaugural de Lotufo (2002, p. 223) quanto à prevalência da autonomia privada: “[...] o homem criador e a norma criatura”<sup>5</sup>. Brinda nessa mesma taça Ferri (2001, p. 36) ao encetar que:

[...] *la autonomía privada no es sólo la libertad o un aspecto de ésta; y ni siquiera es únicamente licitud o facultad, es decir, libertad que se mueve en el ámbito del derecho, dentro de los límites fijados por éste. Esta última concepción representa un paso adelante respecto a la idea de la autonomía como mera libertad, pero no pone en evidencia todavía la esencia del fenómeno (tanto más que, aunque sea excepcionalmente, la actividad negocial podría salir de los confines de lo lícito aun conservando plena validez). El negocio jurídico no es resultado del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho o, mejor, no es solamente el resultado de éste, sino que es, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad.*

<sup>5</sup> Indica o autor que: “[...] o negócio jurídico, para nós, é o meio para a realização da autonomia privada, ou seja, a atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares, isto é, o pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, abstratamente e genericamente admitidas pelas normas do ordenamento”.



Urge nesse aspecto apenas adicionar que a força obrigatória dos contratos transparece mais gravitando na órbita do princípio da autonomia privada<sup>6</sup>. É que a vontade, mesmo que mínima em dias atuais, não deixa de existir, já que o contrato é regido conforme rege o sistema em face do comportamento das partes. Portanto, no contrato, o Direito abandona a abstração (vontade) para gerar efeito concreto (obrigação). Daí porque o não pagamento da prestação é, além de descumprimento do contrato, igualmente descumprimento da lei.

Remanesce também como princípio contratual a boa-fé objetiva. Nesse passo, é necessário relembrar que a relação obrigacional é percebida numa ligação triangular entre o credor e o devedor, através de um vínculo. Contudo, quanto a esse mesmo vínculo, a ciência do Direito passa a perceber que está fundamentado não só na obrigação específica do pagamento, senão preso a outros deveres que acabam formando um conjunto complexamente dinâmico e interagido, inclusive socialmente.

Em conclusão, é possível notar justamente através desse vislumbre, ou seja, da obrigação como processo, que surge a importância da boa-fé objetiva, até porque nela está contida, dentre as suas funções, o acometimento de deveres laterais ou anexos capaz de gerar outros encargos às contrapartes, bem mais abstratos que a relação trilateral (credor, devedor e prestação), essa última entendida como dever primário ou de prestação (COSTA, 1991, p. 57). Daí o vigor do artigo 422 do CC, cujo desrespeito pode levar à violação positiva do contrato. Nesse aspecto, anote-se que:

[...] uma série de notas características distinguem entre si essas espécies de deveres. Como se viu, eles decorrem de fontes normativas diversas. Daí sucede que os deveres laterais possam nascer antes dos deveres de prestação (casos de responsabilidade pré-contratual) ou se manifestarem ainda após a solvência destes (casos de responsabilidade pós-contratual), além de se subjetivarem tanto na pessoa do devedor como na do credor. De outra parte, esses deveres não se ligam à espécie de obrigação ou ao tipo do contrato, mas sim ao conjunto de circunstâncias concretas da relação, sendo, por isso, mais fortes e intensos em algumas delas, como nas obrigações duradouras, do que em outras (SILVA, 2002, p. 74).

Também a boa-fé objetiva deve ser compreendida abandonando a concepção anímica, subjetiva, para alcançar de forma prevalente o comportamento das contrapartes no contrato que deve ser probo, honesto e cooperador, o que vai facilitar a função do julgador na interpretação ou integração do contrato, nos termos do artigo 113 do códex civil. Ademais, a compreensão mais adequada da boa-fé objetiva permitiu

<sup>6</sup> A força obrigatória é ponto crucial do contrato, porque o contrato que não obriga é passível de inexistência.



à doutrina romano-germânica sua utilização como ferramenta apta a estancar o exercício inadmissível de posição jurídica, forçosamente, no recrudescimento das figuras canônicas do *venire contra factum proprium*, da *surrectio*, da *suppressio*, do *tu quoque* (CORDEIRO, 2001, p. 742) e, mais contemporaneamente, do adimplemento substancial, conforme baliza mestra presa ao artigo 187 do estatuto civil pátrio.

Ainda como princípio fortemente informador do contrato tem-se a justiça contratual que se alinha, ao lado da autonomia privada e boa-fé objetiva, formando-se o que se chama de *ordem pública do contrato*. Ao seu tempo demonstra a necessidade de paridade entre os contratantes não somente quando do entabulamento do contrato, mas também quanto aos encargos contratuais (NORONHA, p. 214). Ao primeiro momento, ou seja, quando da paridade entre as partes na entabulação do contrato observa-se uma justiça contratual formal ou procedimental, porque se almeja que as contrapartes tenham o mesmo poder de negociação. Sobre o tema anotou Noronha (No prelo, p. 220) que: “[...] a igualdade pressuposta pela justiça formal, a posição igualitária no momento de contratar, é entendida em termos teóricos, é uma igualdade de oportunidades; quem contrata deve ter a liberdade de decidir, deve estar em pleno gozo de suas faculdades e normalmente esclarecido sobre a transação que faz”.

Esse tipo de justiça contratual formal foi base do pensamento voluntarista, porque era entendida em decorrência da presunção de igualdade entre partes contratantes. Evidente que numa sociedade altamente desigual não é fácil presumir o contrário. A assinatura do aderente para esse fim se mantinha num verdadeiro efeito *mágico*, vitalício e intransponível, porque sendo *iguais* as contrapartes presumiam-se *iguais* às vontades, sem o prevalecimento de uma sobre a outra, o que era uma inverdade.

De outro lado, contemporaneamente, tem-se por correto buscar a justiça contratual material entre as contrapartes, que está ligada à eqüitativa distribuição de direitos e obrigações no contrato. Aqui, o embasamento da justiça material tem por mote o princípio da equivalência, de forma que a uma prestação de uma parte corresponda a contraprestação da outra contraparte. Larenz (1991, p. 89) nesse aspecto ensina que:

*[...] en el derecho positivo moderno el derecho de contratos no surge exclusivamente de los principios de la autodeterminación y de la autovinculación. Colaboran con ellos el principio de justicia de la ‘equivalencia objetiva’ y el de la ‘proporción mensurada’. En su aspecto positivo, este principio funciona configurando el derecho legal – ‘dispositivo’ en su mayor parte – que integra el contrato. En su función negativa es un límite del contenido contractual admisible, que se ponde en marcha en casos extremos (usura, laesio enormis) y en las condiciones generales de la contratación.*



Aliás, em complemento, é dever ainda demonstrar que a justiça contratual material vai se alinhar à noção da igualdade substancial, considerando as diferenças evidentes entre as contrapartes e buscando equacioná-las no sentido de promover o bem comum. Veja-se que a justiça contratual passa a ser positivada no novo estatuto civil, principalmente nos contratos cativos em que há a franca possibilidade de fatos extraordinários que levem à onerosidade excessiva a uma das partes. Assim, o devedor surpreendido por fatos imprevisíveis pode requerer em juízo a resolução do contrato, justamente em razão da perturbação de equivalência, conforme autoriza a dicção do art. 478 do Código Civil atual.

Frise-se, todavia, que a onerosidade excessiva que é elemento de tal direito não é exclusiva ao devedor, porque se assim fosse não se trataria de justiça. A tanto, comprova-se que, efetivamente, através do art. 317 do mesmo diploma legal, resta garantido o poder de valia da moeda, a pedido do credor quando sofrer, também, perturbação imprevisível e irresistível em seu crédito. Evidentemente tal figura vai além do contrato, porque está inserido no título das obrigações, mas a base de raciocínio é quase a mesma.

Portanto, o princípio da justiça contratual material mantém forte reflexo tanto na possibilidade de revisão como de resolução do contrato, neste último caso somente quando se tornar comprovadamente impossível seu objeto, dado que o contrato nasceu para ser cumprido e extinto normalmente, cabendo às partes e aos operadores do direito procurar purgar a patologia da onerosidade excessiva.

Em derradeira instância, a função social do contrato também vai se alinhar como princípio na medida em que os efeitos do contrato não podem atingir negativamente terceiros. Nesse sentido um contrato mesmo que perfeito e corretamente celebrado entre as partes pode causar efeitos negativos *erga omnes* e, portanto, ser objeto de questionamento judicial, como se dá nas hipóteses consumeristas e ambientalistas. Tem-se, pois, efeitos metaindividuais do contrato (difusos, coletivos e individuais homogêneos) neste caso, donde percebe-se habilmente a legitimidade do Ministério Público para questionar sua validade e eficácia.

Bianca (1987, p. 542), a esse ponto, indica que “[...] *a questo risguardo occorre considerare che il contratto tende a creare, modificare o estinguere posizioni giuridiche che, pur non incidendo sulla sfera giuridica dei terzi, devono essere rispettate dalla generalità dei consociati secondo il principio del rispetto dei diritti altrui*”. Da mesma forma é provável que hipotético contrato celebrado entre as partes venha a prejudicar ilicitamente, não um sem-número de pessoas, mas alguém determinado em outra construção contratual. A esse passo também é necessário invocar o princípio da função social do contrato, a fim de perscrutar a necessária proteção ao contrato primitivo. Vale o exemplo da concorrência desleal.

Desdobra-se, assim, que o princípio da relatividade tão bem defendido no iluminismo é relido frente aos ditames sociais contemporâneos, ou como diria Azevedo (2004, p. 142): “[...] o antigo princípio da relatividade dos efeitos contratuais precisa, pois, ser interpretado, ou re-lido, conforme a Constituição.” Eis, rapidamente, os princípios informadores e prevalentes na teoria geral do contrato.

### 3. Direitos humanos fundamentais e direito privado

As quatro gerações de direitos humanos conhecidas mundialmente dividem-se em direitos humanos de liberdade (primeira geração), de igualdade ou sociais (de segunda geração), de solidariedade ou difusos e coletivos (de terceira geração) e de biogenética (quarta geração), ainda pouco trabalhada doutrinariamente. Pode-se frisar, por isso, que a idéia de direitos humanos não se prende limitadamente à liberdade, mas a outros ideários constantes da vida, tal e qual aos direitos sociais e direitos econômicos e o direito das minorias.

A expressão *direitos humanos fundamentais* é divergente da idéia de *direitos humanos*. Cumpre relembrar, nesse sentido, que, com o findar das guerras mundiais, os países beligerantes fundaram novas categorias de direitos humanos além da liberdade e igualdade, os quais, posteriormente passaram a ser positivados nas Constituições dos Estados participantes formando, internamente, os chamados direitos fundamentais do cidadão. Decorre daí uma diferença interessante entre direitos humanos e direitos fundamentais, já que os primeiros guardam relação com os documentos de direito internacional, referindo-se às proposições jurídicas que se atribuem ao ser humano, independentemente da vinculação com a ordem constitucional, ao tempo que os segundos são aqueles direitos da pessoa reconhecidos na esfera de direito constitucional de determinado Estado (SARLET, 2003, p. 194).

Nisso há tanto uma verdade que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, de 1789, trazia no artigo 16 a advertência de que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 3). Robles (2005, p. 7) ao definir direitos fundamentais acena que:

[...] quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um status especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros

que são, por assim dizer, direitos ordinários. Normalmente é a Constituição que especifica os direitos fundamentais e prevê um tratamento especial para eles.

Portanto, teremos os direitos humanos fundamentais toda vez que a Constituição Federal positivar direitos humanos hauridos em declarações de cunho eminentemente social, alcançando nesse desiderato a imposição mundial hodierna no que respeita à globalização: “[...] a exigência universal de imposição dos direitos humanos através da democratização do discurso”. Cá no Brasil tais direitos estão distribuídos de forma medular no artigo 5º de nossa Constituição Federal. Averba-se, contudo, que há uma tendência doutrinária atual que compreende o valor da dignidade da pessoa humana, tanta vezes transcritos nas Constituições mundiais, como o vetor dos direitos humanos fundamentais. A esse aspecto não se pode esquecer de que:

[...] tão densas transformações ensejaram, como consequência, uma profunda reformulação na própria base e nos fundamentos do Direito Constitucional. Basta atentar, a título de exemplo, ao rol dos princípios que cada Constituição passou a elencar como fundamentais, com preponderância para o princípio da dignidade da pessoa humana” (PIOVESAN, 2003, p. 360).

Além do mais, o princípio da dignidade da pessoa, inserido como fundamento na Constituição Federal (art. 1º, inciso III) transparece nitidamente como fonte, ou seja, alicerce da construção jurídica nacional, tudo isso para alcançar os objetivos presentes no art. 3º da mesma Constituição, ou seja, erradicação da pobreza e da marginalidade, construção de sociedade livre, justa e solidária. Importa considerar a lição de Azevedo (2004, p. 20):

Grosso modo, o pressuposto e as consequências do princípio da dignidade (art. 1º, III da CR) estão expressos pelos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no art. 5º da CR; são eles: vida (pressuposto), segurança (1ª consequência), propriedade (2ª consequência) e liberdade e igualdade (3ª consequência), sendo o pressuposto absoluto e as consequências ‘quase absolutas’.

Todos, por força da Constituição Federal, de eficácia imediata. Indicados os direitos fundamentais básicos, tenha em conta que os direitos humanos fundamentais atuam tanto em face do poder de autoridade do Estado, como nas relações entre indivíduo *versus* indivíduo, revelando-se, de forma infraconstitucional, nos chamados direitos da personalidade. Pode-se assim perceber que os direitos humanos que inspiraram o constituinte pátrio de 1988 na formação das *normas definidoras de direitos* (BARROSO, 2003, p. 147) compõem-se como cláusula geral para tutela de direitos

privados, aqui tratados como *direitos de personalidade* ou *direitos civis* (TEPEDINO, 1997, p. 33)<sup>7</sup>, já que a personalidade não pode ser vista, apenas, como capacidade de direitos e obrigações, mas, muito além disso, como direito à existência e às consequências de viver.

O direito privado inicialmente dispensou tratamento à personalidade como acesso à capacidade em direitos e obrigações. Posteriormente, com o avanço doutrinário, os direitos da personalidade alcançaram a tutela da existência, todavia de forma apenas estrutural, indicando a possibilidade da responsabilização civil do transgressor da personalidade alheia. Evidentemente esse caráter estrutural dos direitos da personalidade mitigam seus necessários efeitos jurídicos e sociais, até porque tais direitos, mesmo que na órbita positiva da instância privada, também pertencem à seara pública, fazendo-se crer que superam a setorização dicotômica na busca da ampliação de seu fundamento: a dignidade da pessoa humana. Tepedino (2003, p. 30) critica essa visão meramente estrutural concedida aos direitos da personalidade:

[...] em que pese, pois, a extraordinária importância das construções doutrinárias que engendraram os direitos da personalidade, a proteção constitucional da pessoa humana supera a setorização da tutela jurídica (a partir da distinção entre direitos humanos, no âmbito do Direito Público, e os direitos da personalidade, na órbita do direito privado) bem como a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudessem incidir o ordenamento também não parece suficiente o mecanismo meramente repressivo e de ressarcimento, próprio do Direito penal, de incidência normativa limitada no aspecto patológico das relações jurídicas, ou seja, no momento em que ocorre a violação do Direito (binômio lesão-sanção).

Também no mesmo aspecto Perlingieri (1999) indicou que a personalidade não seria meramente um direito, mas sim um valor (*o valor fundamental do ordenamento*). Daí, pois, fica claro compreender a insistência da doutrina, e do próprio ordenamento jurídico, em tratar a personalidade como interesse ou direito extrapatrimonial, oponível *erga omnes*, indisponível, irrenunciável e imprescritível (DE CUPIS, 1961, p. 50). Vale, assim, a advertência de Reale (1994, p. 39), em lição da pena de Teixeira de Freitas: “[...] os direitos existem por causa das pessoas; onde não há pessoa, não pode haver questão de direito”.

<sup>7</sup> “[...] os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala em direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos de personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.”

#### 4. O ponto-contato: contratos e os direitos humanos fundamentais

Explicitada de forma genérica a teoria geral dos contratos donde percebem-se seus princípios informadores, assim como ilustrados os direitos humanos fundamentais, especialmente na evidência de estarem desprovidos de uma anunciada setorização (tudo isso para melhor aproveitamento da dignidade da pessoa humana), é forçoso demonstrar, mediante exemplos do dia-a-dia, a necessária confluência de ambos modais principiológicos e abstratos.

Por tais exemplos vislumbrar-se-á a nítida interação dos princípios contratuais com os direitos humanos fundamentais a par de nossa valiosa Jurisprudência e sem descurar da lição de Azevedo (2004, p. 20) quanto aos desdobramentos da dignidade da pessoa humana: o pressuposto vida e suas conseqüências (segurança, liberdade e igualdade). O ordenamento jurídico diante um contrato nitidamente paritário, onde as partes desfrutam do mesmo poder de negociação, dada a igualdade substancial existente entre elas, acaba por emprestar-lhe total validade ante o princípio da autonomia privada, cujo cânone constitucional é a liberdade. Observe este aviso:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PARCERIA AVÍCOLA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO VÁLIDA E EFICAZ. É competente o juízo do foro de eleição para julgar ação indenizatória decorrente do descumprimento de contrato de parceria avícola, porquanto, havendo entre as partes total liberdade ao contratar, a cláusula de eleição de foro tem eficácia plena e, assim sendo, há de ser respeitada (BRASIL, 2000).

No caso acima mencionado, prevalecem a liberdade e igualdade entre as partes para concertarem o contrato que melhor lhes aprouver, donde se extrai que:

[...] a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatoria adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa (BRASIL, 2000).

Aqui, portanto, há um ponto-contato entre a autonomia privada, princípio ínsito na teoria contratual, com os cânones da liberdade e igualdade. Também a Jurisprudência desenha de forma inequívoca a vocação do ordenamento jurídico na proteção da boa-fé objetiva. Observe-se a tanto o fato de uma concessionária de serviços de televisão

por assinatura modificar unilateralmente o contrato, surpreendendo seus assinantes e consumidores e, por isso, abusando de sua posição jurídica. Eis a ementa:

PROC. CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TV A CABO - PROGRAMAÇÃO - ALTERAÇÃO UNILATERAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE PROCESSUAL - OFENSA AO DIREITO DOS USUÁRIOS - LIVRE INICIATIVA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. 1. O interesse processual do Ministério Público subsiste, na ação coletiva, ainda quando haja composição extra-autos entre a prestadora de serviço e os usuários que representaram contra ela, tendo em vista o caráter de interesse social da tutela jurisdicional pleiteada, principalmente se há nos autos documento que atesta inconformismo de outro usuário, que não se retratou. 2. A alteração unilateral da programação de TV a cabo fere o direito do usuário assegurado em contrato que estipula a grade de programação, os preços e as condições de reajuste, o que justifica o restabelecimento das condições contratuais e a devolução das quantias indevidamente cobradas. 3. Não se pode proibir a operadora de TV a cabo de adotar nova programação, desde que respeitados os contratos vigentes, sob pena de ferir-se o seu direito ao livre exercício da atividade empresarial. (MINAS GERAIS, 2000).

Transparece claro que a Jurisprudência acima indicada bem tutela a boa-fé objetiva, especialmente, na consequência da segurança relativa à dignidade da pessoa humana, porque a parte aderente não pode ser surpreendida na execução contratual, considerado que a expectativa gerada, que levou ao contrato, deva ser cumprida. Portanto, tranqüilamente se observa a interação entre o princípio contratual da boa-fé objetiva com a segurança de que trata o art. 5º da Constituição Federal. Não fosse isso, ainda, o dever de cooperação que advém do princípio da solidariedade (art. 3º, CF/88) foi igualmente prestigiado pelo citado julgamento.

É possível ainda cotejar os preceitos constitucionais da igualdade e de formação de uma sociedade justa com o princípio da justiça contratual que persegue a sinalama ou a equivalência das prestações, evitando assim a onerosidade excessiva que pode, em tese, levar o contrato à resolução, sem que o mesmo atenda a expectativa social em ser cumprido. Remarque-se, nesse sentido, o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. AÇÃO CIVIL COLETIVA AJUIZADA PELO MOVIMENTO DAS DONAS DE CASA E CONSUMIDORES. REVISÃO DE CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA VARIAÇÃO CAMBIAL PELO INPC. POSSIBILIDADE. CDC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Taxa de mercado. 1- O Movimento das



Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ação revisional de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores de Minas Gerais. 2 - São aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de arrendamento mercantil - leasing. 3 - Inviável modificar o acórdão recorrido quando o recorrente deixa de atacar fundamento apresentado pelo Tribunal de origem suficiente para manter suas conclusões. 4 - É possível que a distribuição da verba honorária seja feita no juízo de execução, quando na fase cognitiva for inviável verificar a condenação real do réu e o ganho efetivo do autor. 5 - Inviável analisar matéria que não foi debatida pelo Tribunal de origem. 6 - Admite-se a cobrança de comissão de permanência vinculada à taxa de mercado. Precedentes (BRASIL, 2005).

A modificação da banda cambial nos contratos de arrendamento mercantil no ano de 1999, por oscilação da bolsa nos países asiáticos, trouxe de forma surpreendente, extraordinária e imprevisível o aumento vertical das parcelas oriundas da prestação contratual, alterando significativamente a equivalência objetiva e a proporção mensurada do contrato. É evidente que tal hipótese permitia tanto a resolução do contrato por onerosidade excessiva quanto sua revisão, sendo interessante a última opção porque nitidamente preserva o contrato.

Daí claro resta a interação entre o princípio da justiça contratual com os direitos fundamentais relativos à formação da sociedade justa e da própria igualdade. Da mesma forma parece óbvio que o contrato deve promover o respeito à vida e à saúde das pessoas, que são direitos humanos fundamentais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Por isso, as entabulações que versam sobre saúde privada obrigatoriamente estão predispostas a cumprir o princípio da função social, não sendo lícito, a esse aviso, que determinados agentes da área de saúde, por questões meramente mercadológicas, descredenciem-se de forma adrede e coletiva de uma grande maioria de planos de saúde para praticar reserva de mercado a uma só operadora. Nesse sentido tem-se que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR – REQUISITOS – FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – PRESENÇA – INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – ILEGALIDADE DA MEDIDA CAUTELAR – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINARES REJEITADAS. 1. O contrato que envolve relação de consumo deve ser interpretado em razão de sua função social. 2. Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, de modo a se caracterizar a plausibilidade da pretensão aviada e o perigo fundado de dano à ação futura que se pretende ajuizar, o juízo encontra-se autorizado a deferir liminarmente a medida pleiteada (MINAS GERAIS, 2005).

Perceba-se, pois, o entrelaçar mais que evidente do princípio da função social do contrato com os direitos fundamentais de vida, inclusive saúde, porque aqui a liberdade de contratar encontrou limites na própria Constituição Federal, especialmente quando, no caso em questão, médicos ortopedistas mantiveram-se contratados apenas com uma cooperativa de saúde, desfilando-se de outros planos de saúde que congregavam mais de vinte e nove mil consumidores. Presentes, portanto, os efeitos negativos do contrato recente ante aos terceiros oriundos de contratos primitivos<sup>8</sup>. É perceptível nesse sentido que os consumidores, mesmo que não fizessem parte do novel contrato entabulado pelos médicos ortopedistas com a nova cooperativa de saúde, passaram a sofrer de forma direta com o descredenciamento coletivo, porque suas operadoras não mais contavam com qualquer quadro de profissionais daquele segmento em seus contratos, o que, a todos os olhos, mitigava os direitos da personalidade de pessoas determinadas.

## 5. Conclusão

Atualmente, as imposições advindas da globalização exigem que os ordenamentos jurídicos passem a adotar freqüentemente posições em tutela aos direitos humanos, tudo isso (como se viu) como uma única resposta para preservar a humanidade do globalismo neoliberal e de efeitos meramente mercadológicos. Daí a relevância em superar a setorização do Direito, abandonando as construções que exigiam a análise dicotômica entre o direito público e o direito privado, especialmente no que respeitam aos direitos humanos fundamentais, os quais para o alcance pleno da complexidade jurídica devem ser entendidos de forma abstrata e geral, indene a qualquer estruturalismo divisório.

Demais disso, vislumbrou-se a importância da teoria geral dos contratos ou das relações jurídicas contratuais, especialmente porque nessa matéria são contempladas

<sup>8</sup> Trecho do voto condutor: “No caso em questão, entendo estarem presentes os requisitos ensejadores ao deferimento da liminar, tendo em vista tratar-se, o objeto da lide, de atendimento médico à pacientes participantes de plano de saúde, que em virtude do descredenciamento dos médicos possam ser privados de tais serviços. A saúde, como um bem extraordinariamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem. A Carta Magna, preocupada em garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput), tratou de incluir a saúde como um dos direitos previstos na Ordem Social (art. 193). O intuito maior do texto constitucional foi o de assegurar, efetivamente, a todo cidadão, independentemente de sua condição econômica e social, o direito à saúde. O constituinte, no entanto, ciente de que o Estado não conseguiria sozinho desempenhar tal mister constitucional, permitiu que a assistência à saúde fosse prestada também pela livre iniciativa, ressaltando, contudo, como forma de evitar abusos do setor privado, que os serviços de saúde são de relevância pública, de modo que o Poder Público possa regulamentar, fiscalizar e controlar aqueles serviços. A saúde, embora seja dever do Estado, não é monopólio deste, constitui uma atividade aberta à iniciativa privada. Entretanto, como a saúde não se caracteriza como uma mercadoria qualquer e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas, tem-se que o particular, que presta uma atividade econômica correlacionada com os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, os de prestar uma assistência médica e integral para os consumidores dos seus serviços”.

duas finalidades precípuas. A primeira relativa à constatação de que a teoria geral dos contratos é única, o que autoriza um diálogo de fontes entre as normas infraconstitucionais, a exemplo do CC e o CDC, os quais mantêm os idênticos princípios fundantes: autonomia privada, boa-fé objetiva, justiça contratual e função social do contrato. A segunda notabilizada pela interação havida entre os princípios inerentes à teoria geral dos contratos e os direitos humanos fundamentais, sendo que os primeiros, geralmente predispostos em cláusulas gerais, autorizam o operador do direito à constante interpretação sistemática de forma a *visitar* sempre a Constituição Federal, especialmente no que respeita as normas constitucionais definidoras de direito, que são de aplicação imediata.

Ademais restou doutrinariamente contemporizado que os direitos humanos são diretrizes sociais estabelecidas em declarações de cunho internacional, ao passo que os direitos humanos fundamentais representam a positivação dos direitos humanos nas Constituições dos países membros de organizações supranacionais humanitárias. Resta patente, de outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana que densifica e define os direitos humanos fundamentais, especialmente aqueles relacionados à vida, à propriedade, à segurança, à liberdade e à igualdade. Todos eles em comunicação direta com os princípios dispostos na teoria geral dos contratos.

É passível de compreensão, portanto, que o princípio da autonomia privada mantenha base no direito humano fundamental relativo à liberdade e à livre iniciativa. Também é facilmente perceptível que a boa-fé objetiva encontre sua base constitucional tanto na solidariedade, assim como no direito humano fundamental da segurança. Nessa mesma linha, arvora o princípio da justiça contratual com esteio no solidarismo constitucional como ainda no direito humano fundamental da igualdade, os quais informam a necessidade de paridade nas relações contratuais, especialmente no que respeitam à equivalência objetiva da prestação e a proporção mensurada do contrato.

Em derradeiro, os direitos fundamentais relativos à vida e à saúde espelham-se como verdadeiros axiomas na observação do princípio da função social do contrato, nitidamente porque os contratos mesmo que perfeitos entre as partes não podem traçar efeitos de conteúdo negativos a uma população coletiva, indeterminada ou determinada de pessoas.

## 6. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile, Il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 29.373/SC. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 20030159892-3/MG. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 3 de maio de 2005.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Mario Julio Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1991.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 51, 2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 263.306-1/Uberlândia. Apelante: TV Vídeo Cabo de Uberlândia Ltda. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Juiz Tibagy Salles. Belo Horizonte, 28 de junho de 2000.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 469.057-1/Uberlândia. Relator: Des. Antonio Sérulo. Belo Horizonte, 18 de maio de 2005.

NORONHA, Fernando. *Direito do consumidor, contratos de consumo, cláusulas abusivas e responsabilidade do fornecedor*. No prelo.

\_\_\_\_\_. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. São Paulo: Siciliano, 1994.

ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 46, 2003.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracaju, 2003.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### STJ

Sigilo das comunicações em sede de *chat* (ou sala de bate papo na Internet). Inaplicabilidade.

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 241. INTERNET. SALA DE BATE PAPO. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. A conversa realizada em “sala de bate papo” da internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.

2. O trancamento do inquérito policial em sede de recurso em *habeas corpus* é medida excepcional, somente admitida quando constatada, *prima facie*, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria.

3. Recurso que se nega provimento, com a recomendação de que o juízo monocrático determine a realização imediata da perícia requerida pelo *parquet* nos autos, sob pena de trancamento da ação penal. (STJ, 6ª Turma, RHC 18116/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 16.02.2006, DJ 06.03.2006, p. 443).

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE CONFERE ATRIBUIÇÕES À DEFENSORIA PÚBLICA – ADI N.º 3.022-1/2004

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Especialista em Direito Público

Mestre em Direito e Instituições Políticas

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino

Professor de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu*

#### 1. Introdução

A decisão sobre a qual iremos tecer alguns comentários revela-se de atual importância, mormente com o advento da Lei Federal nº 11.448/2007, que modificou o artigo 5º da Lei nº 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública), conferindo à Defensoria Pública legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública. Conquanto o aresto tenha sido proferido antes da publicação da Lei, impõe-se como fonte interpretativa – precedente – que, entendemos, vincula os demais órgãos judiciários.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI proposta pelo Procurador-Geral da República em que se argúi a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 10.194/1994, do Estado do Rio Grande do Sul, quanto à expressão *bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais*, contida na alínea *a* do Anexo II da Lei, que conferiu à respectiva Defensoria Pública a defesa de todos os servidores públicos do Estado. Segundo o publicado, no particular, o aresto foi unânime em declarar a inconstitucionalidade da expressão, sob o argumento de que, além de ferir a regra da *reprodução obrigatória*, o dispositivo legal conferiu à Defensoria Pública atribuições que se incompatibilizam com a representação judicial dos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/88).

#### 2. Justificativa

Conforme já anunciado, escolhemos essa decisão do Supremo Tribunal Federal para comentário por encerrar verdadeira fonte interpretativa da Lei Federal nº 11.448/2007, que conferiu à Defensoria Pública legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública, isso porque, como tentaremos demonstrar na seqüência, entendemos que tal diploma legislativo está eivado de inconstitucionalidade, na medida em que, como a Lei Complementar Estadual fustigada no aresto sob comento, a Lei Federal nº

11.448/2007 oferta à Defensoria Pública atribuição que se afasta de suas diretrizes constitucionais, pois que lhe apresenta oportunidade de representar judicialmente pessoas que não contêm o atributo de *necessitada*, contida no texto constitucional (art. 5º, LXXIV, CF/88).

### 3. Comentário

#### 3.1. Aspectos Introdutórios

É cediço, em doutrina e jurisprudência, que a Constituição não encerra tão-somente uma lei, cujos princípios e regras possuem normatividade. Forçoso apreender que a Constituição, além de tal característica, é dotada de um atributo que a distingue das demais espécies normativas, qual seja, a sua *supremacia* em relação a todo o sistema. Assim aduz Canotilho (2002, p. 245-246, grifo do autor):

O estado de direito é um *estado constitucional*. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional do estado de direito - uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* - *supremacia da constituição* - e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o '*primado do direito*' do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

Com efeito, é da percepção de sua supremacia e normatividade que podemos apreender o raciocínio segundo o qual, do quanto decidido pela nossa Suprema Corte, a Lei Federal nº 11.448/2007 incompatibiliza-se com os direcionamentos constitucionais referentes à Defensoria Pública.

#### 3.2 Distinção entre Substituição Processual e Representação Processual como Premissa Inafastável a ser Observada pela Norma Infraconstitucional. Dogma Constitucional que se Impõe

Delimitada a questão, procederemos à análise dos direcionamentos postos no aresto proferido em sede de ADI pela nossa Suprema Corte, apresentando nossas escusas pela extensão desaconselhável do presente estudo.

Fixada, portanto, a premissa segundo a qual os princípios institucionais insertos na Constituição, como de resto, todo seu corpo, devem ser observados pelas leis



de conformação, impõe-se o reconhecimento de que a Defensoria Pública tem por objetivo e fim institucionais a *representação judicial* e, não a *substituição processual* dos *necessitados*, institutos que, como veremos, divergem tanto na sua estrutura, quanto nos seus efeitos. Cabe não deslembrar, ainda, que, por toda relevância e gravidade da função que foi atribuída à Defensoria Pública, faz-se necessária a fiel observância dos ditames e limites constitucionais que a regem, a fim de se evitar o seu desvirtuamento funcional, o que representaria imensurável prejuízo para seus destinatários. Com efeito, impende reconhecer, com as clássicas lições de Chiovenda (2000, p. 327), que a *representação judicial* ocorre:

Nem sempre aquele que é dotado de capacidade processual pode comparecer em juízo e realizar diretamente os atos ou alguns atos processuais; freqüentemente, ao contrário, a parte ou o representante da parte tem de ser representado por um procurador judicial [...] Daí, outro dos pressupostos processuais é a capacidade de requerer em juízo (*ius postulandi*).

Ensinando sobre a natureza da relação entre a parte processual e seu defensor, Carnelutti (2000, p. 237-238, grifo nosso), também em escólios clássicos, ensina, de seu turno: “O defensor é nomeado pelas partes mediante uma declaração que recebe o nome de poder (procuração); esse nome se refere em particular ao patrocínio ativo, e provém certamente da opinião de que o defensor ativo é um *representante*”. Divisa-se, assim, que na doutrina clássica da processualística civil, a representação judicial se dá em nome alheio, na defesa de interesse ou direito alheio.

Desse entendimento não se afasta a doutrina moderna, notadamente a pátria que, à luz dos ensinamentos de um dos maiores doutrinadores contemporâneos, prescreve quanto à representação processual (NERY JUNIOR; NERY, 1997, p. 278-279): “[...] é a relação jurídica pela qual o representante age em nome e por conta do representado. Seus atos aproveitam apenas ao representado, beneficiando-o ou prejudicando-o. O representante não é parte no processo”.

Sob outra perspectiva radica a *substituição processual*, que, ainda em ensinamentos clássicos, pode ser conceituada (CARNELUTTI, 2000, p. 222): “Existe substituição quando a ação no processo de uma pessoa diferente da parte se deve, não à iniciativa desta, e sim ao estímulo de um interesse conexo com o interesse imediatamente comprometido na lide ou no negócio”. E ainda, nas precisas palavras de Calamandrei (1999, p. 295), a substituição processual deve ser descrita em contraposição à representação processual, pois assim se revelará, com maior facilidade, a distinção entre ambas. Com efeito, (CALAMANDREI, 1999, p. 295):

Estudada por Chiovenda quando ainda o antigo — Art. 81 — código não a disciplinava expressamente, a substituição processual (também esta denominação é de origem chiovendiano), está agora admitida indiretamente pelo art. 81 do CPC., segundo o qual ‘fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio um direito alheio’. Este artigo, como proíbe normalmente a substituição, assim também a permite excepcionalmente nos só casos “expressamente previstos pela lei”: é, então, um instituto excepcional, cuja característica, colocada de manifesto nesta fórmula legislativa, está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido (‘direito *alheio*’), que seria o *substituído* e a pessoa que está legitimada para fazê-lo valer no processo ‘em nome *próprio*’, que seria o *substituto*.

E, com precisão cirúrgica, assevera ainda o ilustre doutrinador italiano (1999, p. 295):

Basta ter presente esta contraposição para — Representação e substituição — captar imediatamente a diferença mais evidente entre representação e substituição: enquanto o representante faz valer em juízo um *direito alheio* (é dizer, um direito do representado a nome do representado), o substituo faz valer em juízo um *direito alheio em nome próprio* (é dizer, um direito do substituído, em nome do substituto); o qual significa, que, enquanto na representação parte em causa é o representado e não o representante, na substituição é parte em causa o substituto, não o substituído.

Por corolário, importa evidenciar que a diferença entre os institutos ora sob comento reside na coincidência ou não das pessoas do titular do direito material e do titular da relação processual: havendo a referida coincidência, haverá *representação processual*; e não havendo, *substituição*.

Quanto à problemática maior que se quer expor, mister saber: a) se os legitimados à propositura da Ação Civil Pública estão na qualidade de substitutos processuais ou meros representantes processuais; b) se a Defensoria Pública pode litigar na qualidade de substituta processual. No que concerne ao primeiro questionamento, forçoso reconhecer que os referidos legitimados (art. 5º, Lei Federal nº 7.347/85) litigam, em sua maioria, na qualidade de substitutos processuais (legitimação extraordinária), e, não de representantes processuais. Isso porquanto, após descortinar as correntes doutrinárias sobre o assunto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 244) informa que tem se entendido, majoritariamente, que os legitimados à Ação Civil Pública agem em substituição processual.

Impõe-se, pois, a premissa segundo a qual alguns legitimados para a propositura da Ação Civil Pública se colocam no processo como substitutos processuais. Tal assertiva se mostra verdadeira quanto à legitimação conferida pela Lei Federal nº 11.448/2007 à Defensoria Pública. Não obstante, põe-se nova questão: pode, à luz das diretrizes constitucionais de regência, a Defensoria atuar na qualidade de substituta processual? Realizando-se uma interpretação exclusivamente literal do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (na redação ofertada pela Lei nº 11.448/2007), poder-se-ia entender pela plenitude de legitimação da Defensoria Pública para propositura da Ação Civil Pública, visto que a referida Lei, em si, não traz nenhum limite ou condicionante para a mesma.

Sem embargo, a resposta negativa se impõe à questão, porquanto mister asseverar que os delineamentos constitucionais quanto à Defensoria Pública a impedem de litigar na qualidade de *substituta processual* (legitimação extraordinária), residindo suas atribuições constitucionais na *representação processual* daqueles comprovadamente necessitados. Daí se infere a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.448/2007, à medida que confere a qualidade de substituto processual à Instituição que, por determinação constitucional, somente poderá figurar em processos judiciais como *representante processual* da parte necessitada.

Tal fenômeno se justifica exatamente pelos termos constitucionais utilizados para a Defensoria Pública, de um lado, e, de outro lado, o Ministério Público. Neste, vislumbra-se a afetação, dentre outras atribuições, da defesa dos interesses ou direitos meta e transindividuais (art. 129, CF/88) (ALMEIDA, 2004, p. 97-103). Quanto àquela, o confinamento na representação judicial dos necessitados (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV, CF/88).

Na hipótese corrente, forçoso asseverar que somente a Constituição – no cumprimento dos seus objetivos de criação do Estado brasileiro e na sua preponderância no ordenamento jurídico (princípio da supremacia) – poderia conferir, em tese, atribuições à Defensoria Pública cujo caráter processual redundaria na *substituição processual* (legitimação extraordinária), na defesa de direitos ou interesses meta e/ou transindividuais.

À Lei infraconstitucional não concedeu a Constituição espaço – como o fez para o Ministério Público (art. 129, IX, CF/88) – para conferir outras atribuições à Defensoria Pública, senão a representação judicial (processual) dos comprovadamente necessitados. Frise-se, ademais, que ao Ministério Público está vedada a *representação processual* (art. 129, IX, *fine* CF/88), o que demonstra, às escâncaras, a intenção constituinte no moldar tal arquitetura constitucional.

### 3.3 Imposição Constitucional à Defensoria Pública que Restringe suas Atribuições à Defesa daqueles Constitucionalmente Considerados Necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/88)

Sedimentado o entendimento segundo o qual à Defensoria Pública cabe a defesa dos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/88), impõe-se reconhecer, sob esta nova perspectiva, a incompatibilidade da Lei Federal nº 11.448/2007, porquanto, consoante o que restou decidido na ADI 3.022-1/RS pelo Supremo Tribunal Federal, cabe à Instituição da Defensoria Pública tão-somente a *representação judicial* dos *necessitados*, como tais entendido aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. É o que se extrai da ementa do aresto:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV.
2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. (Grifo nosso)
3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.
4. Ação julgada parcialmente procedente.

É possível ainda retirar do voto do eminente Relator a ilação que converge com o quanto asseverado no presente estudo. Segundo ele:

Sr. Presidente, o art. 134 da Constituição Federal é claro ao restringir a finalidade institucional da Defensoria Pública à orientação jurídica e defesa dos necessitados, clareza essa reforçada pela remissão desse dispositivo ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o qual impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Estendendo seu raciocínio, o Ministro-Relator expõe, com agudeza, o problema colocado, de resto, neste estudo:

Talvez a questão se resolvesse sob o prisma da regra de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, de regras da Constituição Federal. Por esse enfoque, o texto da Constituição estadual foge, por excesso, ao padrão definido na Constituição Federal de 1988.

A meu ver, porém, não basta a afirmação de que o Constituinte estadual se desviou das referências da Carta Magna. É necessário também ressaltar que, ao alargar as atribuições da Defensoria estadual, ele – o Constituinte estadual – extrapolou o modelo institucional preconizado pelo Constituinte de 1988.

É de se indagar em que extensão essa extrapolação viola o modelo federal. Pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha. Mas entendo, Sr. Presidente, que a atribuição de quaisquer outras atribuições à Defensoria tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito fundamental específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça.

A defesa de servidores pela Defensoria Pública gaúcha leva à desnaturação da missão institucional do órgão tal como a quis a Constituição de 1988. Por via transversa, a não-reprodução exata do sistema institucional previsto na Carta Magna importa o risco objetivo de não-concretização adequada (conforme os parâmetros da CF/1988) do direito fundamental à assistência jurídica.

Destarte, utilizando-se do aresto como parâmetro da atitude interpretativa que se quer consentânea com o texto constitucional, a incompatibilidade da Lei Federal *sub examen* (Lei Federal nº 11.448/2007) com as cláusulas constitucionais de regência se mostra incontornável, na medida em que o diploma legal confere *legitimação extraordinária* à Defensoria Pública, além do que não se apresenta constitucionalmente adequado

agir esta Instituição, em nome próprio, na defesa de interesses ou direitos alheios, cujos titulares não puderem ser reconhecidos como necessitados, vale dizer, aquele que comprovar insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF/88).

Daí correta a assertiva de que, a prevalecer o alcance da norma infraconstitucional perante as cláusulas constitucionais, tal conduta interpretativa representaria ignorar a força normativa da Constituição da República, situação que, por si só, traduz-se em séria ameaça ao Regime Democrático de Direito. Não se pode, portanto, olvidar a força normativa da Constituição. Jamais poderá (deverá) ela se sujeitar ao poder dos fatos. Nem mesmo um eventual estado de necessidade, momentaneamente conveniente, poderia justificar o desrespeito à observância da interpretação constitucional. A preservação e o fortalecimento da normatividade constitucional é medida fundamental que se impõe ao intérprete. São essas as lições de Hesse (1991, p. 32):

As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (*Not kennt kein Gebot*). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos. (*Macht der Fakten*). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.

## 5. Conclusão

Conclui-se, dessarte, que, à luz dos ensinamentos doutrinários colhidos, bem como da orientação jurisprudencial pacífica no Supremo Tribunal Federal, a declaração da inconstitucionalidade da Lei Complementar rio-grandense-do-sul encerra uma clara tendência da nossa Corte Suprema em alinhar, na sua função de intérprete natural do texto constitucional, as Instituições no que concerne às suas atribuições, não permitindo prevalecer a incongruência jurídico-constitucional posta em decisões de eventuais maiorias parlamentares. Com isso, concordamos inteiramente com o teor da decisão comentada.

## 5. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Renato Franco de. A competência nas ações coletivas do CDC. *Revista CEJ: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 25, p. 97-103, jun. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.022-1/RS. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 2 de agosto de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 208.790/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, 15 de dezembro de 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. 5. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado: legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



#### 4. TÉCNICAS

##### 4.1 MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA

ELAINE MARTINS PARISE  
Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Coordenadora de Controle da Constitucionalidade  
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos – PUC/MG

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Assessor especial do CEAF  
Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP  
Doutor em Direito Difusos e Coletivos - PUC/SP  
Coordenador e Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna/MG

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DESEMBARGADOR XXXXXX

CORTE SUPERIOR DO TJMG

ADI nº XXX

Comarca de origem: XXX

Requerente: XXX

Requerido: XXX

Espécie: MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS  
GERAIS

Objeto: Lei Orgânica do Município de XXXXXXXXX que determina que a concessão  
de serviço público somente será feita com autorização legislativa, mediante contrato.

##### 1. Do objeto e do sucinto relatório

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Senhor Prefeito Municipal  
de XXXX em face do art. XXX da Lei Orgânica Municipal, o qual condicionou a  
concessão de serviço público à prévia autorização legislativa. O representante alegou,  
em suma, que a exigência afronta o princípio da separação dos Poderes e viola os arts.  
6º e 173, ambos da CEMG e, ao final, pede que seja declarada a inconstitucionalidade  
da expressão *só será feita com autorização legislativa*.

A liminar cautelar pleiteada foi deferida por Vossa Excelência (fl. XXX) e  
oportunamente ratificada pela Corte Superior deste Tribunal (fl. XXX). A Câmara

Municipal de XXXX prestou informações nas fls. XXXXX, aduzindo, em síntese, que compete ao Poder Legislativo autorizar o Poder Executivo abrir o processo licitatório para a concessão de serviços públicos.

Os autos vieram com vista à Procuradoria-Geral de Justiça para parecer.

É o relato do necessário. Manifesta-se.

## **2. Do mérito da presente ADI**

### **2.1 Da apresentação das duas correntes sobre a constitucionalidade ou não da autorização legislativa em concessões e permissões para outorga de serviço público**

A autorização legislativa em casos de concessões e permissões de serviços públicos é questão polêmica, havendo quem sustente sua constitucionalidade e outros que pugnam pela sua inconstitucionalidade. Com efeito, ambas as correntes possuem bons argumentos a justificar o seu respectivo ponto de vista, contando com a abalizada opinião de juristas, aplicadores do direito e doutrinadores de peso. Vejamos cada uma delas.

#### **2.1.1 Dos que defendem a sua inconstitucionalidade: Ofensa ao princípio da separação e à harmonia entre os Poderes**

Segundo o entendimento jurisprudencial da Corte Superior deste Egrégio Tribunal, é inconstitucional a disposição de lei que vincula a concessão de serviços públicos à prévia autorização legislativa, por ofender o postulado da separação e harmonia entre os Poderes e representar uma ingerência indevida do Legislativo no Executivo (CEMG, arts. 6º e 173). Nesse sentido, citam-se alguns precedentes:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Concessão de serviço público. Licitação. Autorização. Poder Legislativo. Inadmissibilidade. A dependência de autorização legislativa para a concessão ou permissão de serviço público, prevista em Lei Orgânica Municipal, após o processo licitatório, ofende o princípio da separação de poderes, por representar ingerência indevida em atividade típica do Executivo. Acolhe-se a representação e declaram-se inconstitucionais as expressões "...com autorização da Câmara Municipal e" do art. 124 da Lei Orgânica do Município de Elói Mendes.(TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.336625-9/000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 31.03.2004, DJ 05.05.2004).

EMENTA: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA - A previsão contida em Lei Orgânica Municipal de prévia autorização legislativa para outorga de concessão de serviço público após regular processo licitatório ofende o princípio da separação, independência e harmonia dos Poderes, consagrado no art. 173 da Constituição Mineira, por representar ingerência indevida do Poder Legislativo em atividade típica do Executivo.” (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.193483-5/000, Rel. Des. Bady Curi, j. 12.09.2001, DJ 28.09.2001).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. A previsão contida em Lei Orgânica municipal de prévia autorização legislativa para outorga de concessão de serviço após regular processo licitatório, bem como para celebração de convênio, ofende o princípio da separação, independência e harmonia dos Poderes, consagrado nos artigos 6º e 173 da CEMGE. (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.321444-2/000, j. 25.08.2004, DJ 15.09.2004).

EMENTA: ADIN - LEI ORGÂNICA - PERMISSÃO DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA - CONDICIONAMENTO À AUTORIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE DECLARA. - Por violar o princípio da separação dos poderes, consagrado nos artigos 6º e 173 da Constituição Estadual, é inconstitucional a norma inserta na Lei Orgânica que condiciona a permissão de serviço de utilidade pública à prévia autorização legislativa. (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.326281-3/000, Rel. Des. Francisco Figueiredo, j. 25.03.2004, DJ 23.04.2004).

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 462/BA, entendeu que:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. - Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembléia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse

público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembléia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989. (STF, Pleno, ADI nº 462/BA, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.08.1997, DJ 18.02.2000, p. 54).

O entendimento jurisprudencial acima esposado atesta a prescindibilidade da autorização legislativa a fim de que seja celebrado o respectivo contrato administrativo para a delegação do serviço público, depois de finalizado o certame. Para os adeptos dessa corrente, seriam inconstitucionais as disposições constantes na legislação extravagante infraconstitucional que exigem a referida autorização do Poder Legislativo nesses casos. Entretanto, há outras questões jurídicas que merecem ser analisadas na matéria em pauta, especialmente em relação à corrente que sustenta a constitucionalidade da autorização legislativa.

### **2.1.2 Dos que defendem a sua constitucionalidade: observância do princípio da legalidade**

A CF/88, em seu art. 175, *caput*, dispõe que: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” O dispositivo acima transcrito dispõe que a execução de serviços públicos pode ser efetivada de maneira indireta, ou seja, por intermédio de descentralização, que nas palavras de Carvalho Filho<sup>1</sup> “[...] é o fato administrativo que traduz a transferência da execução da atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração”.

Por seu turno, a descentralização pode ser efetivada mediante lei ou através de negócio jurídico de direito público, incluído nesta última modalidade, o regime de concessão ou permissão a particulares, também entendido como *delegação negocial de serviços públicos* (CARVALHO FILHO, 2004, p. 288). O autor escreve a esse respeito:

<sup>1</sup> *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 286.

Quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a *delegação legal*, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a *delegação negocial* (CARVALHO FILHO, 2004, p. 307).

Marcos Juruema Villela Souto anota que a autorização legislativa, nos casos de concessão ou permissão de serviço público, está intimamente ligada ao Princípio da Legalidade, justificando-se, sobremaneira, a adoção de tal medida quando o serviço público for delegado ao particular, o qual possui poucos vínculos com a Administração Pública <sup>2</sup>. Cita-se:

Quanto à exigência de autorização legislativa para a delegação por concessão, parte da doutrina entende seja inafastável, pois, se o serviço incumbe ao corpo central, Administração Centralizada, quando se descentraliza o serviço, conferindo-o a um prolongamento seu, ou a entidade criada para esse fim, deverá fazê-lo por intermédio de lei, nada mais acertado que, considerando o Princípio da Legalidade, ao transferir o exercício para o particular, que tem menos vínculos com a Administração do que uma entidade da Administração indireta, na concessão, deverá delegar também com prévia autorização legislativa (SOUTO, 2004, p. 47-48).

Souto (2004, p. 48) aponta, ainda, que esse mesmo setor da doutrina, que defende a constitucionalidade da autorização legislativa nos casos de concessão de serviço, sustenta que se “[...] para a encampação<sup>3</sup>, há necessidade de lei, na delegação feita no início da concessão também deve haver, já que seria de muito maior importância”. Comunga desse entendimento Mello (2000, p. 634), para quem “[...] a outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize”. Aduz o autor:

Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe.

<sup>2</sup> SOUTO, Marcos Juruema Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48.

<sup>3</sup> Nos termos do art. 37 da Lei nº 8.987/1995, “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

Para Mello (2000, p. 634), em observância ao Princípio da Legalidade, o ato administrativo da concessão deve ser fundamentado com base em lei, mesmo que essa “[...] lei faculte, genericamente, a adoção de tal medida em relação a uma série de serviços que indique”.

## 2.2 Do novo posicionamento da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica: constitucionalidade da autorização legislativa

Depois de fazermos novas reflexões sobre o tema, mudamos o nosso entendimento. Agora pensamos que assiste razão à corrente que sustenta a constitucionalidade da autorização legislativa para as concessões e permissões de serviços públicos. Longe de haver a proclamada violação ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, a participação do Poder Legislativo possibilitará uma maior segurança aos cidadãos em relação à qualidade e lisura da futura outorga do serviço público.

Segundo a lição de Justen Filho, autorização legislativa é o “[...] ato jurídico específico, dotado de configuração própria, que precede o surgimento da concessão e sem o qual a outorga é inviável. Inúmeras outras formalidades devem ser obrigatoriamente respeitadas como requisito de validade da formalização da concessão”<sup>4</sup>.

Pode-se dizer que é até mesmo recomendável que o ato jurídico de delegação nesses casos tenha natureza jurídica de ato complexo, exigindo-se a autorização *em abstrato* do Legislativo e a sua concreção pelo Executivo, mediante a realização do procedimento licitatório e a celebração do ajuste final, vale dizer, do contrato administrativo.

Isso porque, explica Meireles<sup>5</sup>, “Tais atos representam encargos extraordinários e delegações de serviços do Município e, por isso, não podem ser validamente realizados sem a intervenção dos órgãos do governo local, isto é, sem que a Câmara autorize o Prefeito a praticá-los”

A delegação de serviços públicos é medida de considerável importância dentro do contexto do município, sendo certo que a má execução desse ato poderá afetar negativamente todos os cidadãos locais. Por isso, nada impede que o Poder Legislativo também participe de seu processo de efetivação.

No mesmo sentido, aduz Justen Filho (2001, p. 173) que a “[...] outorga de uma concessão envolve decisão séria e grave, pertinente a interesses de diversa ordem, inclusive com potenciais efeitos sobre direitos e garantias individuais”. E conclui o jurista: “Daí se segue a impossibilidade de reputar-se a decisão de produzir a outorga

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 173.

<sup>5</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 654.

como abrangida nas competências puramente administrativas. A escolha de produzir a outorga de concessão envolve a manifestação do Poder Legislativo.”

Outrossim, a realização desses contratos administrativos representa gasto para o Erário, impactando nas finanças e orçamentos do ente municipal. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município, quanto à legalidade, legitimidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é prerrogativa constitucionalmente conferida à Câmara de Vereadores (CF/88, art. 29, XI e 70). Assim, nada impede que o Poder Legislativo local exerça esse controle de forma preventiva, por meio da autorização legislativa prévia, evitando-se qualquer prejuízo ao patrimônio público e a outros direitos difusos e coletivos, no caso de uma possível concessão ou permissão outorgada fora dos parâmetros legais.

Há quem afirme ser ato meramente de gestão do Executivo a concessão de serviços públicos. Entretanto, não se pode concordar com tal orientação, haja vista que a outorga de serviços públicos a particulares é, na verdade, ato de competência vinculada do Executivo em relação ao Legislativo, dada a magnitude do seu objeto.

Não se trata, portanto, de atividade discricionária do Executivo, pois, como defende Justen Filho (2003, p. 177), “[...] a outorga de concessão não se configura ato puramente administrativo. Há nítida diferença entre os demais contratos administrativos e a outorga de serviços públicos à gestão por particulares”, uma vez que o “[...] contrato administrativo comum retrata atividade puramente administrativa sujeita apenas a limitações genéricas”. Por isso,

[...] a concessão apresenta-se muito mais como um ato estatal do que como manifestação exclusivamente administrativa. Daí haver nítida redução da discricionariedade administrativa no campo das licitações para concessões e permissões, se comparada a situação com as demais licitações. O edital deverá ser elaborado nos estritos limites da lei que autorizou a licitação e estabeleceu as condições para outorga dos serviços aos particulares (JUSTEN FILHO, 2003, p. 177).

Como já ressaltado, a decisão acerca da transferência da gestão do serviço público para particulares envolve interesses muito relevantes e de natureza transcendente. Concordamos com Justen Filho (2003, p. 176) ao lecionar que “Não se trata de decisão inserida na órbita de competência do Poder Executivo. Depende do exame, aprovação e regulamentação do Poder Legislativo, por meio de cuja manifestação retrata-se a concordância do povo à alternativa adotada”. Veja-se:



A referência do art. 175 à edição de lei para delegação de serviço público se relaciona não apenas com o princípio da legalidade do art. 5º. Trata-se de reconhecer que o povo, por via do legislativo, é o único titular das escolhas acerca da forma de gestão dos serviços públicos. É que esses serviços se destinam a assegurar o bem do povo, a eliminação das carências individuais e regionais e a institucionalização de um Estado Democrático de Direito. Por isso não se admitem decisões provenientes apenas do Poder Executivo – ainda que também esse seja integrado por representantes do povo. Mas o conjunto de órgãos destinados a vocalizar a vontade popular é especificamente o Poder Legislativo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 176).

Por isso, Justen Filho (2003, p. 176) é contundente em afirmar que “Não é possível, portanto, admitir que a outorga de concessões e permissões derive exclusivamente de ato administrativo, sem prévia autorização e regulação por meio de lei. Interpretação distinta distorce a estrutura fundamental do Estado brasileiro e torna vazia a regra do art. 175 da Constituição”. Não procede, também, a tese de que a autorização legislativa configura ingerência indevida do Poder Legislativo no Poder Executivo. Explica Meirelles (2001, p. 654):



Convém relembrar que a Câmara nunca praticará esses atos *in concreto*, limitando-se a autorizar, ou não, sua prática pelo prefeito. Não é a Câmara que concede autorização a terceiros para a realização de qualquer ato, obra ou serviço no Município; ela somente autoriza o prefeito a praticar o ato administrativo que dependa da concordância da Edilidade. Ao chefe do Executivo é que incumbe, sempre e sempre, praticar concretamente o ato autorizado pela Câmara, dando-lhe a forma administrativa conveniente. A Câmara autoriza; o prefeito executa.



Além disso, tal autorização legislativa deve ser prévia, de modo a evitar eventuais fraudes e prejuízos. De acordo com Justen Filho (2003, p. 178), “Não se admite, portanto, que o Executivo desencadeie licitação para concessão sem a existência da autorização legislativa. Nem seria viável argumentar com a possibilidade de ratificação posterior dos atos administrativos, com efeito retroativo”. Nesse passo, explica o autor não se tratar de “[...] formalismo excessivo, mas de se evitar o risco de situações fáticas irreversíveis”, diante da possibilidade de serem conferidas concessões absurdas e fraudulentas. E conclui afirmando que “[...] a autorização legislativa deve ser prévia e sem ela os atos praticados pelo Executivo deverão ser reputados nulos”. E mais:

Essa interpretação deriva do princípio da legalidade, que exclui a possibilidade de o agente administrativo atuar sem a prévia autorização legislativa, nas hipóteses em que as suas





competências foram vinculadas. Não é casual, por isso, que a Lei determine a nulidade das licitações quando determinada autorização legislativa, indispensável para a contratação, não estiver presente no momento da instauração da licitação. O exemplo mais evidente é o da previsão orçamentária, indispensável para o aperfeiçoamento de certos contratos e que se constitui em requisito para o desencadeamento da licitação.

Assim, seja por um, seja por outro fundamento, reputamos constitucional a exigência de autorização legislativa em relação à concessão de serviços públicos. Vejamos, agora, qual o embasamento legal de tal disposição.

### 2.3 Da fundamentação legal para a exigência de autorização legal nos casos de concessão ou permissão de serviços públicos

Em se tratando de licitações e contratação, a CF/88 em seu art. 22, XXVII, dispõe ser esta matéria de competência concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É que embora prevista no artigo competência privativa da União, vê-se, na verdade, que caberá à União apenas editar, de forma privativa, normas gerais sobre licitações e contratos. Assim, o legislador dos demais entes federativos poderá apenas complementar aquilo que a União dispuser na norma geral, obedecendo-se, contudo, a principiologia normativa básica. Isso pode ser comprovado a partir da leitura do art. 175 da CF/88 ao indicar que *lei* posterior iria dispor sobre a matéria.

A própria Constituição Federal é que determina que o sistema de concessão será sistematizado de acordo com as necessidades de cada ente federativo, observadas as peculiaridades do caso concreto e os limites encontrados na norma geral. Para Justen Filho (2003, p. 173), a necessidade de autorização legislativa estaria explicitada no art. 175, *caput*, e sem seu parágrafo único, da CF/88. Podemos concluir que toda disposição de lei infraconstitucional que restringir a necessidade de autorização legislativa será, portanto, inconstitucional, vez que se a CF não faz qualquer distinção, não cabe ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

Explica esse autor que a autorização legislativa pode ser genérica ou específica. Para ele, cada ente federativo poderia dispor da forma que melhor lhe aprouver sobre os contornos da concessão e permissão, no âmbito de sua autonomia federativa. Cita-se:

Reputa-se que o tema se enquadra no âmbito da autonomia federativa. Cada ente federativo dispõe de competência para disciplinar a organização e o funcionamento de seus serviços. Incumbir-lhe-á, como decorrência, optar por solução detalhada

ou genérica, sendo inviável extrair da Constituição outra solução, que não a de prestigiar a Federação.

Isso significa adotar o entendimento de que, se tal for a opção do ente federativo, será suficiente autorização legislativa genérica, remetendo à Administração a explicitação das condições reputadas como adequadas para a delegação (JUSTEN FILHO, 2003, p. 173).

O único raciocínio que não pode ser tolerado é no sentido de dispensar a autorização legislativa para algum tipo de concessão de serviço público, já que, como decorrência do comando constitucional previsto no art. 175 da CF/88, a delegação de tal função a particulares é ato do qual participam tanto o Executivo, enquanto agente que irá concretizar a medida, e o Legislativo, na função de fiscalização e, até mesmo, assessoramento na gestão da coisa pública.

A LOM de XXXXX – e de tantos outros Municípios mineiros – determina em seu art. XXXX a regra da autorização legislativa prévia e específica para qualquer tipo de concessão que envolva a delegação de serviços públicos. Assim, a cada nova concessão de serviço público, o legislador municipal de XXXX deverá editar lei própria para aquele caso específico. Souto (2004, p. 48) aponta a viabilidade de tal disposição legal, ao comentar os aspectos da Lei nº 9.074/1995. Veja-se:

Ultrapassado esse aspecto, há que se indagar se a autorização legislativa deve ser específica, para cada tipo de concessão, ou se pode ser genérica, autorizando, em tese, qualquer concessão.

Ora, se o objetivo do legislador federal foi devolver ao legislador o poder decisório, a este cabe a definição.

No âmbito federal, para dar aplicabilidade ao art. 175, *caput*, da CF/88, foi editada a Lei nº 8.987, de 13.02.1995 e, posteriormente, a Lei nº 9.074, de 07.07.1995, que além de complementar e alterar a primeira, também dispôs especificamente sobre os serviços de energia elétrica e a reestruturação dos serviços concedidos. A Lei nº 8.987/1995 nada dispôs sobre a necessidade de autorização legislativa para deflagrar o procedimento licitatório ou celebração do contrato administrativo respectivo.

Entretanto, Mello (2000, 635) anota que a “Lei 8.987, de 13.2.95, não menciona a necessidade de lei autorizativa; nem por isso poder-se-ia prescindir de tal exigência”. Vale dizer que a Lei nº 9.074/1995, em seu art. 2º, explicitou a necessidade de lei autorizativa para a instituição de novas concessões ou permissões, ressalvando, contudo, 3 situações em que a aludida autorização seria desnecessária: a) nos casos de saneamento básico e limpeza urbana; b) nos casos já referidos na Constituição Federal, Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios e, por

fim, c) nos processos iniciados com base na Lei nº 8.987/1995, entra a data de sua publicação e a publicação da presente Lei (9.074/1995).

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995.

§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei no 8.987, de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente Lei, fica dispensada de lei autorizativa.

Sobre as ressalvas contidas na lei, colhe-se o entendimento de Justen Filho (2003, p. 177) no sentido de serem elas inconstitucionais:

Logo, a regra de autorização legislativa prévia deriva da Constituição. Logo, a regra do art. 2º da lei 9.074 é meramente explicitadora da previsão constitucional. Não pode inovar, ampliando ou restringindo, a Constituição. Isso significa que as hipóteses de dispensa da autorização legislativa albergadas no art. 2º são inconstitucionais. Todas as concessões e permissões de serviços públicos necessitam de prévia autorização legislativa, inclusive nos casos de saneamento básico e limpeza urbana. A regra aplica-se após a vigência da Constituição de 1988, o que torna inválida a liberalidade pretendida no § 1º.

Por fim, em relação às concessões eventualmente empreendidas sem a necessária autorização legislativa, Justen Filho (2003, p. 178) aponta duas saídas para o problema. Com apoio nas lições de Bielsa., anota que “Se o trâmite da autorização é prévio e não foi cumprido, a concessão é irregular, mas deve assim ser declarada em via jurisdicional”. Por outro lado, Justen Filho (2003, p. 178) pondera que o desfazimento da concessão há anos já outorgada poderia gerar “[...] efeitos maléficos de tal intensidade que a única solução seria consolidar os fatos”. Mesmo assim, adverte:

Num caso desse, o Poder Legislativo acabaria por constranger-se a ratificar os atos já praticados. Mas a solução dessa ordem apenas pode ser admitida quando inevitável. Por isso e enquanto tal for faticamente possível, deverá obstaculizar-se

a instauração de licitação ou formalização de outorga sem a autorização legislativa.

## 2.4 Da constitucionalidade do art. XXX da LOM de XXXXX

Em último tópico, convém apenas deixar claro que o art. XXX da LOM de XXXX é constitucional, na medida em que apenas explicita regra constitucional que tem o condão de potencializar a fiscalização nos procedimentos de concessão ou permissão de serviços públicos. O que a LOM determinou foi que a cada nova licitação tendente à concessão de serviço público, tal decisão passasse também pelo crivo do Poder Legislativo, que poderia exercer o controle, fiscalização e assessoramento que lhe é inerente e foi constitucionalmente outorgado a esse órgão.

Portanto, em se tratando de concessão de serviço público, o procedimento licitatório somente poderá ter início após autorização legislativa, sendo necessário que o edital que vier a regular o certame siga estritamente o que foi deliberado pelo órgão legiferante e constou na respectiva lei autorizativa. Em relação aos aspectos materiais e formais dessa lei, transcreve-se a lição de Meirelles (2001, p. 6565), com a qual, passamos à parte final deste parecer:

As concessões para exploração de serviços de utilidade pública devem também ser autorizadas por lei especial, na qual a Câmara delimite o âmbito do contrato a ser firmado entre o Município, representado pelo prefeito, e o concessionário. As leis orgânicas dos Municípios deverão dispor sobre o *quorum* e o número de discussões para a aprovação da lei autorizadora. Tais exigências, com é bem de ver, podem ser aumentadas ou reduzidas, a critério da legislação de cada Município. O que convém se grave é que tais contratos não podem ser firmados sem prévia autorização da Câmara de Vereadores, por importar delegação de poderes do Município a terceiros para a exploração de determinado serviço de interesse público local.

## 3. Conclusão

Diante do exposto, manifestamos pelo julgamento improcedente do pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que a autorização legislativa prévia para a concessão de serviços públicos é prerrogativa que decorre da vontade do próprio constituinte (art. 175 da CF/88) e atividade da qual participam tanto o Executivo quanto o Legislativo, no limite de suas competências.

Belo Horizonte, XX de XX de XX.

## SUBSEÇÃO II – DIREITO INSTITUCIONAL

### 1. ARTIGOS

#### 1.1 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDA INSTÂNCIA – SUGESTÃO DE UM NOVO PERFIL

JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS  
Procurador de Justiça do Estado de São Paulo

OSWALDO LUIZ PALU  
Procurador de Justiça do Estado de São Paulo

Todos hão de convir que, nos últimos anos, o Ministério Público sofreu profundas transformações. De órgão encarregado de promover a ação penal e de intervir, na qualidade de fiscal da lei, em causas cíveis de pouca ou nenhuma repercussão social, tornou-se instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Constituição da República, art. 127).

Com as novas atribuições que lhe foram conferidas pela Carta Constitucional de 1988, viu-se o Ministério Público forçado a abandonar seu antigo perfil, qual seja, o de órgão que esgotava sua atuação numa atividade puramente processual. Passaram os Promotores de Justiça a sair dos gabinetes e tomar a frente das investigações, inclusive criminais, assumindo posturas inéditas na salvaguarda de relevantes interesses públicos e sociais, que provocaram aplausos de toda a sociedade.

Indústrias poluidoras, viadutos em risco de desabamento, idosos maltratados em casas de repouso, contratos de planos de saúde com cláusulas abusivas e, é claro, a máfia de corruptos alojada nos mais variados escalões da Administração Pública, esses e outros temas ligados ao cotidiano da população estão cada vez mais presentes no dia-a-dia dos Promotores de Justiça. Graças a essa postura desenvolta, a atuação do Ministério Público ganhou visibilidade e firma-se, cada vez mais, como órgão de proteção dos direitos difusos e coletivos. Em contrapartida, os Procuradores de Justiça têm sua atuação presa ao velho figurino.

Nesse aspecto continua a vigorar entre nós um modelo que se concentra na figura de um único agente público – o Procurador-Geral – todo o poder atinente ao segundo grau, seja para investigar, fiscalizar ou promover. Diante desse quadro, torna-se premente abrir discussão sobre modificações que se fazem necessárias para adequar a atuação da segunda instância ao novo perfil institucional, principalmente no que toca a sua intervenção no cível (área onde o distanciamento do novo figurino se mostra maior e mais gritante).

Nessa área em particular, é preciso, antes de mais nada, abandonar antigas posturas e perceber que a função interveniente do Ministério Público, prevista em diversos artigos de nossa legislação infraconstitucional, não raras vezes contrasta com seu atual papel político-jurídico, diversas sendo as hipóteses em que a intervenção do *Parquet* se faz em favor de interesses individuais e disponíveis.

Nos dias de hoje, não mais se justifica, que intervenha o órgão encarregado da defesa dos interesses da sociedade num mandado de segurança em que se discute a existência de obrigação tributária decorrente da importação de alguns quilos de bacalhau ou merluza. Da mesma forma, sua intervenção ocorre em processo de separação de casal sem filhos e devidamente representado por advogados.

No âmbito geral de atuação da Instituição, modificações também precisam ser impostas. A primeira delas é a urgente necessidade de implantação de uma rotina administrativa que permita a efetiva e usual participação de Procuradores de Justiça nas sessões de julgamento dos tribunais, inclusive superiores, especialmente naqueles casos em que atua o Ministério Público como órgão agente. Essa prática permitirá uma melhor defesa dos interesses institucionais e evitará, muitas vezes, a necessidade do aparelhamento de recursos especiais e extraordinários, sempre morosos.

A segunda modificação, talvez a mais importante, é a necessidade do comprometimento, por parte dos Procuradores de Justiça, na contínua defesa de teses e políticas institucionais, comprometimento a se refletir, necessariamente, no manejo de recursos, inclusive para tribunais superiores. Como solução de curto prazo à situação atual alvitramos oportuna a criação de uma equipe encarregada do aparelhamento de recursos extraordinários e especiais também na área cível, nos moldes do que já acontece na esfera criminal.

O comprometimento com as teses e políticas institucionais não colide com a independência funcional, ao contrário, apenas imprime à atuação do *Parquet* um tom geral de racionalidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF/88). Afastando uma interpretação principiológica da unidade e indivisibilidade do *Parquet* que leve à concentração de funções, é fato que os membros do Ministério Público, no exercício de suas atribuições, não agem “[...] em seu nome pessoal, e sim, como órgãos da instituição, que atua por seus agentes para cumprir sua missão” sendo os órgãos de segundo grau igualmente afetados às funções institucionais. E se o Ministério Público defende valores constitucionalmente estabelecidos (art. 127 e 129, CF/88) a decantada neutralidade do segundo grau (*custos legis*) em nada obscurece essa afirmação, pois o que “[...] caracteriza o conceito de parte não é a parcialidade ou imparcialidade, e sim a titularidade de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo” (MARQUES, 1980, p. 268 ).

Assim, definida constitucionalmente a missão (função institucional) do Ministério Público, sempre que houver consenso – o que se pode apurar sem dificuldades – acerca de determinada tese afeta às atribuições do *Parquet*, ou de importância em face do perfil institucional e dos interesses defendidos por ele, não deve haver espaço para pontos de vista pessoais discordantes. A remoção ou promoção do membro do *Parquet* para uma determinada Procuradoria de Justiça deve implicar a aceitação, *a priori*, de algumas teses preestabelecidas, alteráveis somente mediante um novo consenso. A atuação deverá ser vinculada à tese, com todas as consequências processuais decorrentes.

Como decorrência de tal estabilidade, poderá o Promotor de Justiça saber, de antemão, logo ao instaurar inquérito civil ou propor ação civil ou penal, se a tese contará ou não com o apoio irrestrito da Procuradoria de Justiça. O entendimento uniforme de alguns temas imporá, por outro lado, sua defesa até as derradeiras instâncias.

Seja qual for o caminho escolhido para a solução do problema, urgente é a criação de eficiente estrutura administrativa de apoio junto aos tribunais, notadamente os de Brasília, com funcionários especialmente contratados para o acompanhamento dos recursos interpostos, juntada de documentos, comunicação para eventual sustentação oral etc.

A terceira modificação diz respeito à necessidade do aperfeiçoamento da distribuição de autos, através da implantação de um sistema informatizado, para garantia dos princípios constitucionais da eficiência e impessoalidade e vinculação do Procurador de Justiça, sorteado, a todos os incidentes e recursos de um mesmo processo, ou ao processo principal se anteriormente se manifestou nos agravos, por exemplo, para que sejam evitadas manifestações contraditórias.

Uma idéia que entendemos deva ser debatida é a da criação de um sistema de vinculação, na área penal, a determinados processos ou tipos de delito e, também na área cível, vincular territorialmente atribuições de alguns Procuradores de Justiça a determinadas regiões do Estado.

A quarta modificação, finalmente, refere-se à conveniência de se designar Procuradores de Justiça para atuar nas hipóteses de intervenção legalmente previstas como de atribuição exclusiva do Procurador-Geral, o mesmo se dizendo da designação de Procuradores de Justiça para compor grupos especiais de atuação perante a primeira instância; atuação presa, logicamente, a casos de maior vulto e repercussão. E, pressupondo alterações legislativas, desconcentrar e transferir as atribuições do Procurador-Geral para a promoção de ações penais nas hipóteses de competência originária, em relação aos Prefeitos Municipais, para os integrantes das Procuradorias de Justiça que oficiem na área criminal, junto ao Tribunal de Justiça.

No âmbito restrito da ação civil pública, dada a grandeza dos interesses envolvidos, notória complexidade e repercussão social, mister se torna a criação de Procuradoria de Justiça especializada e a atração de Procuradores de Justiça com larga experiência na área, seja pela contribuição doutrinária seja porque atuaram em primeira instância, nos diversos seguimentos do direito transindividual, difuso ou coletivo (meio ambiente, cidadania, consumidor, urbanismo etc.). Deve ser vedada, nessa Procuradoria, a realização de trabalho em regime de mutirão. Ainda no campo da ação civil, é recomendável uma maior aproximação das Promotorias de Justiça especializadas, visando alcançar uma atuação integrada, mais eficiente e harmônica, de estreita cooperação. Para a viabilização do objetivo, interessante, nos parece, tornar privativa de Procurador de Justiça a função de Coordenador dos Centros de Apoio Operacional – CAOs. Esse coordenador será o elo entre as duas instâncias, participando das deliberações da Procuradoria de Justiça especializada, especialmente daquelas que redundarem nos entendimentos uniformes a apontar os temas que serão priorizados na atuação do segundo grau. Não vemos óbice na participação de representantes das Promotorias de Justiça especializadas, com opinião e voto, das deliberações dessa Procuradoria.

Acreditamos, outrossim, fosse importante a criação de câmaras de Procuradores, com função de emitir parecer a respeito das promoções de arquivamento de inquéritos civis para homologação do Conselho Superior do Ministério Público. Os membros seriam integrantes da Procuradoria de Justiça especializada. Assim também os membros da Procuradoria de Justiça criminal, inclusive à vista dos seus entendimentos uniformes, seriam designados para emitir parecer nos casos do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Finalmente, temos por ser oportuna a criação de núcleos de Procuradores de Justiça que, sob coordenação direta do Procurador-Geral, fiquem incumbidos da proposição de alterações legislativas e mesmo da fiscalização de políticas de governo, em matérias que lhe forem próprias. O Ministério Público, defensor da sociedade e dos direitos coletivos e difusos, não pode permanecer distante dessa realidade, devendo intervir no problema, seja em cooperação com o Executivo ou por meio de ação civil pública, se sua interferência não for admitida ou facilitada.

A participação na fixação da política de segurança pública, por exemplo, deve fazer parte da política institucional do Ministério Público, devendo o órgão de acusação ser ouvido pelo Executivo e cobrar providências e medidas efetivas para diminuir a criminalidade e proporcionar maior segurança à população, mesmo porque há previsão legal permitindo à instituição no mínimo sugerir ao Poder competente a adoção de medidas destinadas à prevenção e controle da criminalidade (Lei Complementar Federal 75/93, 6º, XVIII, b; Lei Federal 8.625/93, 26, VII, e Lei Complementar



Estadual 734, 104, VI), sendo evidente que os órgãos públicos devem unir as forças, para o efetivo combate à criminalidade.

Essa participação do Ministério Público no processo de fixação, controle e alteração da política governamental é acentuada em diversos países. Nos Estados Unidos da América do Norte, a atuação do Ministério Público é decisiva na fixação dos seus rumos, o mesmo ocorre em Portugal, na Espanha, no México e no Peru.

E não estamos, com isso, negando que o Executivo, por meio de seus Ministérios ou Secretarias, tenha o poder discricionário de promover suas ações de governo, mas apenas destacando a possibilidade de questionamento, judicial, político e administrativo, da eficiência, da regularidade e da adequação dessas ações.

O Ministério Público, a nosso ver, pode e deve ter participação ativa na fixação, fiscalização e correção de rumos das políticas governamentais que, direta ou indiretamente, lhe digam respeito, apresentando projetos, sugestões e críticas aos órgãos e autoridades competentes, abrindo inquéritos e aparelhando ações civis públicas, ouvindo e estimulando a participação popular, promovendo audiências públicas, em períodos regulares, no mínimo anualmente, com a presença da imprensa, de representantes da sociedade civil e de especialistas.

Em linhas gerais, estas são as propostas de modificações que tínhamos a fazer, no sentido da desconcentração de funções e afirmação social do *Parquet* como um todo. Esperamos, sinceramente, que este trabalho tenha servido não para firmar posição, mas, sim, para aviventar o debate, que tanto se faz necessário em questão de tamanha relevância, especialmente em época de contínua transformação das Instituições.

#### Referências bibliográficas

MARQUES, José Frederico Marques. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. 2 v.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### STJ

#### Poder de investigação do Ministério Público

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO POLICIAL. LEGALIDADE. AÇÃO PENAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É de ser conhecido o recurso especial interposto contra o acórdão que possui dupla fundamentação, de natureza infraconstitucional e constitucional, e a insurgência excepcional se viu acompanhar da cabível e necessária interposição de recurso extraordinário, tal como indica o enunciado nº 126 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

2. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

3. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.”

4. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais.

5. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da

União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, *verbis*: “§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.” Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade.

6. O exercício do poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção.

7. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal.

8. “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 234).

9. Agravo regimental improvido.(STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 887240 / MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 26.04.2007, DJ 26.06.2007, p. 326).

### 3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, MESMO QUANDO VISE À TUTELA DE PESSOA INDIVIDUALMENTE CONSIDERADA

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de  
Minas Gerais

Assessor Especial da Procuradoria-  
Geral de Justiça

Mestre em Direito Processual Civil  
– PUC/SP

Doutor em Direitos Difusos e  
Coletivos – PUC/ SP

Coordenador Editorial do MPMG Jurídico

Membro do Conselho Editorial da Revista *De Jure*

Coordenador e membro do corpo docente do Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna/  
MG

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna/MG

#### 1. Acórdão

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – CRIANÇA QUE PADECE DE LEOCOMA E AGUARDA TRANSPLANTE DE CÓRNEA – DIREITO À SAÚDE – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET – ART. 127 DA CF/88 – PRECEDENTES DAS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. O tema objeto do presente recurso já foi enfrentado pelas Turmas de Direito Público deste Tribunal e o entendimento esposado é de que o Ministério Público tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (art. 127, CF/88).

2. Nessa esteira de entendimento, na hipótese dos autos, em que a ação visa a garantir o fornecimento de medicamentos e lentes corretivas, há de ser mantido o acórdão *a quo* que reconheceu a legitimação do Ministério Público, a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida.

Recurso especial improvido. (BRASIL, 2006a).

## 2. Razões

Escolhemos essa recente decisão do STJ como objeto de nossos comentários, tendo em vista que ela envolve questão relacionada diretamente com o direito à vida e a sua existência com dignidade, assim como com o perfil constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos individuais indisponíveis, da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

Conforme se observa do teor da ementa ao acórdão, a decisão diz respeito à legitimidade do Ministério Público em tomar as medidas necessárias ao fornecimento de medicamento e lentes corretivas a uma única criança que padece de leucoma e aguarda a realização do transplante de córnea. Trata-se da efetivação dos direitos individuais indisponíveis relativos à saúde e à vida. Como se viu, está em jogo aqui a defesa, pelo Ministério Público, do direito à vida e a sua existência com dignidade.

O direito à vida e a sua existência com dignidade constitui um dos núcleos da teoria dos direitos fundamentais. É a essência do Estado Democrático de Direito, inserindo-se em um dos grandes planos da atuação do Ministério Público. Por isso, comenta-se a presente decisão para ressaltar a sua legitimidade, para indicar a sua congruência com a Constituição e para evidenciar essa importante e relevante missão do Ministério Público no cenário inaugurado com a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), conforme explicitado no dispositivo constitucional: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

## 3. Síntese dos Fundamentos Teóricos do Comentário

*Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada.* Defesa do direito à vida e a sua existência com dignidade. Situação de risco concreto a esses direitos: obrigatoriedade da atuação do Ministério Público. Flexibilização e releitura do art. 81 do CPC com base no art. 127, *caput*, da CF. Fundamentação teórica: pós-positivismo constitucional como vertente superadora do positivismo legalista. Relativização da soberania do legislador ordinário e valorização da soberania da Constituição como fonte normativa irradiadora da interpretação, da concretização, da reforma e do estudo da ordem jurídica. A ordem jurídica constitucional e a proteção cogente tanto da indisponibilidade subjetiva quanto da objetiva (ou material). Atuação do Ministério Público como órgão agente no processo civil: insustentabilidade da tese que exige previsão expressa em lei. Art. 127, *caput*, da CF como cláusula-mãe da atuação do Ministério Público como órgão agente ou interveniente. Fundamentação

constitucional da legitimidade extraordinária do Ministério Público para a defesa de direito individual indisponível: art. 127, *caput*, da CF/88 c/c o art. 5º, XXXV, da CF/88. O art. 5º, XXXV, da CF como fundamento da dispensa constitucional de que o comparecimento em juízo se dê somente na defesa de interesse pessoal. Direito individual indisponível: impossibilidade de fixação dos seus parâmetros e limites levando-se em consideração somente a norma em abstrato. Defesa pelo Ministério Público de direito individual indisponível: orientação fundada na convergência entre pensamento sistemático e pensamento problemático. Direito à saúde: possibilidade de tutela jurídica pelo Ministério Público fundada tanto na indisponibilidade objetiva (direito à vida e sua existência com dignidade) quanto na subjetiva (presença de interesse de incapaz). Risco de direito à vida e sua existência com dignidade: direito constitucional fundamental (art. 1º, III, e art. 5º, *caput*, da CF/88) e sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88).

#### 4. Comentário

##### 4.1. Decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Observa-se que existem outras decisões do STJ que reconhecem a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, mesmo que de pessoa individualmente considerada. Como exemplos, citam-se os seguintes arestos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CRIANÇA QUE PADECE DE EPILEPSIA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.

2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo.

3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de adolescente que precisa fazer uso contínuo de medicamento. A legitimidade ativa, portanto,

se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: REsp 716.512/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 13.06.2005.

4. Recurso especial a que se nega provimento (BRASIL, 2006b).

Observa-se que o ponto em comum entre todas essas decisões é justamente o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, geralmente consistente no fornecimento de medicamentos e outras medidas efetivadoras do acesso à saúde para uma única pessoa. É inquestionável a necessidade da intervenção do Ministério Público para garantir que uma criança, um idoso, um portador de necessidades especiais tenham acesso a determinados tratamentos médicos e medicamentos negligenciados pelo Poder Público. Nesse sentido, convém destacar acórdãos oriundos do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: Apelação - Ação Civil Pública - Saúde - Fornecimento de medicamentos a menor - Legitimidade do Ministério Público - Obrigatoriedade solidária dos entes da Administração Pública direto. O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Ministério Público legitimidade para litigar na defesa dos interesses das crianças e adolescentes. A saúde é um direito de todos, sendo dever do ente público garanti-lo, com prioridade, às crianças e aos adolescentes, assegurando-lhes o desenvolvimento sadio e harmônico (artigos. 227 da CF e 7º do ECA) (MINAS GERAIS, 2005a).

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TUTELA DE INTERESSE INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SAÚDE. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. DEVER DO MUNICÍPIO. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 127, caput, dispõe expressamente ser, o Ministério Público, “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Assim, a ele atribuiu-se a defesa dos interesses individuais indisponíveis. E neste sentido não há como ser negada a indisponibilidade do direito à vida, e de forma mais remota, da dignidade humana, motivo pelo qual resta evidenciada sua legitimidade para pleitear o fornecimento

de medicamentos àquele que não possui condições financeiras para o seu custeio. A efetivação do direito à saúde é dever inafastável do Estado, devendo ele empreender todos os esforços para a sua concretização, sob pena de violação ao direito fundamental maior que é a vida. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Pouso Alegre de prestar serviço de relevância pública correlacionado com a área de saúde. Assim, a este caso não se aplica a cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira da Municipalidade, seja porque a pretensão de fornecimento de medicamentos à população carente se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial (MINAS GERAIS, 2005b).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - ECA - MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL À SAÚDE DA MENOR - DEVER DO ESTADO. O Ministério Público tem legitimidade para impetrar ação civil pública, na defesa dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e adolescência, notadamente em se tratando de direito indisponível afeto à menor de idade. O processo não constituiu um fim em si mesmo, e, segundo o velho brocardo ‘pás de nullité sans grief’, devendo ser anulado o ato imperfeito somente se o seu objetivo não tiver sido alcançado, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas. A saúde, como bem de extraordinária relevância à vida e à dignidade humanas, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, manifestando o legislador constituinte constante preocupação em garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social (MINAS GERAIS, 2006a).

O TJMG firmou semelhante posição também nos seguintes julgados: Apelação Cível nº 1.0027.04.038059-7/001, Reexame Necessário nº 1.0145.04.187073-7/001, Apelação Cível nº 1.0024.04.212219-2/001, Agravo (C. Cíveis Isoladas) nº 1.0335.04.911469-7/001, Agravo nº 1.0027.06.095701-9/001, Apelação Cível nº 1.0183.04.078657-0/001, Apelação Cível nº 1.0525.04.063728-8/001, entre vários outros.

Infelizmente, não podemos deixar de registrar algumas decisões do TJMG que, na contramão do movimento de efetivação dos direitos fundamentais, restringiram a atuação do Ministério Público para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito, violando, assim, os próprios fundamentos da República



Federativa do Brasil: Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.04.189295-2/002, Agravo (C. Cíveis Isoladas) nº 1.0522.05.017649-7/001, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0245.01.000084-3/001, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0702.05.214522-5/002, Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1.0145.04.162864-8/001, entre outras.

#### 4.2. Decisão do STJ em Sentido Contrário e o seu Equívoco

Convém destacar que o STJ já decidiu em sentido contrário, em manifesto equívoco que demonstrou o distanciamento do seu compromisso constitucional e do próprio texto constitucional, quer seja em relação ao art. 5º, *caput*, quer seja em relação ao art. 127, *caput*. Nas decisões, observa-se que o STJ entendeu que a defesa de uma única criança estar-se-ia tratando de representação e, como se sabe, a CF/88 veda a representação pelo Ministério Público.

EMENTA: PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

[...]

4. Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial provido (BRASIL, 2004).

O equívoco é evidente, pois a proteção da criança e do adolescente está inserida dentro da tutela dos interesses indisponíveis e para tanto está expressamente legitimado o Ministério Público, conforme previsão constitucional (art. 127, *caput*, da CF/88). E mais: a proteção jurídica da criança (educação, saúde etc.), integral e diferenciada, mesmo que no plano individual, é de interesse social, pois existe a categoria dos interesses individuais de dimensão social.

O caso não é de representação, mas de legitimidade extraordinária (substituição processual) decorrente do próprio sistema constitucional, com base no que a doutrina chama de pós-positivismo constitucional, como veremos a seguir. Nessa outra decisão, a posição do STJ foi a de restringir o número de instituições democráticas legitimadas

para a defesa dos interesses de menores, o que é de todo incompatível, principalmente com a chamada doutrina de proteção integral das crianças e adolescentes:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR. CARENTE.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV”. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido (BRASIL, 2005a).

Outras decisões ferem o compromisso constitucional do STJ com a efetivação dos valores fundamentais: REsp nº 102.039/MG, 120.118/PR, 682.823/RS, 706.652/SP, 240.033/CE *etc.* Entretanto, nós sabemos que o Ministério Público, quando move uma ação para a defesa de uma única criança, de um único idoso, de um único portador de necessidades especiais, ele não atua como representante, mas na defesa, em nome próprio, de direito alheio; sua legitimidade, nesses casos, é extraordinária, extraída da própria Constituição como sistema constitucional básico.

A Constituição, no seu art. 127, *caput*, estabelece expressamente que incumbe ao Ministério Público a defesa dos direitos individuais indisponíveis. Nesse sentido, a vida e a sua existência com dignidade compõem o âmbito de indisponibilidade de qualquer direito no plano da sua proteção individual e, portanto, é dever do Ministério Público a sua defesa.

A legitimação extraordinária do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis de uma pessoa apenas está calcada no art. 127, *caput*, e no art. 5º, XXXV, ambos da CF/88. Não se pode fundamentar a impossibilidade

de o Ministério Público atuar nesses casos levando-se em conta somente a norma em abstrato, quando na verdade sua legitimidade decorre da orientação fundada na convergência entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático, tendo em vista que o direito é concebido, atualmente, também como problema. Equivocou-se, portanto, o STJ, nessa decisão, porque o Ministério Público estava defendendo em nome próprio direito alheio, e não atuando como representante da parte.

#### **4.3. A Releitura do Art. 81 do CPC, o Abandono do Positivismo Meramente Legalista, a Adoção do Pós-Positivismo Constitucional e o Art. 127, *caput*, CF/88**

Não deve mais proceder a tese de que as atribuições e legitimidade do Ministério Público no processo civil decorrem apenas da lei ordinária positivada, em especial do que dispõe a primeira parte do art. 81 do CPC: “O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes”. Não podemos concordar que a legitimidade do Ministério Público decorra apenas de lei ordinária, como pode querer parecer à primeira vista. Essa orientação, atualmente superada, funda-se na concepção do *positivismo legalista*, o qual se funda basicamente na idéia de soberania do legislador ordinário, acabando por conceber a Constituição como mera Carta Política. Torna-se necessário, assim, a flexibilização e a releitura do art. 81 do CPC com base no art. 127, *caput*, da CF/88.

Streck (2005, p. 155) esclarece que esse “[...] positivismo ideológico sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral”. Uma das consequências negativas do positivismo legalista é que ele encerra um sistema fechado que não se comunica com os demais valores e princípios fundamentais que informam o ordenamento jurídico. A hermenêutica, nesse caso, é meramente formalista, do ponto de vista tanto da interpretação quanto da efetivação da norma jurídica. O neoconstitucionalismo propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade social para um direito capaz de transformar a realidade social, nos termos do modelo constitucional previsto na CF/88 (arts, 1º, 3º, 5º, 6º *etc*). Essa superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados (ALMEIDA, 2006, p. 185).

Alexy (1997, p. 160-1) explica que o legalismo, em oposição ao constitucionalismo democrático, impõe de forma ilegítima: 1) a norma em vez do valor; 2) a subsunção em vez da ponderação; 3) a independência do direito ordinário em vez da onipresença da Constituição; 4) a autonomia do legislador democrático, dentro do marco da Constituição, no lugar da onipresença judicial fundada na Constituição, colocando o legislador sobre o Tribunal Constitucional Federal. Como forma de superação



desse positivismo legalista surge o *neoconstitucionalismo*, também denominado de *constitucionalismo avançado* ou *constitucionalismo de direitos*. A respeito, escreveu um dos autores do presente texto (ALMEIDA, 2006, p. 183-184):

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 Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação com justiça da realidade social.

Como consequência natural do neoconstitucionalismo, observa-se a relativização da soberania do legislador ordinário e valorização da soberania da Constituição como fonte normativa irradiadora da interpretação, da concretização, da reforma e do estudo da ordem jurídica. A partir, assim, do novo paradigma, toda a legitimidade para o exercício da sua função ministerial decorre do sistema constitucional, especialmente dentro daquilo que compõe a teoria dos direitos fundamentais. É no chamado *pós-positivismo* que se busca abranger todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica.

Logo, o perfil do Ministério Público deve estar calcado no próprio texto constitucional de 1988, que implantou uma nova ordem jurídica aberta, dinâmica e de proteção, em abstrato e concreto, a todos os direitos, individuais e coletivos (art. 5º, XXXV, e art. 127, *caput*, da CF/88).

Portanto, não há dúvidas de que é o art. 127, *caput*, da CF/88, que deve servir de base para a condução da atuação do Ministério Público e de onde deve ser extraída a sua legitimidade para a tutela, especialmente, dos direitos individuais indisponíveis, mesmo que para tanto não haja lei ordinária expressa, pois, como se viu, a CF/88 possui força normativa vinculante e irradiadora de interpretação, capaz de condicionar tanto o legislador quanto o aplicador do direito.

Sobre a força normativa irradiadora da teoria dos direitos fundamentais no plano do *pós-positivismo*, Ariza (2005, p. 240-1) anota que a Constituição deixou de ser considerada uma norma com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações e orientações dirigidas ao legislador para consolidar seu valor normativo e operar como uma autêntica norma jurídica com eficácia direta e imediata.

A legislação ordinária é insuficiente para conferir a legitimação necessária de atuação do Ministério Público enquanto agente essencial na transformação com justiça da



realidade social, o que impõe, como dito, uma flexibilização e releitura do art. 81 do CPC.

Em muitos casos, inclusive em que se tutelam direitos ligados ao núcleo de valores que compõem o Estado Democrático de Direito, há uma completa ausência de norma ordinária conferindo legitimidade ao Ministério Público; em outros, observa-se uma tentativa ilegítima do legislador e da jurisprudência no sentido de impedir ou restringir essa atuação, o que se configura, certamente, um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

Por isso, os fundamentos dessa legitimação devem ser extraídos de forma abrangente, a partir da leitura e interpretação do art. 127, *caput*, da CF/88, com base nas orientações neoconstitucionalistas, dentro das quais o sistema constitucional é concebido de forma aberta e irradiante da eficácia extraída, principalmente, da teoria dos direitos fundamentais. Vale dizer que essa interpretação do texto constitucional deve ser realizada, conforme a lição de Häberle (1997, 13), de forma pluralista por toda a sociedade aberta, seus verdadeiros intérpretes. A força normativa da Constituição perderá a sua eficácia se a interpretação do texto constitucional for restrita a determinadas corporações que formam a chamada sociedade fechada. Por isso, todos devem procurar extrair da Constituição os fundamentos necessários para a salvaguarda dos direitos fundamentais, sendo que os critérios de interpretação hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

As concepções mais atuais em torno do que é denominado de neoconstitucionalismo estão inseridas dentro do gênero *pós-positivismo*. Conforme leciona Barroso (2003, p. 28), o *pós-positivismo* não visa à desconstrução da ordem jurídica, mas à superação convencional com base em idéias de justiça e legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica.

Com base nas lições de Alexy (1997, p. 159-161), o *pós-positivismo*, no qual está inserido o neoconstitucionalismo, coloca o constitucionalismo em substituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros. Dentre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar de concepção meramente formal em torno da norma jurídica. Logo, a legitimidade do Ministério Público para a efetivação dos direitos fundamentais também é extraída com base nessas premissas superadoras do positivismo legalista pelo pós-positivismo. Interpretação formal e fechada da norma jurídica não deve prevalecer no novo paradigma.

#### **4.4. A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa do Núcleo de Valores que Compõem o Estado Democrático de Direito e a Ordem Jurídica Democrática**

A Constituição Federal não faz qualquer distinção sobre a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito. O art. 127, *caput*, da CF/88 dispõe que o Ministério Público atuará na defesa do Estado Democrático de Direito, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Logo, é incompatível a tese que pretenda excluir do Ministério Público a possibilidade de atuar na defesa de quaisquer uma dessas áreas justamente porque o texto constitucional não excepciona qualquer hipótese nesse sentido. Tudo aquilo que fizer parte do núcleo do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público estará automaticamente vocacionado para a sua defesa, como é o caso da vida e sua existência com dignidade.

Além disso, o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional. A função jurisdicional é uma das funções do Estado; o Ministério Público faz parte da essência dessa função e, portanto, tem o dever constitucional de proteção e de efetivação dos direitos fundamentais. Com efeito, não há dúvidas de que o Ministério Público não só pode, como deve atuar na defesa de uma única pessoa quando em jogo estiver a sua vida ou sua existência com dignidade, bens indisponíveis que compõem o núcleo da teoria dos direitos fundamentais.

#### **4.5. As Dimensões do Predicado Indisponibilidade enquanto Legitimante para a Atuação do Ministério Público para a Tutela dos Direitos Indisponíveis**

É importante fixarmos a orientação e as dimensões do que seja a expressão indisponibilidade, predicado que confere legitimidade para a atuação do Ministério Público, quer seja no plano da defesa individual, quer seja no plano da defesa da coletividade, porque não importa se a indisponibilidade do direito diga respeito a uma só pessoa ou a toda a sociedade; em qualquer hipótese, o Ministério Público poderá atuar e tomar as medidas que julgar aptas à proteção desses direitos.

Para nós, quer parecer que indisponibilidade refere-se a todos os valores superiores, essenciais e fundamentais para a sociedade. Dentro desse conjunto de valores, podemos arrolar, de forma meramente exemplificativa, os direitos e garantias fundamentais, os valores atinentes à existência do Estado e do pacto federativo, entre outras dimensões ligadas em torno aos direitos humanos consagrados no plano internacional.

A indisponibilidade refere-se ao que é denominado de interesse público concebido, na lição de Sanseverino (2003, p. 175), como “[...] sinônimo de *interesse geral da sociedade*, de interesse do Estado enquanto comunidade política e juridicamente

organizada, vale dizer, do Estado como expressão suprema da organização político-jurídica da sociedade”. A indisponibilidade de um direito pode recair em qualquer ramo ao qual esse direito esteja vinculado, pouco importando se a matéria diz respeito ao direito de família, ao direito do trabalho ou mesmo se esteja incluída no âmbito do direito administrativo ou constitucional. Segundo a pertinente lição de Machado (1998, p. 52):

A indisponibilidade não discrimina. Tanto é disponível o direito privado quanto o direito público regido por lei de ordem pública. O que importa é a essencialidade social do direito, o que não é exclusividade de nenhum ramo jurídico. Logo, qualquer direito indisponível merece a tutela processual do Ministério Público.

Para o jurista (1998, p. 55), há indisponibilidade em todos os direitos que são veiculados por normas cogentes, de ordem pública. Não é o fato de o direito vincular uma relação jurídica do direito público ou privado que determinará a sua indisponibilidade, mas, sim, se a norma que lhe serve de instrumento e lhe dá corpo for uma norma cogente, de interesse social e caráter público, vale dizer, norma de cujo conteúdo seja possível extrair essencialidade social. Com base nisso, afirma Machado (1998, p. 55-56): “O que dá assim, o caráter de indisponibilidade a um interesse não é sua natureza pública ou privada, mas tão-somente a sua essencialidade social, que é tida por existente toda vez que uma regra ou norma jurídica for considerada de ordem pública”. Com isso, a indisponibilidade diria respeito a tudo aquilo que tenha a ver com a essencialidade social do interesse a ser defendido.

Na verdade, torna-se inócua a discussão se o direito indisponível refere-se a uma pessoa, como no caso da ação ajuizada pelo Ministério Público para se fornecer medicamento a uma criança. A indisponibilidade sempre repercute nos valores que são mais caros, importantes e especiais para o Estado e, por isso, o Ministério Público estará sempre legitimado para a tutela desses direitos. O acesso a medicamentos, a um tratamento médico-hospitalar adequado, o acesso à escola e à educação de qualidade; tudo isso se refere ao direito à vida e a sua existência com dignidade. O TJMG consignou certa vez a respeito da fundamentalidade de tais bens:

A interpretação harmônica dos artigos 227 e 129, inciso IX, ambos da Constituição da República e do artigo 201, inciso V, do Estatuto da Criança e Adolescente, autoriza a conclusão de que o Ministério Público possui legitimidade para defender interesse individual indisponível de criança e adolescente, via ação civil pública. Entender o contrário significa fragilizar a efetivação dos direitos fundamentais e dificultar a defesa em juízo de crianças e adolescentes que tenham individualmente seus direitos fundamentais ameaçados ou lesados, afastando,

pois, a essência protetiva do artigo 227 da Constituição da República. A tutela individual dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, por envolver bens jurídicos como, dignidade, respeito, saúde, vida, lazer, alimentação, cultura, profissionalização, liberdade, educação e convivência familiar e comunitária, é sempre considerada como direito socialmente relevante, estando permanentemente sujeita à proteção pelo Ministério Público.

O traço marcante desses direitos fundamentais, que concretizam o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, é o de ser considerado como indisponível, seja no plano individual ou transindividual. Nenhuma interpretação jurídica ou lei hierarquicamente inferior pode trazer restrições, de modo a negar efetividade jurídica a direitos afetos às crianças e adolescentes, garantidos constitucionalmente. O julgador deve observar as normas que regem a Administração Pública, mas não a ponto de impedir a concretização de direitos fundamentais que digam respeito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, sob pena de privilegiar bem juridicamente inferior a outros. A assertiva de que há formalidades que se opõem ao pedido de concessão de liminares se afigura desarrazoada e desproporcional, ao se constatar que ela é suficientemente hábil a atingir a vida, a saúde e a dignidade dos munícipes de Pará de Minas. Há um interesse público maior na defesa intransigente à vida do que na obediência formal às regras que regem a gestão da Administração Pública (MINAS GERAIS, 2005c).

Existe indisponibilidade, por exemplo, em uma ação de investigação de paternidade, em que estão em jogo os direitos da personalidade do cidadão. Também existe indisponibilidade no que se refere ao direito do cidadão consistente em não sofrer nenhum tipo de coação ou perseguição de natureza política, partidária, ideológica ou institucional. O que deve se levar em conta é se o direito diz respeito à essencialidade social para que possa ser aferida a sua carga de indisponibilidade.

Não há dúvidas de que os valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito, da ordem jurídica democrática formam um conjunto de direitos que representam os fins e os ideais da República Federativa. Nesse caso, a indisponibilidade é máxima e evidente, assim como clara e cristalina é a legitimidade do Ministério Público.

O direito à vida e a sua existência com dignidade é direito constitucional fundamental (arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF/88); trata-se, portanto, de direito indisponível, seja em relação a uma criança, um idoso, quando se pede um determinado medicamento, seja em relação à toda a coletividade, quando se ajuíza uma ação de obrigação de não-fazer para se evitar um dano ambiental ou para tutelar a saúde da coletividade em geral.



A idéia de indisponibilidade ligada à essencialidade social determinada por normas ou regras de natureza cogente é salutar e está em sintonia com os escopos almejados pelo Constituinte, porque ela não limita a atuação do Ministério Público – que como já ficou assentado, possui legitimidade para a defesa dos direitos indisponíveis.

A partir dessa idéia, torna-se possível a defesa de quaisquer valores no ordenamento jurídico, pois tudo aquilo que for essencial ao Estado também será indisponível para o cidadão. A indisponibilidade está ligada à teoria dos direitos fundamentais; logo não se admite nenhum tipo de interpretação restritiva, mas apenas no sentido de ampliar o seu alcance e efetividade.

A única barreira, nesses casos, é no sentido de ser o direito indisponível ou não, pouco importando se o beneficiário da atuação do Ministério Público será uma pessoa capaz, um incapaz, um grupo de pessoas determinadas ou indeterminadas. Sendo incapaz, também existirá a chamada indisponibilidade subjetiva ou processual. Todas as vezes que se defendem direitos indisponíveis, defende-se, na verdade, a própria essencialidade social do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica democrática.

E é justamente com apoio nesse argumento que extraímos o fundamento para que o Ministério Público possa adotar medidas, inclusive em relação a pessoas maiores, adultas e capazes, se o for no sentido de se tutelar direitos individuais indisponíveis desses cidadãos. A defesa dos direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público insere-se também nos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88).

#### **4.6. O Estudo da Indisponibilidade em Dupla Dimensão: no Plano da Dicotomia Subjetiva, ou Objetiva, ou quanto às Classes de Indisponibilidade e no Plano da Intensidade ou quanto a sua Graduação**

Com base em Machado (1998, p. 64), podemos afirmar que a indisponibilidade possui graus de intensidade, além de se classificar em objetiva ou subjetiva, conforme a sua origem. Em relação a essa última, o direito é objetivamente indisponível quando não se leva em conta quem seja o titular, mas apenas a relação jurídica de onde provém, como nos casos das ações de estado, do direito à vida e a sua existência com dignidade, nas ações diretas interventivas para a garantia do pacto federativo, nas ações diretas de inconstitucionalidade *etc.* Em tais casos, a essencialidade social é intrínseca e inerente a esses direitos, independentemente de quem sejam os seus titulares.

Por outro lado, o direito é subjetivamente indisponível quando a lei leva em consideração as peculiaridades do titular do interesse para impregná-lo de essencialidade social, como é o caso do incapaz, pessoalmente considerado, ou de outras pessoas que a

lei considere em situação equivalente, como é o caso dos idosos, das crianças e dos adolescentes, do índio *etc.*

Segundo Machado (1998, p. 65), em qualquer caso de indisponibilidade, seja objetiva, seja subjetiva, o Ministério Público possui legitimidade para a defesa desses direitos. A dicotomia, entretanto, é importante na medida em que ditará o perfil de atuação a ser desenvolvido pelo órgão ministerial. Nos casos de atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil, observa-se que, se a indisponibilidade do direito for do tipo objetiva, o Ministério Público atua de forma imparcial, colaborando com o juiz e com as partes na defesa do interesse que já é dotado de indisponibilidade intrínseca, como no caso das ações de registro, de família, de estado, de defesa do meio ambiente, do patrimônio público e de tantos outros interesses. Por outro lado, se a indisponibilidade for do tipo subjetiva, o Ministério Público atuará no processo de forma parcial, de modo a auxiliar a parte incapaz na relação jurídica na defesa do direito individual indisponível desse último. Não raras vezes, a incapacidade material do indivíduo traduz-se, também, numa espécie de hipossuficiência processual. Exemplo desse tipo de intervenção do órgão ministerial é o caso das ações de direito sucessório envolvendo interesses de menores.

Vale ressaltar que o acórdão ora comentado revela esses dois aspectos de indisponibilidade de direitos, o que acaba por conferir uma dupla legitimidade ao Ministério Público. É subjetiva, porque se relaciona com interesses de crianças e, objetiva, porque o acesso a medicamentos diz respeito ao direito à vida e a sua existência com dignidade. Nesse aspecto, Machado (1998, p. 65) conclui: “Vê-se, portanto, que a origem subjetiva ou objetiva da indisponibilidade provoca a necessidade do Ministério Público se aparelhar adequadamente no processo, amoldando formalmente a sua intervenção ao interesse que cumpre defender”.

A indisponibilidade também comporta diferenciação em relação aos seus graus de intensidade. Há hipóteses em que o interesse social é mais relevante, mais intenso; já em outras hipóteses, seriam dotadas de indisponibilidade não tão intensa. A razão de ser de semelhante diferenciação reside também no tipo de intervenção a ser procedida pelo Ministério Público. Explica Machado (1998, p. 66):

A diferenciação, portanto, está em que só à indisponibilidade mais intensa se liga a idéia de realização obrigatória do interesse, traduzida no dever do Ministério Público de promover a ação civil pública; os demais interesses indisponíveis, ainda assim inalienáveis, intransigíveis e irrenunciáveis, dependem, para a sua realização, da iniciativa dos seus respectivos titulares ou eventuais substitutos processuais (CPC, art. 6º).

Em posição semelhante, Mazzilli (1997, p. 23) explica que, dependendo do grau de intensidade ou da carga de indisponibilidade, o Ministério Público assumirá diferentes feições no bojo do processo civil:

a) ou zela para que não haja disposição de interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos de indisponibilidade relativa, zela para que a disposição do interesse seja conforme às exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo.

Como exemplos da primeira categoria, temos o zelo pelo direito à vida, à liberdade, à educação e à saúde; da segunda, a fiscalização da venda do incapaz; da última, a defesa dos interesses coletivos ou mesmo individuais homogêneos, se houver extraordinária dispersão dos lesados ou for necessário assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico.

Portanto, conclui-se que, qualquer que seja o tipo de indisponibilidade (subjetiva ou objetiva), qualquer que seja o grau de intensidade, o Ministério Público sempre terá, como regra geral, a legitimidade para atuar na defesa desses respectivos direitos, bastando apenas que o órgão ministerial procure adequar a sua atuação aos moldes exigidos no caso concreto.

#### **4.7. A Aplicabilidade do Art. 127 da CF/88: Direito à Vida e a Sua Existência com Dignidade – uma das Dimensões da Indisponibilidade**

Convém ressaltar que o direito à vida e a sua existência com dignidade é uma das dimensões da indisponibilidade dos direitos. Na verdade, trata-se de um genuíno direito constitucional fundamental (art. 1º, III, e art. 5º, *caput*, da CF/88), possuindo aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), porque o direito à vida e a sua existência com dignidade compõe a essência da teoria dos direitos fundamentais e do núcleo do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, sabe-se que a teoria dos direitos fundamentais deve irradiar o sistema, vinculando a interpretação jurídica e deve, inclusive, vincular a interpretação jurisdicional e até a do particular.

A teoria dos direitos fundamentais é a irradiação da ordem jurídica e deve cair como um manto de proteção, de efetivação de todas as funções na vida das pessoas para as quais o contrato social está voltado. No mais, trata-se de direito humano reconhecido em inúmeras convenções e tratados internacionais, inserido naquilo que Flávia Piovesan convencionou chamar de Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos.



Só para mencionar, basta a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia-Geral da ONU, ou ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto de San Jose*.

Por outro lado, convém destacar que além do direito à vida e a sua existência com dignidade, existe indisponibilidade também em outros aspectos, quando, por exemplo, está em jogo a essência da ordem jurídica, o regime democrático e outros direitos fundamentais constitucionais. Por isso, além de defender a vida e a sua existência com dignidade, como exemplos de indisponibilidade, existem também outros núcleos de indisponibilidade, seja no plano do direito individual, como no plano dos direitos coletivos em sentido amplo.

No plano da tutela individual, há indisponibilidade, por exemplo, nas ações anulatórias de casamento, de registros e quaisquer outras demandas que, embora veiculem, na maioria dos casos, relações jurídicas entre particulares, relacionam-se de forma indissociável com a necessidade de manutenção da ordem jurídica e, por isso, são portadoras de forte grau de indisponibilidade.

No plano da tutela coletiva, não há dúvidas de que também exista indisponibilidade nos direitos coletivos em sentido amplo, como é o caso dos direitos difusos, em que existe uma indisponibilidade ampla, dos coletivos em sentido estrito, nos quais existe uma indisponibilidade interna e uma indisponibilidade externa, e de alguns direitos individuais homogêneos, como os direitos individuais homogêneos de crianças e dos portadores de necessidades especiais, cuja indisponibilidade é subjetiva de dimensão coletiva.

#### 4.8. O Acesso à Saúde como Direito Constitucional Fundamental

A Constituição assegura que todos têm direito de acesso à saúde, constituindo-se dever do Estado a prestação de serviços essenciais. Segundo o seu art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2000) proclama a fundamentalidade do direito à saúde nos seguintes termos:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas



idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...). O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Esse dever está em perfeita congruência com os arts. 1º e 5º da CF/88. O direito à saúde e o acesso a medicamentos é dever do Estado, é garantia constitucional fundamental, e esse dever deve ser defendido de forma intransigente pelo Ministério Público, independentemente de se tratar de pessoa capaz ou não. Segundo o Ministro José Delgado (BRASIL, 2006c), trata-se de conceber o desenvolvimento do direito processual à luz da pessoa humana:

2. Sustenta-se violação do artigo 25, IV, “a”, da Lei 8625/93 argumentando-se que:

‘A função ministerial - a legitimidade do *parquet* - somente estará se o interesse estiver sob a disponibilidade de seu titular. E tal não ocorre com o direito à saúde, que é objeto de proteção

constitucional, afigurando-se direito indisponível. E, como tal, possível de ser tutelado pelo Ministério Público, ainda que o *parquet* esteja tutelando o interesse de uma única pessoa, que é o caso dos autos. Ademais, negar legitimidade ao *parquet* no caso concreto, além de negar o próprio direito constitucional, é negar o desenvolvimento do direito processual vigente à pessoa humana.’

3. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício do hipossuficiente.

4. Recurso especial provido para, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a presente ação, determinar o reenvio dos autos ao juízo recorrido para que este se pronuncie quanto ao mérito.

Em outra oportunidade, o Ministro (BRASIL, 2005b) também afirmou que “O Estado, ao se negar a proteger o menor pobre nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível”.

Assim, tudo que diga respeito ao acesso à saúde, diz respeito também ao direito à vida e a sua existência com dignidade. E mais: o Ministério Público pode e deve promover as ações necessárias para garantir o direito de acesso à saúde fundada seja somente nas hipóteses de indisponibilidade objetiva (direito à vida e a sua existência com dignidade), seja nas hipóteses em que também haja indisponibilidade subjetiva (presença de interesse de incapaz).

#### **4.9. A Tutela Prioritária da Criança e do Adolescente no Contexto do Estado Democrático de Direito**

A Constituição Federal (1988) proclamou a *doutrina da proteção integral da criança e do adolescente*, abordando-os como prioridade absoluta e cuja proteção é dever da família, da sociedade e do Estado (art. 227). Abandonaram-se, assim, as já ultrapassadas doutrinas da *situação irregular* e do *direito penal do menor*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Para Cury, Paula e Marçura (2000, p. 17), ela rompe “[...] com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção do mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”. Dallari (2005, p. 37) anota que a “Constituição brasileira de 1988 inspirou-se nas mais avançadas conquistas de caráter humanista quando fixou a filosofia e os objetivos que devem servir de parâmetro à legislação brasileira sobre criança e adolescente”. Nessa ordem de idéias, no plano constitucional, Tavares (2005, p. 14) afirma que a Constituição de 1988

[...] foi a mais afirmativa e abrangente de todas, dispondo em favor da infância e juventude em geral: aprendizagem, trabalho e profissionalização: art. 7º, XXXIII, combinado com o art. 227, § 3º, incisos I, II e III; capacidade eleitoral ativa: art. 14, § 1º, II, c; assistência social, seguridade e educação: arts. 195, 203, 204, 208, I, IV, e art. 7º, XXV; programação de rádio e televisão: art. 220, § 3º, I e II; proteção como múnus público: art. 227, *caput*; como dever do Estado: art. 227, § 1º, I e II; prerrogativas democráticas processuais: art. 227, IV e V; incentivo à guarda: art. 227, VI; prevenção contra entorpecentes: art. 227, VII; defesa contra abuso sexual: art. 227, § 4º; estímulo à *adoção*: art. 227, § 5º; e conquista maior, que se faz equânime às pessoas de todas as idades: a isonomia filial, no art. 227, § 6º.

No plano infraconstitucional, afirma Tavares (2005, p. 14) que a “[...] regulamentação desses preceitos constitucionais está consubstanciada no Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo art. 3º em exame enuncia os objetivos gerais da proteção dirigida mais pormenorizadamente nos diversos dispositivos estatutários”. Concebido como um verdadeiro microssistema (ECA + CDC + LACP), o ECA, juntamente com a CF/88, instrumentaliza e viabiliza o que se chama hoje de *um novo direito da criança e do adolescente*, vinculado à proteção integral, socializada, multidisciplinar (entrelaçada com outras áreas do conhecimento como a psicologia, a pedagogia, a sociologia *etc.*) desses cidadãos em desenvolvimento. Nesse sentido, Verone (2003, p. 31):

O nascer de um novo direito — o Direito da Criança e do Adolescente —, que em face de sua especificidade concebe toda a sua fundamentação conceitual com base na multidisciplinaridade, que, aliás, se apresenta hoje como uma das mais importantes discussões, sobre a qual nos debruçamos, evidencia não somente a importância mas a imprescindibilidade da conjugação de conhecimentos.

Nogueira (1998, p. 16) identifica os seguintes princípios fundamentais genéricos que orientam a aplicação prática dos dispositivos estatutários de proteção à criança e ao adolescente:

1) prevenção geral (arts. 54, I a VII, e 70); 2) prevenção especial (art. 74); 3) atendimento integral (arts. 3º, 4º e 7º); 4) garantia prioritária (art. 4º); 5) proteção estatal (art. 101); 6) prevalência dos interesses do menor (art. 6º); 7) indisponibilidade dos interesses do menor (art. 27); 8) escolarização fundamental (arts. 120, § 1º, e 124, IX); 9) reeducação e reintegração (art. 119, I a VI); 10) sigilosidade (art. 143); 11) respeitabilidade (arts. 18, 124, V, e 178); 12) gratuidade (art. 141, §§ 1º e 2º); 13) contraditório (arts. 5º, LV, e 171 a 190) e, por fim, 14) compromisso (art. 32).

De fato, não há dúvidas de que a tutela constitucional da criança e do adolescente constitui um dos pilares do atual Estado Democrático de Direito.

#### **4.10. Natureza da Ação Civil Pública na Defesa dos Direitos Individuais Indisponíveis: uma Questão Meramente Terminológica que não Impede ou Limita a Ação do Ministério Público**

O Ministério Público é um autêntico defensor do direito à vida e a sua existência com dignidade. Além de defender os direitos sociais em geral, ele não pode perder o perfil de defensor da vida e sua existência com dignidade. O direito à vida e a sua existência com dignidade compõe o núcleo do Estado Democrático de Direito; se o Ministério Público deixar de defender esse direito ou se o Estado criar obstáculos para o exercício dessa defesa, a própria identidade da Instituição Ministerial estará sendo posta em situação de risco.

A ação civil pública tem dignidade constitucional, estando prevista no art. 129, III, da CF/88. A sua disciplina está estabelecida tanto pela Lei nº 7.347/1985 quanto pelo Título III do CDC (art. 21 da LACP). Existem duas formas de se compreender a ação civil pública. Uma como ação coletiva, que se volta para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em relação a tais direitos, não há dúvidas de



que a ação civil pública é uma espécie do gênero ação coletiva, pois o seu objeto material irá abranger uma das dimensões do direito coletivo conceituadas pelo art. 81, parágrafo único, do CDC.

Outra forma de compreender a ação civil pública é como ação individual movida pelo Ministério Público. Nesses casos, a ação civil pública será uma ação individual, e a sua denominação está ligada à qualidade de parte processual no pólo ativo e não ao seu objeto material. Conforme orientação sedimentada na doutrina e na jurisprudência, não é a denominação que dá a natureza da ação. Assim, é possível manejar-se uma ação civil pública e utilizá-la para a defesa de um direito individual de uma criança, por exemplo, a fim de que ela tenha acesso a medicamentos, acesso à escola, acesso a uma sadia qualidade de vida *etc.*

A denominação de ação civil pública não importa. Mesmo que receba o nome de ação civil pública – a princípio, destinada à tutela dos direitos coletivos em sentido amplo –, não há dúvidas de que ela será uma verdadeira ação de natureza individual, pois o seu objeto material é um direito individual, só que indisponível. E como se sabe, para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, o Ministério Público está legitimado, não pelo art. 129, III, da CF/88, nem pelo art. 5º da Lei nº 7.347/1985, mas pelo art. 127, *caput*, da CF/88.

Portanto, repita-se, caso o Ministério Público ajuíze uma ação civil pública para a defesa de direito individual puro de determinada criança ou adolescente (Exemplo: para que uma criança seja submetida a tratamento médico ou a uma cirurgia, para que a ela seja garantido o acesso escolar *etc.*), a ação civil pública só é ação civil pública no nome, mas não será uma ação coletiva, pois a tutela, no caso, é de direito individual puro, não obstante seja possível, por força legal (arts. 201, V, e 212, ambos do ECA e art. 21 da LACP), aplicar as regras processuais do processo coletivo que sejam compatíveis com a defesa dos direitos individuais puros da criança e do adolescente.

O TJMG (MINAS GERAIS, 2006b) já reconheceu que a indisponibilidade dos direitos individuais não deixa de trazer em si matéria que se relaciona com o interesse social relevante. Assim, mesmo que a princípio a ação civil pública não seja a via processual mais adequada, ela poderia também ser utilizada para a defesa de tais direitos, ao lado de outras ações judiciais, considerando essa carga de essencialidade social relevante:

Não há dúvida acerca da legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública, seja pelos termos do que dispõe a própria legislação que regula tal a ação (art. 5º da Lei nº 7.347/85), seja pelas atribuições da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, (Lei nº 8.625/93) ou porque essa legitimidade decorre de atribuição do Ministério Público

ditada pela própria Constituição, de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inciso II, art. 129, da CR), ou ainda, por ser sua função institucional “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inciso III, art. 129, da CR).

No que se refere ao pedido específico deduzido nesta ação, poder-se-ia apenas discutir, em tese, sobre a via escolhida para a defesa de direito - ação civil pública, pelo Ministério Público, posto que sua legitimidade para a defesa de interesses sociais e de direitos individuais indisponíveis é mister atribuído pela própria Constituição Federal (caput, art. 127, CF), sendo, portanto, indiscutível, desde que esteja configurado interesse social relevante, como no caso específico, em que se discute direito à saúde e, portanto, à própria vida (arts. 5º e 196 da CF).

## 5. Conclusão

É elogiável a decisão comentada, a qual se ampara no art. 127, *caput*, c/c os art. 1º, III, e 5º, *caput*, todos da CF/88. O direito à vida e à sua existência com dignidade é garantia constitucional fundamental, não lhe sendo cabível interpretação restritiva, constituindo-se em cláusula pétrea, devendo a esse direito ser conferida aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88).

O Ministério Público possui legitimidade outorgada pelo constituinte de 1988 para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica democrática, de sorte que qualquer tentativa de lhe subtrair o manejo das ações e medidas respectivas afronta tanto o art. 127, *caput*, quanto o próprio art. 5º, XXXV, ambos da CF/88. O Ministério Público tem o dever constitucional de defender tanto direitos e interesses sociais, quanto direitos individuais puros indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88).

A indisponibilidade de um direito consiste na carga de essencialidade social de que se reveste o interesse a ser tutelado, podendo ser maior ou menor conforme o grau de importância dada pelo sistema constitucional. A indisponibilidade pode ser, ainda, do tipo objetiva, quando for intrínseca ao próprio objeto, ou subjetiva, quando se levar em conta as peculiaridades do sujeito do direito, como é o caso do incapaz, por exemplo. Indisponibilidade pode recair sobre qualquer ramo do direito que são veiculados por normas cogentes, de ordem pública e interesse social. Logo, seja no plano do direito

individual, seja no plano do direito coletivo, desde que haja essencialidade social no interesse tutelado, presente estará a indisponibilidade do direito. Em qualquer caso, o Ministério Público tem legitimidade para atuar na defesa dos direitos indisponíveis.

Para a defesa dos direitos individuais homogêneos não é fundamental a presença da indisponibilidade intrínseca, pois a legitimidade do Ministério Público se dá com base no interesse social evidenciado seja para evitar decisões conflitantes, seja para suprir a dispersão das vítimas, seja para diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário. O direito de acesso à saúde é direito igualmente considerado como garantia fundamental constitucional, não cabendo falar em interpretação restritiva. A proteção das crianças e dos adolescentes deve ser integral, prioritária e ser concebida como uma das mais importantes metas da nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

O Ministério Público está legitimado para a defesa da saúde, seja de pessoa individual ou da coletividade como um todo. A legitimidade do Ministério Público para a defesa da saúde inclui até a de pessoa capaz, adulta, pois saúde é questão relativa à vida e a sua existência com dignidade, e o direito à vida é bem sempre dotado de indisponibilidade tanto para a pessoa incapaz, quanto para a pessoa capaz. O Ministério Público pode e deve promover as ações necessárias a fim de se garantir o direito de acesso à saúde fundada tanto na indisponibilidade objetiva (direito à vida e a sua existência com dignidade) quanto na subjetiva (presença de interesse de incapaz). O que define uma ação como coletiva ou não é o seu objeto material e não a mera denominação.

O Ministério Público atua na defesa de direito individual puro indisponível como legitimado extraordinário, defendendo em nome próprio direito alheio com base em autorização decorrente do sistema constitucional como complexo de normas (art. 127, *caput*, da CF).

## 6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito coletivo brasileiro: autonomia metodológica e a superação da summa divisio direito público e direito privado pela summa divisio constitucionalizada e relativizada direito Individual e Coletivo*. 2006. Tese (Doutorado em Direito)– Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONEL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENDA, Ernesto. Dignidad humana e derechos de la personalid. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 271.286. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de novembro de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 466.861/SP. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 17 de junho de 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 664.139/RS. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 12 de maio de 2005a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Recurso Especial nº 662033/RS. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 19 de abril de 2005b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 850.813/RS. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 15 de agosto de 2006a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 826641/RS. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 20 de junho de 2006b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 819010/SP. Relator: Min. José Delgado. Brasília, 28 de março de 2006c.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir. (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa Machado. *A intervenção do Ministério Público no processo civil*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo nº 1.0024.05.574439-5/001. Relator: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 30 de março de 2006a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário nº 10220059782932001. Relator: Des. Geraldo Augusto. Belo Horizonte, 6 de junho de 2006b.

MINAS FERAIS. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário nº 1.0027.04.001664-7/001. Relator: Des. Jarbas Ladeira. Belo Horizonte, 2 de agosto de 2005a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0525.05.069698-4/002. Relator: Des. Maria Elza. Belo Horizonte, 13 de outubro de 2005b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo nº 1.0471.05.040104-4/001. Relator: Des. Maria Elza. Belo Horizonte, 2 de junho de 2005c.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

SANSEVERINO, Milton. Processo civil e interesse público. In: SALES, Carlos Alberto de. *O processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VERONE, Josiane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Coord.). *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

## 4. TÉCNICAS

### 4.1 ASSISTÊNCIA SIMPLES

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Ex-Procurador-Geral de Justiça (1999-2001 e 2001-2003)

Professor universitário na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ

Professor da Universidade Estácio de Sá

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA  
COMARCA DE NOVA FRIBURGO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, representado por seu Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições constitucionais e legais e nos termos do art. 50 do Código de Processo Civil, vem formular requerimento de ASSISTÊNCIA SIMPLES, com o fim de intervir no Processo nº XX, instaurado em razão de ação de reparação de danos morais ajuizada pelo Escritório de Advocacia Zveiter em face do Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro.

### I. DOS FATOS

1. O Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, na condição de representante do Ministério Público, ajuizou ação civil pública em face do Município de Nova Friburgo e do Escritório de Advocacia Zveiter, tendo em vista as irregularidades detectadas na contratação do segundo demandado por parte do primeiro.

2. Não obstante ter atuado no exercício regular de suas funções, foi demandado pelo Escritório de Advocacia Zveiter em uma ação de reparação de danos morais. A causa de pedir que alicerça a ação de reparação de danos ajuizada pelo Escritório de Advocacia Zveiter em face do Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, em essência, possui quatro vertentes. A primeira procura demonstrar a infringência aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, pois o Promotor de Justiça teria afirmado falsamente, na ação que subscrevera, que o Ministério Público, em casos análogos, vem alcançando a anulação de contratos celebrados pelo Poder Público com o Escritório de Advocacia Zveiter. A segunda aponta para a ilicitude da conduta do Promotor de Justiça ao conceder entrevistas aos meios de comunicação, o que seria objeto de vedação expressa pelo art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82. A terceira invoca a falsidade das declarações, pois o Escritório de Advocacia Zveiter não teria praticado a conduta noticiada. Por fim, a quarta, resultante da inevitável conjunção das três outras, sustenta o dever de reparar o dano moral decorrente de um ato ilícito que veiculou informações inverídicas e atentatórias à honra objetiva do referido Escritório.

3. Identificada a causa de pedir da ação de reparação de danos morais e individualizadas as vertentes em que se apresenta, resta demonstrar o interesse jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em que a sentença a ser proferida no processo em epígrafe seja favorável ao Excelentíssimo Senhor Promotor de Justiça demandado.

## II. DO INTERESSE JURÍDICO

4. O interesse jurídico na intervenção pleiteada será demonstrado com a conjunção dos seguintes fatores: a) o primeiro, no sentido de que o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, a exemplo dos demais membros do Ministério Público, tem total liberdade para conceder entrevistas a quaisquer meios de comunicação social, prerrogativa que sequer foi utilizada pelo nobre Promotor de Justiça; b) em conformidade com o segundo, o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Limar Ribeiro agiu no estrito cumprimento de seu dever constitucional ao ajuizar a ação civil pública em face do Escritório de Advocacia Zveiter; c) da conjunção dos dois fatores anteriores, chegar-se-á à conclusão de que a lide envolve matéria de natureza estritamente institucional, sendo imprescindível a atuação do Ministério Público para resguardar sua posição jurídica, tudo em conformidade com a linha de argumentação desenvolvida nos tópicos seguintes.

### II.1. DA LIBERDADE PARA A CONCESSÃO DE ENTREVISTAS

5. A positivação jurídica dos direitos fundamentais fez que os direitos do homem deixassem de ser esperanças ou meros impulsos não correspondidos na realidade fenomênica. Os direitos fundamentais, em verdade, são elementos condicionantes da própria legitimidade da ordem jurídica, pois seria inconcebível se falar em Estado de Direito sem que ao homem fossem assegurados direitos, liberdades e garantias oponíveis ao próprio ente estatal.

6. Direito, como se sabe, denota a possibilidade de se exigir de outrem determinado comportamento, cuja natureza pode ser positiva (ação) ou mesmo negativa (abstenção). A fundamentalidade<sup>1</sup>, por sua vez, aponta para o especial relevo que deve merecer a proteção de tais direitos, cuja dignidade é correlata à própria essência do homem, concebido como ser racional e detentor do poder que originou o Estado de Direito.

7. Sensível a essa realidade, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 26 de agosto de 1789, consagrou um rol de direitos do homem e do cidadão, verdadeiros direitos fundamentais que contribuiriam para a manutenção da Constituição e felicidade de todos, como ressalta a sua introdução. Dentre os direitos assegurados

<sup>1</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

por essa Declaração, ainda em vigor por força do preâmbulo da Constituição francesa, de 27 de outubro de 1946 e do art. 4º da Lei Constitucional, de 3 de junho de 1958, merece realce o art. 11, *in verbis*: “A livre comunicação dos pensamentos do homem e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, pois, falar, escrever e exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei”.

8. Mantendo a tradição constitucional pátria, mas desta feita com os olhos voltados à natureza democrática do Estado brasileiro, estabelece o art. 5º, IV, da Constituição de 1988, de forma clara e objetiva, no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais, que “[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Em seqüência, o Constituinte originário estatuiu a regra salutar de que “[...] é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5º, V), verdadeira norma de contenção, pois liberdade não guarda sinonímia com abuso ou arbítrio.

9. A liberdade de expressão é considerada um direito fundamental de primeira geração, estando incluída no rol dos direitos e garantias individuais clássicos (liberdades públicas), que remontam à Magna Carta Inglesa (MS nº 22.164/SP, Min. Celso de Mello). Discorrendo sobre as diferentes gerações de direitos fundamentais, ensina Ferreira Filho<sup>2</sup> que “[...] a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”.

10. Analisando a necessidade de especial proteção aos direitos fundamentais, observa Canotilho<sup>3</sup> que

[...] a fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (CF, art. 288, d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.



11. A exemplo do que ocorre no Direito português, no Direito Constitucional pátrio, os direitos fundamentais também ocupam o ápice da pirâmide normativa, sendo insuscetíveis de serem suprimidos pelo legislador infraconstitucional ou, mesmo, pelo Poder Constituinte derivado, pois erigidos à categoria de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF/88 – “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV. Os direitos e garantias individuais”). Apesar disto, em situações específicas, podem sofrer limitações.

12. Basta um breve passar de olhos por sobre o rol dos direitos e garantias fundamentais contemplados na Constituição da República para se concluir que a sua coexistência torna imprescindível a fixação de determinados limites ao seu exercício, isto sob pena de comprometimento, ou mesmo supressão, de um direito em prol de outro. Não fosse assim, como seria possível, *verbi gratia*, conciliar a liberdade de expressão com o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, todas com esteio constitucional?

13. Como derivação direta do próprio Estado de Direito, todos têm o dever de respeitar os direitos alheios, sendo esta a máxima fundamental do princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas, segundo o qual os direitos fundamentais são limitados pela proteção dispensada aos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição.

14. Por consagrar o princípio da relatividade dos direitos fundamentais, é oportuna a transcrição do art. 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, já que somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

15. Em razão de sua própria natureza jurídica, um direito fundamental somente poderá ser restringido para resguardar outro direito constitucionalmente assegurado.

A correção do comportamento do legislador, em sua atividade de conformação das normas constitucionais, será devidamente valorada a partir da identificação do direito a ser restringido e do direito a ser resguardado, operação esta que será direcionada pelo princípio da proporcionalidade, muito em voga entre os publicistas pátrios e que permitirá aferir se a natureza do direito a ser protegido justifica a intensidade da limitação imposta a outro direito.

16. Utilizando-se do princípio da proporcionalidade, é possível identificar a legitimidade de diversas normas que restringem a liberdade de expressão:

a) O art. 36 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) estatui que é vedado ao magistrado “[...] manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”. A restrição busca garantir a imparcialidade do magistrado, evitando que exteriorize seu entendimento sobre determinada questão, o que poderia redundar em antecipação de seu julgamento ou fazer que futuras causas com o mesmo objeto fossem a ele direcionadas, isto sem falar na necessidade de manutenção da unidade do Poder Judiciário, que sofreria sérias máculas em sendo admitidas críticas recíprocas entre seus órgãos.

b) Configura crime de responsabilidade do Presidente da República, a teor do art. 5º, 4, da Lei nº 1.079/50, “[...] revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação”. O motivo da restrição é patente: resguardar os interesses do País, o que justifica que a liberdade de expressão do Presidente, de valor nitidamente inferior à segurança da população, seja restringida.

c) Consoante o art. 11, III, da Lei nº 8.429/92, consubstancia ato de improbidade a conduta do agente público que venha a “[...] revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deve permanecer em segredo”. Aqui, a liberdade de expressão do agente cede lugar ao interesse público ínsito em toda a atividade administrativa, que poderia ser comprometida com a divulgação de dados sigilosos. No mesmo sentido, tem-se o art. 11, VII, que considera ato de improbidade a conduta consistente em “[...] revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço”.

17. Todas as restrições à liberdade de expressão, mencionadas no item anterior, têm um alicerce comum: são pontuais e condizentes com os fins almejados pelo legislador e os valores que se buscou preservar. Em nenhum momento, o agente público foi proibido de falar, mas, tão-somente teve uma pequena parcela de sua liberdade restringida em

prol de valores em muito superiores a ela, havendo uma nítida adequação entre meios e fins.

18. Na senda das restrições, cumpre transcrever o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82:

Art. 159. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros do Ministério Público é vedado especialmente:

.....  
IV. manifestar-se por qualquer meio de comunicação a respeito de assuntos pertinentes ao seu ofício ou à Instituição, bem como sobre a atuação funcional de qualquer dos membros, salvo quando autorizado pelo Procurador-Geral;

19. À luz do preceito acima, editado à sombra de um regime ditatorial e que vedou aos membros do Ministério Público a possibilidade de conceder entrevistas aos meios de comunicação a respeito de assuntos concernentes ao seu ofício, questiona-se: qual é o direito que se buscou preservar com essa restrição à liberdade de expressão? Certamente não é a imparcialidade dos membros do Ministério Público, pois, sempre que atuam na condição de *dominus litis*, sua visão dos fatos *sub judice* encontra-se estampada na petição inicial. Do mesmo modo, não é a intimidade de quem quer que seja, pois a vedação não é direcionada ao sigilo de um fato e, sim, à pessoa do Promotor de Justiça, vale dizer, o fato pode ser revelado por qualquer um, menos pelo membro do Ministério Público.

20. Uma norma confeccionada sob a égide de um regime de exceção, em geral, não anda de braços dados com a lógica do razoável. Para não fugir à regra, o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82 padece desse vício, o que é constatado a partir da leitura do art. 158, XIII, do mesmo diploma legal:

Art. 158. Os membros do Ministério Público devem ter irrepreensível procedimento na vida pública e particular, pugnando pelo prestígio da Justiça, velando pela dignidade de suas funções e respeitando a dos magistrados e a dos advogados.

Parágrafo único. É dever dos membros do Ministério Público.

.....  
XIII. observar sigilo funcional quanto à matéria dos procedimentos que tramitam em segredo de justiça.

21. Considerando que o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82 veda unicamente manifestações em meios de comunicação e o art. 158, XIII, somente impõe o sigilo funcional quanto à matéria dos procedimentos que tramitam em segredo de justiça, chega-se à conclusão de que o Promotor de Justiça pode falar livremente

pelas ruas, praças e avenidas sobre todas as matérias dos procedimentos em que atue, desde que não tramitem em segredo de justiça, mas vedado lhe é falar à imprensa. Assim, não bastasse o fato de a restrição à liberdade de expressão dos membros do Ministério Público não encontrar justificativa na necessidade de preservação de outro direito<sup>4</sup>, tem-se outra incoerência, que não nega suas raízes ditatoriais, época em que a publicidade dos atos estatais era mera utopia. Em suma, a proibição é manifestamente irrazoável.

22. Evidentemente, conforme deflui do exposto nos três itens anteriores, não se sustenta que o art. 159, IV, da Lei Complementar nº 28/82 é integralmente inconstitucional. Os membros do Ministério Público, considerados em sua individualidade, não têm legitimidade para representar a Instituição em seu aspecto coletivo, o que justifica a exigência de autorização do Procurador-Geral de Justiça para que concedam entrevistas que possam vir a ser valoradas como a postura oficial do Ministério Público em relação a determinado assunto. Do mesmo modo, afigura-se nitidamente salutar a exigência de prévia autorização para que possam emitir manifestações a respeito da atuação funcional de outros membros, o que evitará críticas recíprocas e preservará o princípio da unidade, fim igualmente objetivado pela vedação anterior. Esta parte da norma, aliás, é em muito semelhante ao disposto no art. 36 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura), apresentando uma clara relação de proporcionalidade entre meios e fins.

23. Por restringir um direito fundamental sem qualquer justificativa, explícita ou implícita, o art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82 está em frontal dissonância da Constituição da República de 1988, não tendo sido integralmente recepcionado. Por tal razão, desde o dia 5 de outubro de 1988 inexistiu qualquer vedação a que os membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro se manifestem por qualquer meio de comunicação a respeito de assuntos pertinentes ao seu ofício. Essa orientação, aliás, há muito está assentada no seio da Instituição, onde todos, inclusive o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, são dispensados, pelo Procurador-Geral de Justiça, de solicitar qualquer tipo de autorização para a concessão de entrevistas à imprensa em geral.

24. Além de ter o direito à liberdade de expressão, o membro do Ministério Público, como agente público que é, tem o dever de ser transparente, o que inclui a obrigação moral de expor aos meios de comunicação todos os atos praticados no exercício de suas funções, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo. Por óbvias razões, não raras vezes, a simples conduta de informar o conteúdo de uma peça processual já será suficiente para desagradar ao réu em um processo criminal ou a um agente público intitulado de

<sup>44</sup>“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (art. 18, 2, da Constituição portuguesa).

improbo. Aqui, no entanto, o direito individual cede lugar à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, máxime quando os fatos versam sobre a malversação do dinheiro público e inexistente qualquer vedação, legal ou judicial, a tal conduta.

25. Ainda sob a ótica dos direitos fundamentais, dispõe o art. 5º, LX, da Constituição que “[...] a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. O preceito constitucional não deixa margem a dúvidas: a regra é a publicidade dos atos processuais. Ao legislador, no entanto, foi outorgada a liberdade de ponderar, de um lado, a necessidade de publicidade dos atos estatais e, do outro, a intimidade e o interesse social, sendo-lhe permitido restringir aquela em benefício destes. A restrição, no entanto, deve observar padrões de proporcionalidade, os quais serão passíveis de sindicância pelo Poder Judiciário.

26. Por estar em plena harmonia com o texto constitucional, deve ser transcrito o art. 155 do Código de Processo Civil:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I- em que o exigir o interesse público;

II- que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

27. Considerando que o art. 155 do Código de Processo Civil é aplicável aos processos instaurados a partir de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público (art. 19 da Lei nº 7.347/85: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”), é possível dizer que eventual segredo de justiça somente poderia ser imposto pelo juízo a partir da constatação de que o interesse público exigia tal providência. *In casu*, além de inexistir qualquer notícia de que o juízo tenha agido dessa forma, a presunção é de que tal não ocorreu, pois certamente melhor resguarda o interesse público a possibilidade de a população acompanhar o processo e o julgamento daqueles que são acusados de malversação do dinheiro público.

28. Partindo-se da premissa de que o processo instaurado a partir de ação civil pública ajuizada em face do Escritório de Advocacia Zveiter e outro não está tramitando em

segredo de justiça, não se vislumbra qualquer irregularidade na conduta daquele que venha a divulgar o seu conteúdo a terceiros. Note-se, no entanto, que divulgar não guarda identidade com comentar ou opinar. Àquele que simplesmente reproduz, de forma literal ou não, o que dos autos consta, jamais poderá ser imputada a prática de um ato ilícito; já aquele que emitir opinião pessoal a respeito de determinado processo poderá ser responsabilizado pelos excessos que venha a praticar a partir do exercício de sua liberdade de expressão.

29. Da leitura da matéria jornalística parcialmente transcrita pelo Escritório de Advocacia Zveiter na petição inicial da ação de reparação de danos ajuizada em face do Excelentíssimo Promotor de Justiça, constata-se que o seu conteúdo é similar ao da ação civil pública contra si ajuizada, não veiculando qualquer opinião ou comentário a respeito do processo. Observe-se, ainda, que o texto integral das matérias jornalísticas denota claramente que o seu objetivo foi tão-somente reproduzir o conteúdo do processo, havendo, inclusive, expressa referência à petição inicial, levando a crer que ela fora consultada. Não bastasse isso, o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro declarou expressamente que, apesar de poder, não concedeu qualquer entrevista, não sendo demais frisar que esta seria inócua, pois o processo, por ser público, é acessível a todos os advogados, inclusive aqueles que prestam serviços aos periódicos<sup>5</sup>.

30. Situação diversa seria vislumbrada se o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro não tivesse adotado qualquer providência em relação ao Escritório de Advocacia Zveiter e narrasse aos meios de comunicação a prática de possíveis ilícitos praticados por este. Neste caso, o membro do Ministério Público não se limitaria a reproduzir o conteúdo de um processo judicial de natureza eminentemente pública, terminando por avançar no terreno das impressões subjetivas a respeito da conduta de uma pessoa jurídica, o que o tornaria responsável pelos excessos que viesse a praticar.

31. Constata-se, assim, que as informações contidas em um processo judicial, que não tramite sob segredo de justiça, podem ser expostas a terceiros, inclusive pelos membros do Ministério Público.

32. Mais uma vez invocando os denominados direitos fundamentais, cumpre dizer que a Constituição da República, em seu art. 5º, IX – “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, veicula outra norma que garante a liberdade de expressão do pensamento.

<sup>5</sup> O art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94 dispõe que é direito do advogado “[...] examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”.

Neste preceito, coexistem, lado a lado, a liberdade de expressão e a liberdade de informação, as quais são essenciais à própria consecução do ideal democrático.

33. Além de assegurar o direito à liberdade de informação, de natureza eminentemente positiva, a Constituição também consagra um direito negativo consistente no dever de o Estado, ressalvadas as exceções constitucionais, abster-se de restringi-la (art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, § 1º – Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV).

34. Consagrada a liberdade de informação, não poderia ser oposto qualquer óbice à atividade dos meios de comunicação social que decidiram divulgar o conteúdo de um processo que versa sobre malversação do dinheiro público; logo, a conduta é lícita. Acresça-se a isto que aos membros do Ministério Público é assegurada a liberdade de expressão e que a ação civil pública ajuizada em face do Escritório de Advocacia Zveiter não tramita sob segredo de justiça, o que tornaria igualmente lícita a conduta do Promotor de Justiça que viesse a conceder entrevistas a esse respeito.

35. Frise-se, uma vez mais, que, contrariamente ao alegado, o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro não concedeu qualquer entrevista a respeito da matéria veiculada na ação civil pública ajuizada em face do Escritório Zveiter e do Município de Nova Friburgo. Afirmou ele, textualmente, que

[...] este Promotor de Justiça nunca concedeu qualquer entrevista a qualquer meio de comunicação sobre o caso Zveiter-Nova Friburgo – embora autorizado a fazê-lo pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, como todos os demais colegas do XXIII Concurso. O ajuizamento da ação foi meu último ato quando designado para aquela Comarca. Talvez esta tenha sido a razão pela qual não fui encontrado por qualquer repórter. Todas as matérias veiculadas foram de inteira responsabilidade de seus autores, e as informações provavelmente obtidas junto ao cartório da 1ª Vara Cível de Nova Friburgo, razão pela qual se explica a citação literal, naquelas, de trechos da inicial da Ação, e não por terem sido covardemente afirma o Escritório Zveiter em sua ação (fl. 06).

Não tendo sido concedida a entrevista, a causa de pedir que sustenta a ação de reparação de danos perde seu alicerce fundamental e ao mais leve sopro se espalha e desvanece.

36. Não bastasse a palavra do nobre Promotor de Justiça, veiculada em expediente oficial endereçado à Chefia da Instituição e que merece ampla e irrestrita credibilidade, o próprio teor das matérias jornalísticas, acaso lidas com olhos de querer ver, demonstra claramente que elas foram obtidas junto aos autos do processo, o que resulta do próprio conteúdo das expressões utilizadas: “a ação civil pública questiona”, “na ação inicial”, “na ação, promotor diz”, “segundo o promotor na ação civil pública”, “a ação civil pública questiona”, “segundo os argumentos do MP”. Assim, é fato incontestável que as matérias jornalísticas buscaram tão somente retratar o conteúdo da ação civil pública.

37. Em que pese o fato de o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro não ter concedido as entrevistas noticiadas, conforme ele declarara, qual haveria de ser o deslinde da questão acaso as tivesse concedido? À resposta chegaremos com outro questionamento: se é lícita a publicação e o Excelentíssimo Promotor de Justiça, agindo no exercício de um direito constitucionalmente assegurado, concorreu para a prática de um ato lícito, onde estaria a ilicitude?

38. De atos lícitos não pode resultar ilicitude. Neste sentido, vale lembrar a aguçada percepção de Bobbio<sup>6</sup>: “[...] se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas”.

## **II.II. Do ajuizamento da ação civil pública em face do Escritório de Advocacia Zveiter e do Município de Nova Friburgo como forma de estrito cumprimento do dever constitucional**

39. A Constituição de 1988, caminhando no mesmo norte de diversos países democráticos, buscou circundar o Ministério Público de diversas garantias e prerrogativas, todas imprescindíveis ao exercício independente de suas relevantes funções, possibilitando uma proteção adequada contra as retaliações que seus membros certamente sofreriam sempre que contrariassem os detentores do poder, político ou econômico, ou mesmo aqueles adeptos ao tráfico de influências.

40. Por ter correlação direta com o objeto do parecer, é imprescindível a menção ao princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição: “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”). De acordo com esse princípio, aos membros do Ministério Público são direcionadas duas garantias vitais ao livre exercício de suas funções: a) podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à lei, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas às suas atribuições institucionais; b) não podem ser

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1989, p. 159.



responsabilizados pelos atos que praticarem no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins inerentes à atuação ministerial.

41. A independência funcional dos membros do Ministério Público recebeu especial atenção do Constituinte originário, o qual, além de consagrá-la no art. 127, § 1º, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público (art. 85, II).

42. Meirelles<sup>7</sup>, discorrendo sobre a situação dos agentes políticos, dentre os quais inclui os membros do Ministério Público, afirma que eles “[...] têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos e, para tanto, ficam a salvo de responsabilidade civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má fé ou abuso de poder”.

43. O legislador infraconstitucional, como não poderia deixar de ser, manteve-se em harmonia com a Constituição ao editar a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:  
[...]

V - gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional.

44. Ainda que a inviolabilidade, reconhecida pela doutrina e garantida aos membros do Ministério Público pela Constituição e pela lei, não fosse expressa, tal não permitiria concluir pela sua inexistência. Justifica-se a assertiva, pois a própria natureza da atividade desenvolvida pelos membros do Ministério Público traz em si, ínsita e latente, tal garantia, que deve ser reconhecida sempre que o emprego de assertivas atentatórias à honra de outrem for necessário à própria consecução dos fins inerentes à Instituição.

45. Consoante a lição de Alessi<sup>8</sup>, a atividade administrativa é desenvolvida sob

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 69.

<sup>8</sup> ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. A. Giuffrè, 1960, p. 2.

a concepção de função estatal, que deve ser entendida como o dever de o agente praticar determinados atos, valendo-se dos poderes que a lei lhe confere, visando à consecução do interesse da coletividade. Do mesmo modo, as lições do publicista italiano são aplicáveis ao Ministério Público. A prerrogativa da inviolabilidade pelas opiniões emitidas somente haverá de ser reconhecida quando estiver relacionada à atividade finalística da Instituição, pois todo o poder outorgado pela lei haverá de ser direcionado ao interesse público igualmente contemplado por ela.

46. Na hipótese vertente, as condutas ilícitas imputadas ao Escritório de Advocacia Zveiter estavam diretamente relacionadas à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, a qual, em última *ratio*, visava à preservação do patrimônio público<sup>9</sup>. Vê-se, assim, que o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro utilizou-se de seus deveres-poderes, amparado pelas prerrogativas de seu cargo, com a finalidade de preservar o interesse público. Em síntese, agiu no estrito cumprimento de seu dever constitucional.

47. No entanto, em determinadas situações, será possível identificar que o membro do Ministério Público não se utilizou de seus deveres-poderes visando à satisfação do interesse público. Em casos tais, rompido o nexo de encadeamento lógico que deve existir entre o meio e o fim, o que é inerente à própria concepção de função pública, deverá ser afastada a prerrogativa da inviolabilidade, o que tornará possível a responsabilização pessoal do agente pelos excessos que praticar. Neste sentido, dispõe o art. 85 do Código de Processo Civil: “Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

48. A análise da inicial da ação civil pública subscrita pelo Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, em linha de princípio, não demonstra que sua atuação tenha sido direcionada pelo móvel de prejudicar o Escritório de Advocacia Zveiter. A linguagem utilizada é moderada, a conclusão está em harmonia com as premissas que a embasam e o substrato probatório utilizado, em essência, é a prova documental, o que certamente não é indício de dolo ou fraude. Ainda aqui, não se vê qualquer ilicitude no comportamento do nobre Promotor, pois este, consoante os elementos apresentados para análise, atuara com o fim de resguardar o interesse público.

<sup>9</sup> A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão do seguinte teor: “Processual Civil. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Patrimônio público. Proteção. CF/88, art. 129, III. Recurso especial. Processual Civil. Ação civil pública. Defesa do patrimônio social - art. 129, III, CF. Legitimidade do Ministério Público. Conforme alguns precedentes da Corte, é legítimo ao Ministério Público propor ação civil pública visando a proteção do patrimônio público, uma vez que o texto constitucional/88 (art. 129, III), ampliou o campo de atuação do MP, colocando-o como instituição de substancial importância na defesa da cidadania. Recurso improvido” (Resp. nº 98.648-0-MG).

49. Na ação de reparação de danos ajuizada em face do Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, mais especificamente no item 13, afirma o Escritório de Advocacia Zveiter que o demandado veiculara uma inverdade, ou desmedida inexatidão, pois afirmara que o Ministério Público, em casos análogos, vem alcançando a anulação de outros contratos, o que não encontra ressonância nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça deste Estado. Constatada a veracidade dessa afirmação, ela poderia vir a consubstanciar a litigância de má-fé e, quiçá, o dolo exigido pelo art. 85 do Código de Processo Civil. No entanto, após ler e reler a inicial da ação civil pública, não identificamos em que local o membro do Ministério Público teria feito a indigitada afirmação. Pelo que constatamos, o que ele efetivamente disse foi o seguinte: “Ressalte-se que o próprio Ministério Público deste Estado já foi forçado a ajuizar Ação Civil Pública em face do Escritório de Advocacia Zveiter, com fundamento nos mesmos fatos que ora se repetem, ou seja, embasado na contratação irregular daquele com ente público municipal, no caso, o Município de Arraial do Cabo, para a prestação de serviços similares”. Assim, se inverdade houve, certamente ela não partiu do Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, motivo pelo qual também aqui não vislumbramos nenhum ilícito que pudesse justificar a sua responsabilização.

50. Evidentemente, o teor da Portaria nº 52/01, subscrita pelo ilustre Promotor de Justiça, jamais poderia ser ofensiva a quem quer que seja, pois sua única finalidade era delimitar o campo da investigação a ser realizada. Chegando ao seu conhecimento que “[...] o Ministério Público, através de Ação Civil Pública, já obteve em juízo a anulação de contratos do mesmo escritório em outros Municípios, dentre eles, o de Arraial do Cabo”, o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro instaurou sindicância para melhor apurar os fatos. Ao final das investigações, verificando que não foi proferida qualquer decisão definitiva naquele sentido, utilizou-se de premissas diversas para embasar a sua ação, o que é uma demonstração nítida de lealdade processual.

51. Como desdobramento lógico do princípio da independência funcional, que abrange a inviolabilidade do membro do Ministério Público por suas manifestações processuais, ressalvadas as citadas hipóteses de dolo ou fraude, não poderá ser ele responsabilizado na esfera cível, criminal ou administrativa, ainda que seja julgada improcedente a pretensão que deduzira em juízo.

52. Analisando a possibilidade de ser imputada ao membro do Ministério Público a prática do crime de denúncia caluniosa, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

Não pode ter curso ação penal contra membro do Ministério Público pelo crime de denúncia caluniosa senão quando evidente a temeridade ou o abuso de poder. Se a investigação

policial leva à suspeita consistente, o Ministério Público deve agir na conformidade de seu dever constitucional, não quedando intimidado pela perspectiva da acusação de denúncia caluniosa sempre que resultar provada a inocência do suspeito. Hipótese de trancamento da ação penal por atipicidade (HC nº 74.318-8, Min. Francisco Rezek).

53. Mazilli<sup>10</sup> traz à colação interessante precedente:

Caso incomum ocorreu há alguns anos no foro paulista. Um curador fiscal de massas falidas ofereceu denúncia contra quatro pessoas, por crimes capitulados na Lei de Falências. Com relação a um dos denunciados, o juiz rejeitou a denúncia, porque não fora cumprido um requisito legal: a lei concedia prazo de cinco dias ao falido para contestar as arguições constantes do inquérito judicial e requerer o que entendesse conveniente, antes que pudesse ser oferecida a denúncia por crime falimentar. Vislumbrando na atuação do membro do Ministério Público um crime de denúncia caluniosa, aquele denunciado requereu a um delegado de polícia a instauração de inquérito policial contra o promotor, o qual foi de imediato trancado pelo tribunal local: 'E, conquanto inacreditável, a autoridade determinou a instauração do inquérito policial. Vieram estes autos com pedido de dilação de prazo para sua conclusão, manifestando-se a douda Procuradoria-Geral de Justiça pelo indeferimento do pedido, e arquivamento dos autos por absoluta falta de justa causa para a instauração do inquérito policial [...]. O inquérito não está concluído, nem deverá sê-lo, face ao flagrante despropósito que seu objetivo encerra: rejeitada uma denúncia, o membro do Ministério Público que a ofereceu incidirá em denúncia caluniosa!!! Autorizar-se o prosseguimento da peça informativa será encampar-se a heresia jurídica que a mesma encerra' (Despacho do Des. Cunha Bueno, Inquérito n. 139.782/TJSP).

### II.III. Da efetiva presença do interesse jurídico

54. Como derivação do que foi exposto nos dois itens antecedentes, pode-se dizer que:

a) A liberdade de expressão é um direito fundamental.

<sup>10</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 347.

b) O art. 159, IV, da Lei Complementar Estadual nº 28/82, que restringe, de forma desarrazoada, a liberdade de expressão dos membros do Ministério Público, não foi integralmente recepcionado pela Constituição de 1988.

c) O Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro tem plena autonomia para conceder entrevistas a qualquer meio de comunicação, sobre atos próprios de seu ofício, independentemente de autorização do Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, o que é decorrência de seu direito à liberdade de expressão.

d) As informações contidas em um processo judicial, que não tramite sob segredo de justiça, podem ser expostas a terceiros, inclusive pelos membros do Ministério Público.

e) É lícita a divulgação, através dos meios de comunicação social, do conteúdo da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Escritório de Advocacia Zveiter.

f) Sendo lícita a publicação, ao Excelentíssimo Promotor de Justiça que, no exercício de sua liberdade de expressão, concorre para a sua prática, não pode ser atribuída nenhuma ilicitude.

g) O princípio da independência funcional assegura ao membro do Ministério Público a garantia da inviolabilidade por suas manifestações processuais.

h) A prerrogativa da inviolabilidade alcança todos os atos praticados pelo Ministério Público visando à consecução de suas atividades finalísticas, o que afasta, em casos tais, a possibilidade de responsabilização dos agentes ministeriais por eventuais ofensas à honra de terceiros.

i) Verificado que o membro do Ministério Público agiu com dolo ou fraude, estará rompido o nexo de encadeamento lógico que deve existir entre o meio utilizado e o interesse público que deve ser atingido, o que se choca com a idéia de função pública e afasta a prerrogativa da inviolabilidade, terminando por sujeitar o agente à responsabilização pelos excessos que tenha praticado.

j) Ao subscrever a ação civil pública ajuizada em face do Escritório de Advocacia Zveiter, o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro utilizou-se de seus deveres-poderes, amparado pelas prerrogativas de seu cargo, com a finalidade de preservar o interesse público, não praticando qualquer ato ilícito.

55. Intervenção de terceiros, como se sabe, representa o ingresso, em uma relação processual, de pessoa que originariamente não era parte. A compreensão dessa alteração subjetiva da relação processual pressupõe que sejam distinguidos os conceitos de parte da demanda e parte do processo. Regra geral, o terceiro, que não é parte da demanda, vem a se tornar, com a intervenção, parte do processo.

56. Dentre as modalidades de intervenção de terceiros, voluntária ou espontânea, tem-se a assistência, disciplinada pelos arts. 50 *usque* 55 do Código de Processo Civil. Na assistência, o terceiro, que tenha interesse jurídico na solução favorável a uma das partes originárias, ingressa na relação processual para auxiliá-la.

57. O instituto da assistência, consoante o tipo de interesse jurídico que norteie a atuação do terceiro, pode ser subdividido em duas espécies: I) assistência simples ou adesiva, “[...] que se verifica quando não está em litígio um direito do terceiro, mas ele tem interesse na vitória do assistido, porque ela pode beneficiar outro direito do assistente. Esse outro direito do assistente, porém, não está em discussão na causa”<sup>11</sup>. II) assistência qualificada ou litisconsorcial, em que o direito em litígio, além de ser do assistido, também é do assistente, o qual tem legitimidade para discuti-lo sozinho ou em litisconsórcio com os demais titulares.

58. Conforme deflui da própria letra do art. 50, *caput*, do Código de Processo Civil: “Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”, somente será legítima a intervenção na hipótese de o terceiro possuir interesse jurídico, sendo esse o ponto nodal do parecer.

59. Interesse jurídico, evidentemente, é algo mais que o mero interesse de fato ou econômico. Na lição de Barbi (1975, p. 292), “[...] o interesse é jurídico quando entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele houver uma relação de conexão ou de dependência, de modo que a solução do litígio pode influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica de terceiro.” Moacyr Lobo da Costa, cuja lição é reproduzida e acolhida por Marques<sup>12</sup>, averba que

[...] sempre que o terceiro seja titular de uma relação jurídica, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão de uma das partes do processo, ele deve ser admitido a intervir na causa, para atuar no sentido de que a seja favorável à pretensão da parte a que aderiu. Não se trata, evidentemente, de interesse prático ou econômico, que não legitima a intervenção. Deve existir uma relação jurídica, entre o terceiro e a parte, cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão dessa parte na lide, e possa ser afetada pela decisão da causa.

60. *In casu*, não se divisa qualquer relação jurídica entre o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Escritório de Advocacia Zveiter. Situação diversa, no entanto, ocorre em relação ao Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, sendo com este mantido um vínculo de natureza funcional, pois se encontra investido no cargo de Promotor de Justiça, isto após regular aprovação em concurso público de provas e títulos. Acresça-se, ainda, que o Ministério Público, quer seja de

<sup>11</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 290.

<sup>12</sup> MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 271.

forma isolada ou concorrente, não detém a titularidade do direito em litígio, o qual tem feição nitidamente patrimonial, o que justifica o pleito de assistência simples ou adesiva.

61. Como já foi dito, a assistência simples somente deve ser admitida em sendo divisado o interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes. Na hipótese vertente, considerando os motivos já declinados, vê-se que o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro agiu no estrito cumprimento de seu dever constitucional ao ingressar com ação civil pública em face do Escritório de Advocacia Zveiter e outro, sendo evidente o interesse que possui o Ministério Público no sentido de que a decisão a ele seja favorável. Resta, agora, demonstrar a juridicidade desse interesse.

62. Como será demonstrado, o Ministério Público tem legitimidade para atuar como interveniente *ad adiuvandum*, o que, nas palavras de Liebman<sup>13</sup>, longe de representar uma atitude altruísta ou uma incontida vontade de favorecer o assistido, é imprescindível à própria fiscalização do comportamento deste, evitando que a decisão a ser proferida repercuta de forma danosa sobre a posição jurídica da Instituição; não sendo demais lembrar que, no caso vertente, não seria dado ao Ministério Público agir autonomamente acerca da relação deduzida em juízo pelo Escritório de Advocacia Zveiter, o que reforça a necessidade de sua intervenção.

63. Não sendo o Estado dotado de atributos físicos e mentais que constituam um ser com individualidade existencial própria, sua vontade haverá de ser materializada através de pessoas físicas que, em seu, nome, exercerão as distintas atividades estatais. O Ministério Público, como não poderia deixar de ser, não foge à regra, sendo apresentado por seus agentes, Promotores ou Procuradores de Justiça, os quais desempenham as distintas funções ministeriais. Assim, todos os atos praticados por esses agentes, no estrito exercício de seus deveres-poderes, haverão de ser considerados como atos praticados pelo próprio Ministério Público, concepção esta que tem como alicerce o princípio da unidade da Instituição, com esteio no art. 127, § 1º, da Constituição da República (“São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”).

64. Considerando que o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro ajuizou ação civil pública em face do Escritório de Advocacia Zveiter no estrito cumprimento de seu dever e na condição de representante do Ministério Público, tal ato haverá de ser imputado à Instituição, rompendo as lindes da individualidade do agente. Além disto, sustenta-se que referido agente estaria impossibilitado de conceder entrevistas aos meios de comunicação social, o que coarctaria não apenas sua liberdade

<sup>13</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 114-115.

de expressão como também o próprio dever de transparência do Ministério Público, o qual se pronuncia através de seus agentes.

65. Contra a constatação realizada no item antecedente, certamente será oposta a objeção de que a pretensão deduzida na ação de reparação de danos morais, ajuizada em face do Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro tem feição nitidamente patrimonial, em nada afetando o Ministério Público. Não obstante a engenhosidade do argumento, nele não se divisa um verdadeiro obstáculo, mas tão somente um percalço facilmente transposto. Justifica-se a assertiva, pois o pedido não é o único elemento de uma ação, a ele devendo ser acrescidas as partes e a causa de pedir, o que torna despidiendas maiores digressões para se constatar que este último elemento está diretamente imbricado com as prerrogativas dos membros do Ministério

Público e a própria subsistência da Instituição. O pedido somente haverá de ser julgado procedente em sendo encampada a causa de pedir, e esta se encontra diretamente relacionada à posição do Ministério Público no cenário jurídico, o que é suficiente para demonstrar o interesse jurídico da Instituição em pleitear a sua intervenção no feito como assistente simples.

66. Frise-se, ainda, que o fato de os motivos da sentença não fazerem coisa julgada (art. 469, I, CPC) em nada afeta o que foi dito. Como é do conhecimento de todos, o ordenamento jurídico pátrio encampa a denominada ação declaratória incidental (art. 325, CPC), o que permite que o autor requeira que o juízo profira sentença incidente sempre que o réu contestar o direito que constitui fundamento do pedido. Possível ação dessa natureza traria funestas conseqüências, pois permitiria que fosse judicialmente reconhecida a impossibilidade de o Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro vir a conceder entrevistas sobre o exercício de funções, o que até o presente momento ainda não fez. Mesmo que a ação declaratória incidental não venha a ser manejada, será inevitável o enfraquecimento da posição jurídica do Ministério Público, pois, não só o agente demandado como os demais, serão constantemente premidos pelo receio de sofrerem vultosas perdas patrimoniais pelo simples fato de exercerem suas funções.

67. Como desdobramento lógico do que foi dito, vê-se que a intervenção do Ministério Público na ação de reparação de danos ajuizada em face do Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, longe de almejar a defesa do patrimônio deste, é imprescindível à própria tutela das prerrogativas institucionais, as quais certamente seriam ameaçadas em sendo prestigiados os argumentos que embasam a causa de pedir da ação ajuizada pelo Escritório de Advocacia Zveiter. Além disto, é necessária para resguardar a relação jurídica de natureza funcional mantida com referido agente, a qual estará sujeita a indesejáveis mutações caso o agente venha a sofrer perdas patrimoniais pelo simples fato de estar exercendo suas atividades laborativas.



68. No Direito comparado, a exemplo da posição pacífica da doutrina pátria, encontra-se normalmente positivado o entendimento de que a assistência simples pode ter lugar sempre que a sentença a ser proferida puder afetar um interesse próprio do interveniente, for necessária à conservação de seus direitos ou para fazer valer um direito relativo ao objeto da demanda ou dependente do título (*rectius*: causa de pedir) que a embasa. O art. 90 do Código de Processo Civil argentino dispõe que: “*Podrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien: 1º acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio; 2º Según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio*”. O art. 330 da lei adjetiva francesa que: “*L’intervention est accessoire lorsqu’elle appuie les prétentions d’une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie. L’intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention*”. Por último, o art. 105 do Código de Processo Civil italiano é claro ao estatuir que: “*Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone (267 s.) per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all’oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi há un proprio interesse*” (100, 267 s., 344).

69. O Ministério Público, como função essencial à administração da Justiça, a exemplo do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas, não é dotado de personalidade jurídica. Apesar disto, há muito está sedimentado o entendimento de que todos os órgãos estatais, ainda que destituídos de personalidade jurídica, tem personalidade judiciária para demandar em juízo em defesa de suas prerrogativas. Este, aliás, a um só tempo, é o fundamento que sustenta o interesse jurídico do Ministério Público e que lhe assegura a aptidão para postular a sua intervenção no feito. Eis a posição do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Personalidade judiciária. Autor é réu, porque dotados de personalidade jurídica, exercem direitos e obrigações. Alguns seres, apesar de carentes dessa personalidade, são admitidos em juízo, como o espólio, a herança jacente e a massa falida. Pondera-se a repercussão direta do julgado nesses entes. A Caixa de Previdência dos Advogados de São Paulo não tem personalidade jurídica, órgão que é do IPESP. A lei, no entanto, dotou-a de autonomia financeira e patrimônio próprio. A ação de que trata o processo, repercutirá nesse patrimônio, por força da legislação. Urge, por isso, reconhecer-lhe personalidade judiciária (REsp. nº 5.790-SP, Min. Vicente Cernicchiaro).

70. Tratando-se de matéria que transcende a individualidade do Excelentíssimo Promotor de Justiça que figura no pólo passivo da ação de reparação de danos morais

ajuizada pelo Escritório de Advocacia Zveiter, o ingresso do Ministério Público na lide, na condição de assistente simples, haverá de ser pleiteado pelo Procurador-Geral de Justiça, Chefe da Instituição (art. 10, I, da Lei nº 8.625/93 – “Compete ao Procurador-Geral de Justiça: I- exercer a chefia do Ministério Público, representando-o judicial e extrajudicialmente”).

### **III. DO REQUERIMENTO DE ASSISTÊNCIA**

71. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, à luz do exposto, requer, após regular intimação das partes, a sua admissão no feito como assistente simples do Excelentíssimo Promotor de Justiça Daniel Lima Ribeiro, demandado na ação de reparação de danos morais ajuizada pelo Escritório de Advocacia Zveiter. Dispensado o pagamento de custas e taxa judiciária, considerando a qualidade do requerente e o disposto no art. 7º, IV, da Lei nº 1.010/86.

Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 2001.

## SUBSEÇÃO III – DIREITO ADMINISTRATIVO

### 1. ARTIGOS

#### 1.1 A ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA FRANCESA: UMA FONTE DE INSPIRAÇÃO PARA AS ESCOLAS DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO MINEIROS?(\*)

MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT

Juíza do Trabalho em Minas Gerais

Conselheira da Escola Judicial do TRT da 3ª Região

Doutora em Direito pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas), diploma revalidado pela UFMG

Professora licenciada da UNA em Belo Horizonte

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Da estrutura da escola francesa. 3. Da formação do magistrado na escola francesa. 3.1. Da formação inicial. 3.2. Da formação contínua. 4. De algumas práticas comuns. 5. Dos documentos trazidos. 6. Da importância da pedagogia. 7. Dos contatos realizados e das perspectivas. 8. Referência bibliográfica

#### 1. Introdução

Podem a estrutura e o funcionamento da Escola Nacional da Magistratura francesa – ENM – servir de exemplo para as Escolas da Magistratura e do Ministério Público em Minas Gerais?

Para participar do curso de *Formação de Formadores* na Escola Nacional da Magistratura francesa, no período de 1º a 11 de março de 2004, a Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados Brasileiros, em acordo com a Embaixada da França no Brasil, selecionou dois juizes brasileiros, que teriam suas despesas de inscrição, transporte aéreo e hospedagem custeadas pelas entidades convenientes. Este trabalho tem o objetivo de trazer efeito multiplicativo a essa participação, divulgando alguns aspectos da experiência vivenciada pela autora, contribuindo, assim, para a reflexão sobre o futuro das Escolas da Magistratura e do Ministério Público em Minas Gerais.

\* O presente artigo é adaptação de relatório apresentado ao Tribunal Regional do Trabalho e aprovado em sessão do seu Órgão Especial.

## 2. Da estrutura da escola francesa

A ENM Francesa, no dizer do Professor Ricardo Fiúza, é reconhecidamente uma instituição “de grande eficiência e de alta respeitabilidade”<sup>1</sup>, considerada mesmo como já imprescindível na França e “gozando mais que tudo de autonomia moral.”<sup>2</sup> Alguns números da Escola francesa são realmente impressionantes:

- 38 magistrados<sup>3</sup> à disposição da Escola;
- 105 servidores;
- 37 945 088 euros de orçamento para 2002 (80 por cento com pessoal);
- 6 600 metros quadrados de superfície (prédios em Bordeaux e em Paris);
- 4533 magistrados participantes na formação contínua em 2000 (em um total de 6774);
- mais de 500 ações de formação contínua por ano (as ações incluem congressos, oficinas, etc.).

A estrutura da Escola tida como n. 1 no mundo é realmente gigantesca. Ligada diretamente ao Ministério da Justiça, os recursos para a ação internacional provêm diretamente do Ministério das Relações Exteriores, daí a necessidade da intervenção da Embaixada da França no Brasil para toda e qualquer atividade em conjunto com escolas da Magistratura e do Ministério Público brasileiros.

A estrutura administrativa central é assim concebida:

- Um centro em Bordeaux, responsável pela Direção Geral da Escola e da Sub-Direção de Formação Inicial;
- Um centro em Paris, responsável pelas Sub-Direções de Formação Contínua e de Relações Internacionais, capitaneados por uma Direção de Formação Contínua e de Relações Internacionais.

A escolha de Bordeaux, como sede do curso de Formação Inicial da Escola Nacional da Magistratura, com duração total de trinta e um meses, foi resultado da preocupação com a descentralização das atividades. Dois fatores principais influenciaram na opção por Bordeaux:

- 1) a facilidade de acesso a Paris, onde está a sede do Ministério da Justiça, em TGV (trem de grande velocidade, existem 15 opções de horário por dia para Paris, com duração de cerca de três horas de viagem);

<sup>1</sup> Fiúza (In TEIXEIRA, 1999, p. 257).

<sup>2</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>3</sup> Na França, o termo magistrado se aplica, também, aos membros do Ministério Público, cuja carreira é a mesma. Esse artigo emprega esse termo nesse sentido amplo.

2) o fato de ser uma cidade do interior. Com pouco mais de 200.000 habitantes, Bordeaux constitui, com efeito, um lugar de paz ideal, facilitador dos estudos dos *Auditeurs de justice* (Juizes e Promotores em formação), longe de Paris, cidade encantadora para os turistas, mas estressante, como toda grande metrópole, para quem nela vive e tem obrigações profissionais ou estudantis.

O Diretor Geral da ENM tem endereço profissional em Bordeaux, assim como o Sub-Diretor de Formação Inicial. Já a Diretora de Formação Contínua e de Relações Internacionais, assim como os respectivos sub-diretores e secretariado são lotados em Paris.

Por motivos óbvios, ligados ao melhor acesso internacional, a Sub-Direção de Relações Internacionais se situa no centro parisiense. Com a mesma finalidade de facilitar o acesso dos magistrados aos cursos de formação contínua, Paris também foi eleita a sede da Sub-Direção de Formação Contínua, mesmo porque concentra o maior número de magistrados.

É importante notar que a existência de uma Sub-Direção de Relações Internacionais, situada no mesmo nível hierárquico das sub-direções de Formação Inicial e de Formação Contínua, revela a preocupação da ENM em abrir-se ao exterior e realizar intercâmbios com outras escolas, principalmente européias, em virtude do processo de unificação jurídico e econômico do continente. No entanto, esse serviço conta, além do Sub-Diretor, com apenas um magistrado à disposição e da secretaria respectiva. Isso também revela a densidade do trabalho que realizam, porque concentram todas as atividades internacionais da ENM, que, além dos cursos de formação dirigidos somente a magistrados estrangeiros (como é o caso da Formação de Formadores, seguido pela autora), recebe variadas solicitações de apoio pedagógico originárias do mundo inteiro, como demonstra a leitura do *curriculum vitae* do único magistrado ligado ao serviço de relações internacionais, Professor Philippe Darrieux, que já esteve no Brasil em algumas ocasiões e que foi o responsável pela organização do curso seguido pela autora, ao lado da Professora universitária e pedagoga Véronique Dureau-Patureau.

### **3. Da formação do magistrado na escola francesa**

#### **3.1. Da formação inicial**

Existem três concursos de entrada na ENM: um reservado aos estudantes (cerca de 230 vagas por ano), outro aos funcionários (40 vagas) e o último reservado a pessoas com experiência profissional de oito anos (15 vagas). Para esses três concursos, existe uma mesma banca de examinadores, com o objetivo de assegurar igualdade de condições.



Além desses três concursos de entrada, existe um modo de seleção por exame de *curriculum vitae* (30 vagas). Para isso, é preciso ser titular de um doutorado em uma universidade francesa e ter experiência de quatro anos em uma profissão relacionada à justiça.

A formação inicial, na França, tem por objetivos a formação profissional, que é considerada indispensável à existência de magistrados competentes e polivalentes, capazes de exercer as funções de juiz e de promotor. O conhecimento jurídico já é considerado adquirido a partir do momento em que houve aprovação no concurso de ingresso. A formação inicial deve, pois, privilegiar a aquisição de um saber-fazer (*savoir-faire*) e a reflexão sobre o exercício das práticas profissionais. A Escola de Bordeaux, disse o Sub-Diretor de Formação Inicial, não é uma Escola de Direito (não é uma Universidade), embora de Direito se cuide. Trata-se de uma escola profissional. Nesse ângulo, a formação inicial responde ao triplo objetivo de aquisição de uma técnica profissional de alto nível destinada a assegurar a segurança do jurisdicionado; conhecer e analisar o ambiente humano, econômico e social da Justiça; desenvolver uma reflexão sobre as funções judiciárias, sobre os princípios fundamentais da ação do magistrado, seu estatuto, sua deontologia.



A formação inicial se desenvolve em duas fases: uma genérica, incluindo a realização de estágios em empresas, administrações ou jurisdições estrangeiras (três meses), seguida da participação em aulas e trabalhos individuais e em grupo em Bordeaux (oito meses) e de estágios na jurisdição (quatorze meses, sendo dois meses em escritórios de advogados); e outra especializada, destinada à preparação ao exercício da primeira função, após passagem pelo exame “final”, que tem por objetivo avaliar a aptidão para exercer determinada função jurisdicional (juiz da infância e da juventude, juiz de família, juiz da execução da pena, procurador, etc.). Essa fase especializada tem duração de seis meses e, depois dela, o magistrado exerce plenamente suas atividades.



Durante a formação inicial, o juiz e o promotor recebem, por exemplo, instruções sobre a história da magistratura, os princípios de lealdade, o segredo profissional, a dignidade do cargo. Existem também estudos sobre noções de psiquiatria, acesso ao direito. Os juízes e promotores em formação assistem a vídeos sobre audiências reais, realizam audiências simuladas, onde executam todo o tipo de trabalho (juiz, promotor, advogado, cliente, testemunha, datilógrafo de audiência, etc.), redigem julgamentos ou peças em processos reais (e muitas vezes ainda não julgados)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> A autora questionou a respeito desse último fato e ouviu a resposta de que, uma vez prestado o juramento, o juiz poderia, em tese, exercer a jurisdição e o fato de ser um caso real e ainda não julgado poderia imprimir maior seriedade e comprometimento ao trabalho desenvolvido pelo juiz em formação.



Sobre a comunicação com a mídia, existe um verdadeiro treinamento: são convidados estudantes de jornalismo ou mesmo profissionais da área de jornalismo e são feitas entrevistas orais e escritas e mesas redondas. Existe também um trabalho com humoristas e com professores do universo da comunicação. Utilizando-se da metacognição (o juiz e o promotor se vêem aprendendo e refletem sobre o que fazem e dizem) e em discussões posteriores com os envolvidos, os juízes e promotores recebem conselhos e aprendem, p. ex., como falar em público, como administrar suas emoções, como se comportar diante de uma câmera de televisão e como devem zelar pela linguagem que empregam. Aprendem também que, muitas das vezes, é preciso escutar. Tudo isso reflete a preocupação segundo a qual “a profissão do magistrado é uma profissão de comunicação”. A Justiça é pouco conhecida e é preciso comunicar com a mídia.

Durante a formação inicial, desenvolve-se, por outro lado, o intercâmbio com as escolas européias. Os juízes e promotores em formação trabalham, com seus colegas europeus, sobre temas comuns, tais como o meio ambiente, a segurança nas estradas, as novas tecnologias, as transferências de empresas, etc. Ao final, os magistrados elaboram relatórios das conclusões, os quais são transmitidos à Comissão Européia. Evidentemente, isso tudo supõe financiamento europeu (da União Européia). Nessa mesma perspectiva, já existem intercâmbios entre juízes e promotores em formação de diversos países europeus, tais como Alemanha, Portugal, Espanha, República Tcheca.

Cada turma de juízes e promotores em formação é dividida em grupos de 12 (número considerado ideal) e cada grupo tem seis professores-magistrados a tempo integral (esses professores também se ocupam de outros três grupos). Isso não exclui a possibilidade de a ENM convidar professores externos, remunerados, para assuntos específicos, o que acontece com frequência. Aliás, todos os professores e animadores externos (que não são magistrados) dos cursos de formação inicial são remunerados através de uma tabela horária. Já os magistrados à disposição não recebem majoração salarial pelas funções desempenhadas junto à ENM, mas o fato de colaborar nas atividades da Escola constitui titulação capaz de interferir em caso de promoção dentro da carreira.

Sob outro ângulo, a Escola de Bordeaux tem o movimento de uma universidade. Estudantes (juízes e promotores em formação) entram e saem a todo o momento. É preciso dizer que, a cada ano, pelo menos duas turmas de juízes e promotores em formação se encontram e estudam na ENM. Isso traduz um movimento de cerca de 500 magistrados em formação. O curso de formação inicial é verdadeiramente profissionalizante, mas existe uma preocupação com o indivíduo-juiz ou com o indivíduo-promotor. Para isso, cada juiz ou promotor em formação tem um magistrado

tutor, que realiza com ele entrevistas individualizadas. A duração do curso também tem o objetivo de respeitar o tempo que leva cada um para conhecer e se adaptar à nova função.

Assim, a formação dos magistrados franceses tem o objetivo de competência profissional, sem se esquecer do magistrado como figura humana complexa e integral. A Escola de Bordeaux, construída em amplo local, a partir das ruínas das antigas muralhas que protegiam a cidade, propicia esse desenvolvimento. Há silêncio e espaços de estudo em todos os lugares: na biblioteca, no hall superior (onde há pelo menos 18 computadores de última geração com acesso direto à internet), no centro de informática (onde existem inúmeros computadores usados pelos juízes e promotores em formação) e até mesmo no hall inferior um pouco depois da recepção, onde foram criadas *meias-luas* que permitem a realização de pequenas reuniões de estudo.

Para o ano de 2004, existem dois pilares centrais na formação inicial: a ética deontologia e a Europa internacional. Isso significa que cada tema tratado na formação inicial será sempre focado sob esses dois ângulos que são temas transversais. Isso tem explicação: durante o ano de 2003, a imprensa denunciou alguns casos de magistrados franceses envolvidos em escândalos éticos; por outro lado, à vista da globalização cada vez mais crescente, a abertura para a Europa (aplicação do ordenamento jurídico oriundo da União Européia no direito nacional) e para o internacional (convenções internacionais, intercâmbios, etc.) se impõem. Daí também a maior oferta de cursos de línguas estrangeiras que são atualmente de frequência e aproveitamento obrigatórios, para o inglês e para outra língua de escolha do juiz ou promotor em formação, dentre o alemão e o espanhol.

### 3.2. Da formação contínua

Já a formação contínua – cujo surgimento foi posterior à inicial – é obrigatória por pelo menos duas semanas, durante os oito primeiros anos de magistratura. Esse período é destinado a criar o hábito de seguir regularmente as atividades de formação contínua. Desde 1995, após os primeiros oito anos de magistratura, a formação contínua de no mínimo cinco dias por ano não é mais uma obrigação, mas um direito do magistrado francês que recebe diárias para participar das sessões. Esse direito, todavia, deve ser exercido de maneira compatível com a jurisdição. É preciso, pois, conjugar as necessidades da formação com as necessidades da jurisdição.

A cada ano, é editado um belo catálogo (que tem mesmo o objetivo de suscitar candidaturas para as formações propostas)<sup>5</sup>, com os cursos oferecidos e os magistrados escolhem a formação que desejam receber, havendo ordem de preferência estabelecida em função da ligação da atividade jurisdicional exercida com a matéria do curso e

<sup>5</sup> O catálogo de 2004 está disponível na Escola Judicial do TRT Região 3ª



a antiguidade. As vagas são limitadas normalmente a quinze ou vinte participantes, em virtude da noção segundo a qual o aprendizado é mais eficaz quando realizado em pequenos grupos, onde a comunicação ocorre mais facilmente (ainda que seja necessária a repetição do curso para outros participantes), inclusive à vista da possibilidade de utilização de maior quantidade de técnicas pedagógicas.

A esse respeito, existe na ENM hoje uma verdadeira preocupação com a alternância das técnicas pedagógicas, evitando-se, o máximo possível, o método expositivo-passivo (conferência ou palestra), onde ocorre baixo índice de eficiência no aprendizado. É preciso privilegiar os métodos participativo-ativo, demonstrativo-interrogativo e experimental (*learning by doing*). Em pequenos grupos (oficinas), uma abordagem micro-individual se faz possível. Às vezes, o grupo se reúne várias vezes durante o ano (p. ex., 5 vezes), para tratar do mesmo assunto (p. ex., deontologia – ética), tudo com o objetivo de dar oportunidade para a reflexão evoluir.

Para tudo isso, é preciso ter atenção no momento em que se faz o convite: o professor (é preferível utilizar o termo *animador*) deve estar ciente do que se espera dele. E, para saber bem escolher os animadores (profissionais capazes de conjugar competência e comunicação), é preciso ir às Universidades, congressos, associações. É necessário pesquisar, o que também abre as portas da ENM ao mundo exterior. A organização do catálogo de formação contínua exige, com efeito, grande empreendimento. Com esse objetivo, é também feita uma consulta aos Juízes e Promotores de 1ª instância e de instâncias superiores, aos advogados e a outras pessoas e entidades, sobre as necessidades que julgam importantes.

De outro lado, para a preparação de algumas sessões mais importantes, existe um serviço que é encarregado da pesquisa e da seleção de documentos bibliográficos sobre o tema objeto de estudos. Uma vez selecionados os documentos, é feita uma brochura que é distribuída aos participantes do curso, como forma de facilitar a difusão do conhecimento.<sup>6</sup> Com esse mesmo objetivo, durante os trabalhos da formação contínua, algumas funcionárias com formação jurídica (uma das responsáveis da ENM é doutoranda em direito) são encarregadas de tomar nota das conferências, estudos e debates e o material, depois de resumido, é transmitido aos participantes e às pessoas interessadas, também sob a forma de brochura. Nesse sentido de difusão de conhecimento, também é feito um trabalho de síntese de livros e, para isso, é preciso conhecer línguas estrangeiras.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Um exemplo desse tipo de brochura também foi depositado pela autora no acervo da Escola Judicial. Trata-se de estudos sobre o tema da “Reforma do Direito Europeu da Concorrência – Os desafios para o juiz nacional”, Tome I, relativo ao seminário de 10 a 12 de março de 2004. Essas brochuras – dotadas de sumário – podem trazer disposições legislativas, projetos de lei ou de diretivas europeias, artigos doutrinários, decisões jurisprudenciais, comentários sobre o direito comparado, etc.

<sup>7</sup> Nessa perspectiva, é de se ressaltar a importância de se dotar as Escolas da Magistratura e do Ministério Público de quadro de pessoal próprio, com formação adequada, para dar suporte às atividades coordenadas pela diretoria.

Algumas sessões de formação contínua atraem grande número de interessados: são as que tratam de novidades jurídicas (ex., introdução de uma nova lei; os magistrados querem, em geral, obter respostas a problemas concretos, imediatos) ou de assuntos não estritamente ligados à esfera jurídica, denominados *sessões de sociedade* (foram dados os exemplos de formações sobre as seitas religiosas, o islamismo no mundo contemporâneo, a psiquiatria, a filosofia política, as línguas estrangeiras, a gestão do stress, e o curso *Como preparar sua aposentadoria*). Ao término de cada sessão de formação contínua, os magistrados participantes são convidados ao preenchimento de uma ficha de avaliação, com objetivos pedagógicos.<sup>8</sup> Existe também a formação contínua descentralizada, que é realizada em distintas regiões da França, segundo os interesses e as necessidades locais, tendo também por vantagem a economia de tempo (não há necessidade de deslocamento até Paris) e de dinheiro (não haverá pagamento de diárias aos participantes).

Paralelamente a tudo isso, tanto em Paris quanto em Bordeaux, existe o Centro de Recursos (espécie de biblioteca que liga os pesquisadores e os profissionais *do campo* da jurisdição) e onde está disponibilizado o material relativo ao trabalho de reflexão sobre *as questões de justiça*. Nesse Centro de Recursos, existem, por exemplo, obras da autoria de Antoine Garapon e Denis Salas que concernem mais diretamente a filosofia do direito.<sup>9</sup>

#### 4. De algumas práticas comuns

Dentre as práticas comuns adotadas pela ENM e pela Escola Judicial do TRT 3ª Região, pôde a autora constatar as seguintes:

- preocupação em ser uma escola de formação profissional;
- variedade de colaboradores externos e internos;
- variedade de metodologia utilizada;
- preocupação com o intercâmbio internacional para aperfeiçoamento do trabalho;
- preocupação com o aperfeiçoamento dos recursos pedagógicos e da metodologia utilizada;
- produção de livros a partir dos eventos realizados;
- preocupação com a formação de uma cultura de formação continuada durante a carreira, voltada para o aprimoramento do exercício da função;
- intercâmbio com outras Escolas Nacionais e locais.

<sup>8</sup> Uma cópia desta Ficha de Avaliação também foi depositada no acervo da Escola Judicial deste Tribunal.

<sup>9</sup> Algumas reflexões importantes nasceram ou nascem desse trabalho: ensina-se a medicina no hospital universitário. Por que não ensinar o direito, de forma mais efetiva, no tribunal? De outro lado, na França, existem estatutos especiais para as profissões de professor-pesquisador e profissional-pesquisador. Por que não criar um estatuto especial para a profissão de magistrado-pesquisador. Esse profissional poderia fazer a interface entre os profissionais “do campo” da jurisdição e os pesquisadores, a Universidade, etc.

## 5. Dos documentos trazidos

Trouxe a autora as seguintes publicações da ENM, já tendo sido efetuado o seu depósito no acervo da Escola Judicial do TRT 3ª Região:

- Livreto de apresentação da ENM francesa (27 p.), do Instituto Nacional da Magistratura (Romênia) e da Escola Superior da Magistratura (Rio Grande do Sul);
- Programme de Formation Initiale – 2004 - ENM (52 p.);
- Programme de Formation Continue – 2004 (73 p.) ;
- Formation continue nationale – bilan 2002 et propositions 2004 (65 p.) ;
- Formation continue déconcentrée – le répertoire des fiches d’action de l’année 2002;
- Bilan de la formation continue déconcentrée 2002 et propositions 2003 ;
- Relations internationales – Programme 2004 (35 p.).
- Rapport sur les activités européennes et internationales de l’École nationale de la magistrature – 2002 (44 p.) ;
- Évaluation professionnelle et carrière – 2004.

## 6. Da importância da pedagogia

Durante as aulas, foi por outro lado possível à autora perceber o quanto é importante estabelecer um Projeto de Formação para a Escola. Formar não significa construir *máquinas de decidir*. Trata-se de assunto mais abrangente e, para isso, é preciso que fiquem claros a visão que a Escola quer transmitir e os resultados almejados. Ainda que os recursos sejam insuficientes, o Projeto deve ser ambicioso, porque traduz a própria identidade da Escola.<sup>10</sup> Uma vez definido esse “plano de vôo” (resultado da aplicação da engenharia de pilotagem), a Escola poderá afinar os estudos e entrar especificamente nos programas de cursos (conteúdo da engenharia pedagógica), na engenharia de comunicação, etc. Nesse sentido, é preciso definir ainda quais são as competências necessárias para o professor (= animador) da formação inicial e da formação contínua, porque não adianta ele ser *expert* no assunto, se não tem boa metodologia ou se não sabe bem avaliar o aluno (= juiz ou promotor em formação).

No entender da professora do curso, o problema é que muito ainda há a ser feito para que as pessoas se conscientizem que “um bom magistrado é um magistrado que se forma” ou de que “a competência dos juízes corresponde essencialmente à qualidade de sua formação”. O aprendizado é, com efeito, difícil e exige sacrifícios. Existe um pensamento comum de que se formar é correr o risco de ser tratado como se fosse criança. Por isso, haverá sempre quem se forme mais que outros, outros que se

<sup>10</sup> Nesse sentido, ressalta-se a importância do trabalho em andamento na Escola Judicial do TRT da 3ª Região, relativo à constituição de um projeto pedagógico amplo e multi (ou trans) disciplinar.

formam o mínimo necessário e outros que se formam porque são obrigados a fazê-lo. Assim, a formação inicial é o momento próprio para ensinar que o magistrado deve se formar *tout au long de la vie* (ao longo de toda a vida). Por outro lado, é preciso mudar a imagem da formação, que não deve ser vista como uma sanção, mas como um direito e uma oportunidade. Para a aludida professora, essa sensibilização leva tempo e as mudanças ocorrerão lentamente.

Para outro professor magistrado do curso, ainda que muitos colegas pensem que não precisam se formar ou que podem cuidar individualmente de sua própria formação, alguns campos do conhecimento necessitam de contato coletivo interpessoal, até mesmo para o amadurecimento de questões das quais ainda não se cogitou individualmente. Foi feita uma comparação entre a formação e a segunda perna: para andar, é preciso ter duas pernas: a primeira é o conhecimento técnico-científico jurídico; a segunda é a reflexão, o questionamento. Nesse sentido, a formação é um instrumento de evolução da Justiça, porque a torna mais eficaz, mais humana, mais certa e mais equilibrada. Para esse professor, formar-se é demonstrar dinamismo.

## 7. Dos contatos realizados e das perspectivas

Além da frequência às aulas, a autora voluntariamente entrou em contato com a Direção da ENM, com o objetivo de aprofundar o intercâmbio entre a ENM e as escolas da magistratura brasileiras. Isso se deu mais especificamente em Paris, através de reuniões com o Sub-Diretor de Relações Internacionais e com sua superiora, a Diretora de Relações Internacionais e de Formação Contínua, sempre com a presença do outro colega brasileiro participante do curso, da Justiça Comum Estadual do Rio Grande do Sul, e do magistrado ligado ao serviço de relações internacionais, Professor Philippe Darrieux, que vinha acompanhando há algum tempo, embora de longe (através de troca de e-mails), o trabalho da Escola Judicial do TRT da 3ª Região.

A presença do Prof. Darrieux nessas reuniões foi fundamental para ajudar no convencimento da seriedade do trabalho aqui desenvolvido, bem como do interesse reiterado e firme na realização de intercâmbios.<sup>11</sup> Após responder a uma série de questionamentos e a tentar vencer certas reservas, esta Juíza ouviu, não sem alegria, a seguinte declaração: a ENM estaria disposta a colaborar, sem contraprestação financeira, no aperfeiçoamento e desenvolvimento das atividades mantidas com a Escola Judicial do TRT, desde que as despesas de seus representantes sejam custeadas e que haja interlocutor para um público abrangente.

<sup>11</sup> É de se observar, aqui, que a regularidade do contato institucional existente entre a ENM e a Escola Judicial do TRT da 3ª Região – p. ex., há troca de publicações desde o ano de 2003 – muito contribuiu para facilitar o acesso desta Juíza à Direção da ENM. Dos colegas que participaram do curso, apenas os juízes brasileiros foram recebidos, a pedido desta Juíza, com hora marcada, pelos Diretores da ENM.

Da mesma forma, na visita à Escola de Bordeaux, a autora teve oportunidade de assinalar, ao Diretor Geral, o interesse brasileiro em aprofundar relações com a ENM. Com a mesma finalidade, conversou pessoalmente com o Sub-Diretor de Formação Inicial. Ambos demonstraram interesse no desenvolvimento dessa *amizade* institucional.

Como resultado desse trabalho, a ENM teve seu interesse despertado para conhecer o trabalho de formação de juízes e promotores brasileiros, razão de ser da visita do Professor Philippe Darrieux a Belo Horizonte, nos dias 16 a 19 de agosto de 2004, quando proferiu palestras sobre a seleção e a formação dos magistrados na França. Essa visita foi possível graças ao trabalho em conjunto da Escola Judicial do TRT da 3ª Região, com a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Esteve também presente, no curso desta visita, o Exmo. Senhor Ministro Gelson de Azevedo, que tem formação pedagógica e que está realizando estudos a respeito da criação da Escola Nacional da Magistratura do Trabalho, tendo, inclusive, participado do curso anterior de Formação de Formadores na ENM francesa, como representante do TST.

No curso da visita do Prof. Darrieux, foram iniciados estudos para viabilizar a realização, em 2005, do curso de Formação de Formadores, seguido pela autora, no Brasil, com a vinda de dois especialistas franceses, em parceria com as Escolas de Governo já citadas acima. Também foi discutida a possibilidade de realizar intercâmbio de juízes e promotores brasileiros e franceses para estágios de formação.<sup>12</sup>

Todavia o trabalho de aprimoramento das relações institucionais das Escolas da Magistratura e do Ministério Público brasileiras é longo e exaustivo. Existem ainda algumas reservas a serem vencidas. O convencimento se faz com a apresentação insistente da seriedade do trabalho desenvolvido, bem como com relações constantes e regulares, próprias a despertar a confiança dos parceiros.

A missão de aproximação das Escolas da Magistratura e do Ministério Público mineiros da ENM francesa, reconhecida pela excelência na formação de seus magistrados, ainda não terminou. Muito ainda pode e deve ser feito para que os bons exemplos oriundos da experiência francesa possam ser aplicados, com adaptação, à realidade concreta aqui vivenciada. Com isso, os grandes beneficiados serão a Magistratura e o Ministério Público brasileiros e, em especial, seus representantes mineiros.

<sup>12</sup> É preciso ressaltar que já existem convenções assinadas pela ENM francesa com outras escolas judiciais brasileiras.

## **8. Referência bibliográfica**

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. “A Escola Francesa”, in *O Juiz. Seleção e Formação do Magistrado no Mundo Contemporâneo*, autoria de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 257.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

### STF

Responsabilidade Civil do Estado por ato omissivo. Ausência de vigilância de condenado e desídia na aplicação da lei de execução penal, fatores que culminaram com a ocorrência de nova infração penal

EMENTA: EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FAUTE DU SERVICE PUBLIC CARACTERIZADA. ESTUPRO COMETIDO POR PRESIDÁRIO, FUGITIVO CONTUMAZ, NÃO SUBMETIDO À REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL COMO MANDA A LEI. CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. Impõe-se a responsabilização do Estado quando um condenado submetido a regime prisional aberto pratica, em sete ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie. Tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de 12 anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro. Recurso extraordinário desprovido. (STF, 2ª Turma, RE 409203 / RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 07.03.2006, DJ 20.04.2007, p. 102).

### 3. COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO AO MENOR SOB GUARDA: CONFLITO APARENTE DE NORMAS, ASPECTOS PROCESSUAIS E ADMINISTRATIVOS

PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA

Assessor da Presidência do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais  
Pós-Graduado em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais  
e Universidade Newton Paiva  
Professor de Direito Público do Centro de Ensino Técnico Integrado – CENTEC

##### 1. Acórdão

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25409 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator: Ministros Sepúlveda Pertence

Impetrante: Karel Willis Rêgo Guerra

Advogados: Erick José Travassos Vidigal e Outros (A/S)

Impetrado: Tribunal de Contas da União

EMENTA: I. Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Pensão temporária (L. 8.112/90, art. 217, inciso II, alínea 'b'): suspensão liminar: presença dos seus pressupostos. 1. Ato do Tribunal de Contas da União que, liminarmente, determinou a suspensão de quaisquer pagamentos decorrentes de pensão temporária instituída em favor de menor cuja guarda fora confiada ao servidor falecido, seu avô. 2. Caracterização do *periculum in mora*, dada a necessidade de prevenir lesão ao Erário e garantir a eficácia de eventual decisão futura, diante de grave suspeita de vícios na sua concessão e, principalmente, quando a sua retirada não significa o desamparo de pretensão titular. 3. Plausibilidade da tese que exige a comprovação da dependência econômica para recebimento da pensão temporária prevista na letra b do inciso II do art. 217 da L. 8.112/90, tendo em vista que, no caso, à vista da capacidade econômica dos pais do beneficiário, apurada pela equipe de auditoria, não se pode inferir que a dependência econômica tenha sido a única causa para a concessão da guarda do requerente aos avós. II. Mandado de segurança: alegação improcedente de prejuízo. Indiferente para a continuidade do processo a perda do benefício pelo impetrante por ter atingido a idade limite de vinte e um anos: dada a confirmação, em decisão de mérito, do entendimento do TCU manifestado na cautelar - objeto desta impetração - mantém-se o interesse do requerente no julgamento do mérito do mandado de segurança, já que, se concedida a ordem, estaria ele resguardado de devolver os valores recebidos desde a decisão impugnada. III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal: exigência afastada nos casos em que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo que lhe atribui a Constituição (art. 71, III), aprecia a legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, só após o que se aperfeiçoa o ato complexo,



dotando-o de definitividade administrativa. IV. Tribunal de Contas da União: controle externo: não consumação de decadência administrativa, por não se aplicar o prazo previsto no art. 54 da L. 9.784/99, dado o não aperfeiçoamento do ato complexo de concessão.

#### Decisão

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de prejuízo da ação. No mérito, por maioria, o Tribunal denegou a ordem de mandado de segurança, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que a concediam. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Falou pelo impetrado o Dr. Sandro Grangeiro Leite, Consultor Jurídico do Tribunal de Contas da União. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 15.03.2007.

Julgamento: 15/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

## 2. Razões

A decisão do Mandado de Segurança nº 25.409, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, reconheceu a condição de proteção ao Erário e a prevalência da supremacia do interesse público envolvido, conseqüentemente, entendeu-se não ter configurado afronta ao princípio de proteção do menor sob guarda, garantido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e Adolescente – Lei nº 8.069/1990.

## 3. Justificativa

O julgamento do STF no Mandado de Segurança em análise contrapõe inúmeras decisões de primeira instância e de diversos tribunais estaduais, que seguem aplicando as normas gerais de proteção do menor indistintamente, impondo ao Estado e aos sistemas de previdência pública o dever de prestar benefícios ao menor sob guarda.

## 4. Comentários

### 4.1 Da proteção do menor sob guarda

A Constituição Federal de 1988 dispõe: em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

A Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA introduziu disposição com caráter de regulamentação no artigo 33:

A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§3 A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependência, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.

A análise das disposições transcritas da Constituição Federal e do ECA não deixam dúvidas quanto à intenção do Constituinte e do Legislador de conferir ampla e irrestrita proteção à criança e ao adolescente, uma vez que atribui esta obrigação à família, à sociedade e ao Estado.

A Constituição Federal não faz discriminação quanto à condição do menor, tratando-o tão somente como criança e adolescente. A Lei nº 8.069/90 estabelece previsão para a condição específica dos menores, a exemplo do acima transcrito §3º do art. 33 do mesmo diploma, qual seja: a condição do menor sob guarda. Com base nesses dispositivos, formou-se ampla Jurisprudência sobre a matéria nos tribunais de todos os Estados da Federação, como o abaixo colacionado julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Processo: 1.0000.00.319737-6/000(1)

Relator: Pedro Henriques

Data do Acórdão: 18/09/2003

Publicação: 06/02/2004

Ementa: ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO - GUARDA JUDICIAL DE MENORES - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ART. 33, § 3º) - BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS - LEI ESTADUAL Nº 9.380/86 - LEI COMPLEMENTAR DO ESTADO Nº 64/02 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 227, §3º, II E IV. 1. Diante da concessão de guarda definitiva judicial de menores e o respectivo requerimento, junto ao IPSEMG, de

cadastro dos infantes na vigência da Lei Estadual nº 9.380/86, correta faz-se sua aplicação na situação concreta. 2. Deve ser afastada a incidência da LC 64/02, que exclui do rol dos beneficiários da previdência social do IPSEMG os menores sob guarda, em afronta os ditames constitucionais (art. 227, § 3º, II e IV), bem como de regra geral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º), ressaltando-se que princípio de direito veda a revogação de regra geral por regra especial e a imprescindibilidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Sumula: Deram provimento ao 2º recurso, prejudicado o 1º recurso e, em reexame necessário, confirmaram, quanto ao mais, a sentença, vencido em parte o vogal.

#### **4.2 A ausência de previsão na nova legislação previdenciária da concessão do benefício de pensão ao menor sob guarda**

As reformas previdenciárias promovidas pelo Estado nos últimos anos foram viabilizadas por legislações federais e estaduais que introduziram mecanismos de garantir a capacidade financeira dos sistemas previdenciários públicos de prestarem os benefícios que lhe são próprios, em que prevalecem a aposentadoria e a pensão.

Uma das inovações estabelecidas na legislação previdenciária foi a exclusão da previsão da concessão de benefícios ao menor sob guarda, acompanhando a inovação trazida pela Lei Federal nº 9.528/1997, que modificou a Lei nº 8.212/91, uma das normas que regem o Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Através dessa alteração deixou-se de equiparar o menor sob guarda ao filho para efeito previdenciário, passando aquele a ter apenas uma expectativa de direito.

É difícil apontar com precisão as razões desta exclusão, que vem de encontro aos preceitos de proteção ao menor da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A atual Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça chega quase a pacificar o entendimento da aplicação das normas previdenciária, de caráter especial, sobre os preceitos da Constituição e do ECA, de caráter geral:

Processo: Recurso Especial nº 323893/SC – 2001/0060106-3

Relator: Paulo Gallotti

Turma: 6ª Turma

Data do Acórdão: 20/05/2003

Publicação: DJ 27.03.2006 p. 347

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO BENEFÍCIO. DEPENDÊNCIA.

DÊNCIA APÓS A LEI Nº 9.528/97. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INAPLICABILIDADE. 1. Resta incontroverso nesta Corte o entendimento de que a lei a ser aplicada, para fins de percepção de pensão por morte, é aquela em vigor quando do evento morte do segurado, que constitui o fato gerador do benefício previdenciário, inexistindo direito adquirido de menor sob guarda na vigência da lei anterior. 2. Tratando-se de benefícios oriundos do Regime Geral da Previdência Social, a lei previdenciária prevalece sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Precedentes. 4. Recurso provido.

Súmula: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Embora não se possam precisar todas as razões da exclusão do menor sob guarda na nova legislação previdenciária, um fator relevante justifica não a exclusão, mas a necessidade de restrição da prestação de benefícios previdenciários ao menor sob guarda, preponderantemente o benefício de pensão. Este fator é o da fraude ao sistema previdenciário. Na verdade, as previsões anteriores possuíam uma falha que possibilitava uma prática inteiramente legal, embora totalmente repreensível e imoral, qual seja: a transferência da guarda de menor a segurado do sistema previdenciário com vínculo de parentesco. Através de Ação de Guarda, os genitores do menor transferem a guarda deste a um parente segurado, que bem pode ser um dos avós ou um dos tios do menor. Na eventualidade do segurado falecer, o menor passa a ter direito ao benefício de pensão que o Estado deve prestar. Na vida familiar nada se alterou, pois o menor não deixou o convívio e a proteção de seus genitores. Essa prática configura uma transferência ao Estado do dever dos pais proverem os filhos. Não é por outra razão que a Constituição Federal estabeleceu a ordem de proteção à criança e ao adolescente iniciada pela família, seguida da sociedade e por fim do Estado, conforme dispõe o artigo 227. Na verdade é correto inferir que no dispositivo constitucional, supra citado, subentende-se uma distinção do tipo de proteção ao menor que cabe à família, à sociedade e ao Estado. A família deve garantir, sobretudo, um espaço onde se prestará alimentos, afeto e educação<sup>1</sup>. À sociedade cabe o dever de garantir

<sup>1</sup> Deve-se compreender alimentos além da simples literalidade que se traduz por garantir subsistência, mas o significado cunhado no Direito de Família de fornecer todos os meios materiais para uma vida saudável, como vestuário, lazer, saúde, etc. O afeto abrange além do amor entre consangüíneos, assumindo o sentido de proteção fundamental para a formação psíquica do menor. E, por fim, a educação, em que se transfere a instrução para a vida em sociedade como respeito indistinto aos demais cidadãos.

a segurança e o respeito à vulnerabilidade natural do menor, assim como ao idoso, ao portador de necessidades especiais, entre outros. O Estado deve prestar serviços assistenciais, legitimados pelo pacto social constitucional e pela arrecadação de tributos. A ordem social e a garantia dessas prestações dependem da responsabilidade e da consciência cívica desses partícipes.

#### **4.3 Do conflito aparente de normas: Proteção do menor (norma de caráter geral) e Proteção do bem público (norma de caráter especial)**

O conflito de normas de um sistema democrático de direito não existe, por esta razão se fala no chamado *conflito aparente de normas*. Não se pode afirmar que as normas do ordenamento formam um conjunto harmônico. Se assim o fosse, não haveria a necessidade de intérpretes do Direito. O que então impõe sistematicidade a exclusão de conflitos? A supremacia de um valor protegido em cada caso, o que possibilita uma especificidade peculiar a cada norma, fundado na regra geral da norma de caráter especial afastar a incidência da norma de caráter geral.

[...] havendo conflito aparente de normas jurídicas válidas e vigentes, será aplicável aquela que proteger um valor hierarquicamente superior, ou seja, o valor que tiver maior identidade com a preservação da dignidade da pessoa humana, concepção nuclear do Estado (social) Democrático de Direito (SORMANI, 2002, p. 117).

No caso do menor sob guarda, as decisões do STJ não parecem coadunar com a supremacia do valor contido na Constituição Federal de proteção ampla e irrestrita à criança e ao adolescente, quando impõe a observância da norma previdenciária vigente e específica.

Melhor sorte teria o legislador se ao invés de excluir o menor sob guarda do rol dos beneficiários previdenciários, tivesse aumentado a restrição de sua concessão. Dessa forma não se estaria a discutir simplesmente o valor, mas principalmente o cumprimento das exigências legais por parte dos interessados. Se o Legislador tivesse elegido essa via, teria que estabelecer quais as condições exigíveis para a concessão do benefício ao menor sob guarda. A condição de pobreza dos genitores do menor cuja guarda foi transferida a segurado do sistema previdenciário, não poderia ser causa para fazer nascer a obrigação de prestar o benefício de pensão, entretanto, o estado de miserabilidade, ou a própria ausência de um ou ambos os genitores, sim. Os pais têm a obrigação de prover os filhos, não sendo aceitável a transferência desse ônus ao Estado.

Ao Estado é legítimo exigir a prestação de assistência financeira, como tem sido generalizado nos últimos anos no Brasil, infelizmente, sem controle eficaz desta prestação, levando a incontáveis situações de irregularidade.

Louvável e necessária são as iniciativas de eliminação da miserabilidade de parcelas inteiras da sociedade, mas não se devem permitir distorções, cujo prejuízo é uma cultura de vantagens ilícitas e o comprometimento dos recursos financeiros necessários às demais prestações que o Estado deve realizar, como educação, saúde, segurança e infra-estrutura.

A restrição da prestação do benefício de pensão ao menor sob guarda, ao invés da exclusão, seria tratada como questão meramente processual, administrativa ou judicial, o que afastaria o debate sobre o valor constitucional de proteção à criança e ao adolescente.

## 5. Conclusão

A Jurisprudência dos tribunais pátrios não conseguiu pacificar o debate sobre a existência do direito à pensão do menor sob guarda. A Constituição Federal não permite interpretações contrárias aos princípios que encerram valores fundamentais, portanto, não é tranqüila a posição do STF de prevalecer a proteção do Erário no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.409. Também não é tranqüila a exaustiva jurisprudência do STJ de aplicar a norma de caráter especial previdenciária, que não prevê a prestação do benefício de pensão ao menor sob guarda. Por fim, os Juízos de primeira instância não podem aplicar os dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente indistintamente, sem considerar a generalizada fraude praticada pelos segurados ao tomarem a guarda judicial de menores cujos pais são aptos a lhes prover.

Conclui-se que a resolução da controvérsia dependerá do aquecimento do debate junto ao Poder Legislativo, para que se promova nova análise dos direitos previdenciários do menor sob guarda, e assim, sejam aprovadas disposições legais que garantam o cumprimento do valor constitucional de proteção tanto da criança e do adolescente, quanto do interesse público, evitando ilicitudes e omissões.

Enquanto não forem viabilizadas propostas de alteração da legislação previdenciária, dever-se-á aplicar a norma que encerra o valor preponderante, ou seja, aquela que atende o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

## **6. Referência Bibliográfica**

SORMANI, Alexandre. Harmonia sistêmica do ordenamento jurídico? Revista CEJ, Brasília, n. 18, p. 117-119, jul./set. 2002. Disponível em: <[www.cjf.gov.br/revista/numero18/artigo22.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/numero18/artigo22.pdf)>. Acesso em: 7 jul. 2007.

#### 4. TÉCNICAS

##### 4.1. SUSPENSÃO PROVISÓRIA *INAUDITA ALTERA PARS* DA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E DOS RESPECTIVOS PAGAMENTOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Assessor especial do CEAF  
Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP  
Doutor em Direitos Difusos e Coletivos - PUC/SP  
Coordenador e Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna/MG

Expediente: XXXXXX

Solicitante: XXXXXXXX

Assunto: Irregularidades apuradas na execução de contratos firmados por essa  
Instituição

EXCELENTÍSSIMO SENHOR XXXXXXXXXXXXXXXX

#### 1. Do objeto e do sucinto relatório

Foi encaminhado o presente expediente para a análise desse Assessor Especial versando sobre consulta do Senhor XXXXXXXX, em que se questiona qual o procedimento deverá ser adotado diante da notícia de existência, em tese, de irregularidades verificadas durante a execução de contratos celebrados pela Procuradoria-Geral de Justiça atinente à prestação de serviços de XXXXXXXX nessa Instituição.

Em suma, consta dos autos que: a) Vossa Excelência instaurou processo administrativo a fim de apurar responsabilidades em relação a eventuais irregularidades noticiadas nos Expedientes XXXX e XXXX, relativas ao cumprimento de alguns contratos administrativos celebrados por essa Instituição (fl. XXX); b) a XXXXX da PGJ verificou, em tese, que os preços cobrados pelas contratadas eram muito superiores aos valores vigentes no mercado, bem como apurou a cobrança, em separado, de peças que já deveriam estar incluídas na execução global do serviço prestado (fl. XXXX); c) até que fossem devidamente apuradas as irregularidades acima apontadas, a XXXXXXXX deferiu o pedido da XXXXXXXX consistente na devolução, aos respectivos emitentes, das notas fiscais de pagamentos ainda pendentes para correção dos erros apontados ou apresentação de justificativas pertinentes (fl. XXXXX); d) depois da devolução das referidas notas fiscais, os seus emitentes apresentaram as devidas justificativas; e) segundo informou o Senhor XXXXX, é “[...]certo que as investigações demonstram



indícios de práticas de fatos absolutamente graves que podem comprometer o Erário. Lado outro, de acordo com as regras de Direito Administrativo, não há possibilidade de retenção do pagamento se o serviço foi prestado e a empresa encontra-se em situação regular de habilitação.” (fl. XXXX); f) o XXXXXXXX registrou, ainda, que o atraso no pagamento por mais de 90 (noventa) dias pode gerar a rescisão unilateral do contrato pelo contratado por culpa da Administração, nos termos do art. 78 da Lei nº 8.666/93.

Ao final, o ilustre solicitante deseja saber se, diante dos fatos noticiados e a possível existência de irregularidades, é possível manter a suspensão na execução do contrato firmado com a referida empresa, bem como a suspensão dos pagamentos ainda pendentes, até que se busque esclarecer as divergências apontadas, “[...] tendo em vista que a suspensão dos pagamentos está ocasionando constantes cobranças por parte do prestador dos serviços” (fl. 257). Os autos estão agora com esse assessor especial para parecer.

É o sucinto relato. Manifesta-se.

## 2. Fundamentação

Inicialmente, convém destacar que não há um dispositivo expresso na Lei nº 8.666/93 que discipline a suspensão liminar do contrato administrativo unilateralmente pela Administração Pública.

Todavia, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, além de regular o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, também dita normas gerais que podem ser aplicadas nas esferas estadual e municipal.

O art. 45 dessa Lei prevê que: “ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente *adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado*” (grifo nosso).

Logo, a Administração Pública pode tomar tais medidas diante de razões de fato e de direito que justifiquem a suspensão do contrato para proteger o interesse público, especialmente quando existam fortes indícios de práticas de ilícitos e desrespeito aos compromissos pactuados, em flagrante prejuízo ao patrimônio público.

Nesses casos, a atuação preventiva e acauteladora por parte da Administração Pública é imposta pelos próprios princípios constitucionais que norteiam a atuação do Poder Público, principalmente os elencados no art. 37, *caput*, da CF/88.

A tutela de urgência aplicada em sede de processo administrativo visa assegurar o respeito ao patrimônio público e aos princípios fundamentais que norteiam a atividade administrativa. Ela constitui verdadeiro desdobramento do devido processo legal, em suas dimensões material e processual.

Por outro lado, a tutela de urgência, sob a forma de antecipação dos efeitos da tutela, também é perfeitamente cabível em sede do processo administrativo, por aplicação analógica ao art. 273 do CPC.

Convém destacar que a aplicação analógica é admitida em nosso sistema processual de forma geral, vindo, inclusive, expressamente consignado no art. 3º do CPP, norma de *superdireito processual*: “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e *aplicação analógica*, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito” (grifo nosso).

Ademais, é inquestionável que os contratos administrativos firmados pela Administração Pública são dotados das denominadas *cláusulas exorbitantes*, também intituladas *cláusulas de privilégios*, as quais são conferidas à Administração Pública em razão de sua especial posição em relação à parte contratada. São verdadeiras prerrogativas conferidas à Administração Pública com a finalidade de possibilitar a interferência ou a modificação dos termos contratuais para se assegurar a devida proteção do interesse público<sup>1</sup>. Bandeira de Mello aduz a esse respeito:

Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas “contratuais” concebidas como ‘exorbitantes’. Tanto poderiam ser colhidas nos textos que diretamente regulem a matéria – quando existentes – como deduzidas nos princípios retores de certas atividades públicas. Vale dizer: ou se reputam *implícitas*, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente *explícitas* na lei em cláusula expressa do contrato.<sup>2</sup>

Nesse sentido, prevê o art. 78, XIV, do Estatuto das Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93):

Art. 78. Constitui motivo para rescisão do contrato:

.....  
XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias,

<sup>1</sup> Nesse sentido, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 556.

salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou *ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo*, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normatizada a situação (grifo nosso).

O referido dispositivo aplica-se à hipótese versada no presente parecer, em interpretação lógica e por compreensão, de forma que é legal a suspensão da execução do contrato por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, por ordem escrita e fundamentada da Administração Pública.

Além da calamidade pública, da grave perturbação da ordem interna ou dos casos de guerra, compreende-se também a suspensão da execução do contrato nas hipóteses de fortes indícios de práticas criminosas e de outros ilícitos pela contratada, ainda mais quando objeto de apuração em processo administrativo instaurado pela Administração com base em denúncias. Da mesma forma, a suspensão da execução do contrato nos casos de fortes indícios de crimes contra o patrimônio público, impõe-se também, como consequência, a suspensão dos pagamentos pendentes, sendo inaplicável, nessas hipóteses, o disposto no art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, nada impede a adoção da medida legal acima ventilada, ainda mais no presente caso, em que se apuram irregularidades no cumprimento dos contratos administrativos em questão, como forma de respeito aos princípios da moralidade, probidade, legalidade e outros que informam a atividade da Administração Pública nessa área.

E mais: para garantia da eficácia da medida e das investigações, nada impede que a suspensão da execução do contrato e dos pagamentos pendentes seja dada liminarmente, *inaudita altera pars*, reservando-se o contraditório para momento posterior, como consta do art. 45 da Lei nº 9.784/99. Nesse sentido, já decidiu o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - INAUDITA ALTERA PARS - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - REQUISITOS - PROVA Configurados nos autos os pressupostos de convencimento da alegação apresentada, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se a concessão da tutela antecipatória. A tutela antecipatória pode ser concedida sem a oitiva da parte contrária, quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida ou quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata

da liminar. Nesse caso, não se pode falar em ofensa ao princípio do contraditório, já que este somente é diferido para momento posterior do procedimento (TAMG, 6ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.442715-4/000, Rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, j. 13.05.2004, DJ 04.06.2004).

Outrossim, Bandeira de Mello (2001, p. 587), com apoio nas lições de Gordillo, anota que nos contratos administrativos deve ser observado o dever de boa-fé entre os celebrantes. Segundo escreve esse administrativista, “[...] o contratante privado não pode buscar qualquer proveito econômico adicional excedente do equilíbrio originário tratado – isto é, não previsto – que seja auferível em detrimento e às expensas da Administração”. Entre as condutas praticadas pelo contratado que causam prejuízo ao Erário, coibidas pela observância da cláusula geral da boa-fé objetiva nos contratos administrativos, Bandeira de Mello (2001, p. 587) aponta:

Nesta categoria se compreendem tanto a execução com materiais inferiores aos supostos na avença quanto a realizada por processos menos dispendiosos, se o forem com sacrifício da segurança, da rapidez ou da qualidade de obra ou serviço, como ainda, os reajustes de preços imotivados, vale dizer, sem correspondência com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro convencionado.

A cobrança de preços acima do valor praticado no mercado também configura desrespeito à cláusula geral da boa-fé objetiva e atenta contra o equilíbrio-financeiro do contrato. O CC/2002 também previu expressamente tal cláusula ao dispor em seu art. 422 que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim como na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Sobre a matéria, Nery Jr. e Nery<sup>3</sup> escrevem que a “[...] boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos”.

Por fim, a tutela ao patrimônio público constitui núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito e tem fundamento no próprio art. 1º, *caput*, da Magna Carta. Logo, a sua defesa no plano jurisdicional e extrajurisdicional deve ser concebida como um legítimo instrumento de transformação positiva da realidade social a serviço da democracia brasileira.

Não seria mesmo exagero dizer que a tutela ao patrimônio público é norma constitucional garantidora de plena segurança, execução e conquista dos fundamentos

<sup>3</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 338-339.

constitucionais, objetivos fundamentais e princípios da República Federativa do Brasil (arts. 1º, 3º e 4º, da CF/88).

É inegável que a tutela do patrimônio público, dentro dos seus contornos, também é princípio constitucional fundamental, tanto que a própria Constituição assegura o direito do cidadão de ajuizar ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/88) para a anular ato que seja lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado faça parte.

Pelo simples fato de a tutela do patrimônio encontrar-se elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais, já se percebe a sua extrema importância no contexto do Estado Democrático de Direito que experimentamos, cuja eficácia e aplicação é imediata e interpretação constitucional permitida é sempre aquela capaz de conferir-lhe efetividade cada vez maior.

E diante de tudo isso, há que reconhecer a força normativa dos princípios constitucionais, especialmente aqueles que norteiam a atuação da Administração Pública e que protegem o núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito, no sentido de se direcionar, como bem explica Cardoso<sup>4</sup>, uma “[...] interpretação principiológica desses valores, na Ética e no humanismo, com o fim de aprimoramento do ordenamento jurídico e da própria realidade social”. Finaliza o autor:

O Pós-Positivismo, como uma contemporânea vertente filosófica do Direito, fundamenta a consolidação de uma nova hermenêutica constitucional, baseada no entendimento do caráter normativo dos princípios presentes nas constituições democráticas atuais, cultivando uma interpretação principiológica baseada em valores, no solidarismo e na dignidade da pessoa humana.

### 3. Conclusão

Ante o exposto, diante dos fortes indícios de ilícitos criminais praticados, objeto de apuração em processo administrativo instaurado no âmbito dessa Procuradoria-Geral de Justiça, opina-se no sentido de que é constitucional e legal a suspensão provisória da execução do contrato administrativo pactuado, bem como a suspensão dos pagamentos eventualmente pendentes, o que se justifica para resguardar a tutela do patrimônio público e dos princípios regentes da administração pública, com base na aplicação do art. 45 da Lei nº 9.784/99, art. 78, XIV, da Lei nº 8.666/93 (interpretação lógica e por compreensão) e na aplicação analógica do art. 273 do CPC.

É o parecer.

Belo Horizonte, XX de XX de XX.

<sup>4</sup> CARDOSO, Fabiano Mendes. O Pós-Positivismo e a normatividade dos princípios constitucionais. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. v. 6, p. 454, jan./fev. 2006.

## SEÇÃO VI – INFORMAÇÕES VARIADAS

### 1. NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES

1. Os trabalhos para publicação nos periódicos editados pela Revista de Jure serão preferencialmente inéditos.

2. Os trabalhos deverão ser enviados por e-mail para o endereço eletrônico: [dejure@mp.mg.gov.br](mailto:dejure@mp.mg.gov.br) com o nome completo do autor (ou autores), endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos e instituições às quais pertença. Caso o envio do texto se dê por meio postal, pede-se o envio conjunto de cópia impressa e de disquete devidamente identificado, contendo os arquivos do texto. Endereço: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Avenida Álvares Cabral, 1690, 10º andar, cep: 30.170-001, Belo Horizonte, Minas Gerais.

3. Os artigos deverão ter até 20 laudas. 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 *Times New Roman*, corpo 10. 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.

4. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética. Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto, como no exemplo a seguir:

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo:RT, 1999.

5. Os trabalhos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização

6. Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos deverão ser feitos com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 9.

7. As notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

8. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos e nossas revistas correspondente a um exemplar da revista em cujo número o seu trabalho tenha sido publicado.

9. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da revista.

