

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

ISSN: 1809-8487

DE JURE

Número 10

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Janeiro/Junho de 2008

CIRCULAÇÃO NACIONAL

De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
n. 10 (jan./jun. 2008). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2008.
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

ISSN: 1809-8487

DE JURE

Número 10

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Janeiro/Junho de 2008

SEMESTRAL

<i>De Jure</i>	Belo Horizonte	n. 10	jan./jun. 2008
----------------	----------------	-------	----------------

DE JURE - Número 10
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
Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

ASSESSORA DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
Promotora de Célia Beatriz Gomes Santos

SUPERINTENDÊNCIA DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
Fernando Soares Miranda

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL
Alessandra de Souza Santos

CONSELHO EDITORIAL

CONSELHEIROS Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior
Promotor de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento
Promotor de Justiça Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho
Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Promotor de Justiça Lélío Braga Calhau
Promotor de Justiça Marcelo Cunha de Araújo
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida

**CONSELHEIROS
CONVIDADOS**

Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)
Prof. Nelson Nery Junior (USP)
Profª. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG)
Prof. Nilo Batista (UERJ)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna)
Profª. Maria Garcia (PUC/SP)
Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Estado do Rio de Janeiro)
Promotor de Justiça Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)

EDITORAÇÃO Alessandra de Souza Santos
Fernando Soares Miranda
Luciano José Alvarenga

REVISÃO Alessandra de Souza Santos
Dalvanôra Noronha Silva
Daniela Paula Alves Pena
Beatriz Garcia Pinto Coelho (estágio supervisionado)

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, 1740, 1º andar, Santo Agostinho, Belo Horizonte, MG, cep. 30.170-001

www.mp.mg.gov.br
dejure@mp.mg.gov.br

SUMÁRIO

PREFÁCIO	12
APRESENTAÇÃO	13
SEÇÃO I – ASSUNTOS GERAIS	14
1. DOCTRINA INTERNACIONAL	14
1.1 La ilusión del acuerdo absoluto: la riqueza humana como criterio de valor - JOAQUÍN HERRERA FLORES.....	14
2. DOCTRINA NACIONAL	41
2.1 O direito na perspectiva dos autores da sociologia clássica: Durkheim, Weber e Marx - DIVA BRAGA; LUCIANO BRAGA LEMOS; RODRIGO BRAGA LEMOS; RAFAELA PAOLIELLO SOSSAI E LEMOS.....	41
2.2 Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais - EMERSON GARCIA.....	50
2.3 Hermenêutica do Tribunal de Nuremberg - ANDRÉ GONÇALVES GODINHO FRÖES.....	89
2.4 Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein - ISAAC SABBÁ GUIMARÃES.....	109
2.5 Aprovação e obrigatoriedade por tratados, no direito internacional e no direito brasileiro: um resumo - ALEXANDRE SCIGLIANO VALERIO.....	137
3. PALESTRA	157
3.1 Vinte Anos da Constituição sob a Ótica do Neoconstitucionalismo - LUÍS ROBERTO BARROSO.....	157
4. DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR	172

4.1	Implicações jurídicas da globalização econômica - CARLOS ALBERTO DA SILVEIRA ISOLDI FILHO.....	172
4.2	A volta do discurso dos suplícios em um País ávido por vingança: os casos João Hélio e Isabella Nardoni – MARCELO CUNHA DE ARAÚJO.....	190
4.3	Atos de fala, atos indiretos e a arte de dizer não dizendo - IVONE RIBEIRO SILVA.....	202
SEÇÃO II - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....		212
SUBSEÇÃO I - DIREITO PENAL.....		212
1. ARTIGOS.....		212
1.1	Ainda e sempre o nexos causal - HÉLVIO SIMÕES VIDAL.....	212
2. JURISPRUDÊNCIA.....		240
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....		241
3.1	Comentários a acórdão do Superior Tribunal de Justiça: da receptação qualificada - ADRIANO DE PÁDUA NAKASHIMA.....	241
SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL.....		247
1. ARTIGOS.....		247
1.1	A delação premiada - PEDRO HENRIQUE CARNEIRO DA FONSECA.....	247
1.2	Brevíssimas considerações sobre a possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa - LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES.....	267
2. JURISPRUDÊNCIA.....		281
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....		282
3.1	Questões pontuais sobre Execução Penal - ÉRIKA DE LAET GOULART MATOSINHO.....	282

4. TÉCNICAS.....	287
4.1 Apelação criminal - JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO.....	287
SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.....	292
SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL.....	292
1. ARTIGOS.....	292
1.1 Família homoafetiva - MARIA BERENICE DIAS.....	292
1.2 O Ministério Público nas ações de separação e divórcio - LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES.....	315
2. JURISPRUDÊNCIA.....	330
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....	331
3.1 Função socioecológica do imóvel rural: um estudo sobre a inconsistência da dicotomia entre as exigências de averbação e conservação da reserva florestal legal e o direito de propriedade - LUCIANO JOSÉ ALVARENGA.....	331
SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL.....	338
1. ARTIGOS.....	338
1.1 As tendências atuais na circulação internacional de sentenças e o Brasil - MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA.....	338
2. JURISPRUDÊNCIA.....	368
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....	369
3.1 Direito fundamental à filiação e a negatória de paternidade - SANDRA MARIA DA SILVA.....	369
4. TÉCNICAS.....	380

4.1 Ação de busca e apreensão - MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO.....	380
SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO.....	386
SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO.....	386
1. ARTIGOS.....	386
1.1 A contratação de profissionais para o Programa Saúde da Família - NIDIANE MORAES SILVANO DE ANDRADE.....	386
2. JURISPRUDÊNCIA.....	404
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....	405
3.1 Ensaio sobre a efetividade do instituto da compensação ecológica - LILIAN FERNANDES MALLOY DINIZ.....	405
SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	420
1. ARTIGOS.....	420
1.1 A sistematização legal das categorias de Direito Coletivo - ADIRSON ANTÔNIO GLÓRIO DE RAMOS; TÚLIO TEIXEIRA CAMPOS.....	420
2. JURISPRUDÊNCIA.....	434
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....	436
3.1 Comentários à jurisprudência de natureza processual coletiva, oriunda do e. TJ/MG - MARCUS PAULO QUEIROZ MACÊDO.....	436
4. TÉCNICAS.....	448
4.1 Registro do nascimento de Tiradentes - ADALBERTO DE PAULA CHRISTO LEITE.....	448
SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO.....	464
SUBSEÇÃO I – DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL.....	464

1. ARTIGOS.....	464
1.1 A necessidade de alteração do quorum exigido para formalização do projeto popular de lei - MARCELO DUMONT PIRES.....	464
2. JURISPRUDÊNCIA.....	473
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....	475
3.1 O desvirtuamento do dever de dar publicidade de atos administrativos, configurando situações de improbidade e desperdício de recursos financeiros do Estado - PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA.....	475
4. TÉCNICAS.....	480
4.1 Recurso Extraordinário - ELAINE MARTINS PARISE; RENATO FRANCO DE ALMEIDA.....	480
SUBSEÇÃO II – DIREITO INSTITUCIONAL.....	505
1. ARTIGOS.....	505
1.1 Os crimes de colarinho branco e as teorias da pena - CHRISTIANO LEONARDO GONZAGA GOMES.....	505
2. JURISPRUDÊNCIA.....	522
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....	524
3.1 Vedação Apriorística de Liberdade Provisória no Sistema Jurídico Brasileiro: uma Breve Análise do Tema na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - LUCAS DANILO VAZ COSTA JÚNIOR; SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES.....	524
4. TÉCNICAS.....	533
4.1 Apelação Criminal - JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO.....	533

SUBSEÇÃO III – DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO.....	542
1. ARTIGOS.....	542
1.1 Duração dos contratos administrativos de execução continuada - FABRÍCIO SIMÃO DA CUNHA ARAÚJO.....	542
2. JURISPRUDÊNCIA.....	552
3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA.....	553
3.1 A efetividade do processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública e o dever do Presidente do Tribunal em expedir ordens de pagamento de precatórios – análise crítica da súmula 311 do STJ - MAÍRA CARVALHO LUZ.....	553
4. TÉCNICAS.....	561
4.1 Parecer do Ministério Público - ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES; MARCO PAULO CARDOSO STARLING.....	561
SEÇÃO VI – INFORMAÇÕES VARIADAS.....	572
1. Normas de Publicação da Revista Jurídica <i>De Jure</i>	572

PREFÁCIO

É com imensa satisfação que atingimos o número 10 da nossa Revista *De Jure* – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. É com grande orgulho que afirmo que nossa responsabilidade aumenta a cada número editado, pois a Revista *De Jure* tem-se tornado uma publicação esperada pela comunidade jurídica, dada a sua concepção inovadora e pluralista! Aumenta proporcionalmente também a dedicação de todos aqueles que com ela trabalham.

A Revista *De Jure* é, certamente, importante ferramenta de divulgação dos ideais de estabelecimento de justiça e de defesa do corpo social. O Ministério Público de hoje não é somente aquele da práxis jurídica combativa e incansável dos membros dos Ministérios Públicos estaduais, do Ministério Público federal e dos Ministérios Públicos Militar e do Trabalho. Cada vez mais, os membros do Ministério Público têm levado seus “bons combates” para o campo científico do Direito, com teses, monografias, dissertações, artigos científicos e livros, conscientes da necessidade do constante aprimoramento da Ciência Jurídica. De fato, a permanente reflexão crítica sobre os direitos e garantias tutelados pela instituição é uma condição imposta pelo ritmo acelerado em que se processam alterações na sociedade e no próprio Direito.

Que a Revista *De Jure* possa, de fato, servir como relevante instrumento de aperfeiçoamento funcional dos membros do Ministério Público e que, com ela, possamos tornar os direitos e interesses tutelados pelo *Parquet* cada vez mais efetivos!

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público
Promotor de Justiça

APRESENTAÇÃO

“Navegar é preciso”, escreveu Fernando Pessoa. Que as navegações sejam necessárias, para interligarem povos e culturas, ninguém ousa negar. Mas há ainda outro sentido nas palavras do poeta. Como escreveu Rubem Alves, sábio mineiro, “[...] a ciência da navegação é saber preciso”. Os barcos se fazem com ciência. O conhecimento científico, com efeito, ajuda-nos a navegar no mar da vida.

Os instrumentos científicos têm evoluído rapidamente. Dia a dia, lemos nos jornais notícias sobre novos avanços tecnológicos nas áreas de telecomunicações, na informática, nas engenharias, na física, na genética, no direito e em muitos outros ramos do saber. Nesse sentido, a navegação tem se tornado cada vez mais precisa; e o barco, viajado cada vez mais rápido... Na metáfora de Wright Mills: “[...] nossa civilização é como uma galera que navega pelos mares. Nos porões estão os remadores. Remam com precisão cada vez maior. A cada novo dia recebem remos novos, mais perfeitos. O ritmo das remadas se acelera. Sabem tudo sobre a ciência do remar. A galera navega cada vez mais rápido. Mas, perguntados sobre o porto de destino, respondem os remadores: ‘O porto não nos importa. O que importa é a velocidade com que navegamos’”.

A ciência torna nossas viagens precisas e velozes, é verdade. Não é ela, todavia, que lhes dá sentido e significado. Os barcos se fazem com ciência, mas os rumos da navegação se fazem com objetivos. E os objetivos do Ministério Público brasileiro encontram-se fixados na Constituição da República (1988): defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Com muita alegria, a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, publica mais um número da revista *De Jure*, periódico que tem aliado precisão técnico-científica – por seus artigos, comentários à jurisprudência, peças processuais, etc. – ao sentido constitucional de atuação do Parquet. Que mais esta edição da *De Jure* possa contribuir, pois, para o aprimoramento funcional dos membros e servidores do Ministério Público e, por conseguinte, para a realização dos nobres objetivos da Instituição!

Jarbas Soares Júnior
Procurador-Geral de Justiça

SEÇÃO I – ASSUNTOS GERAIS

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.1 LA ILUSIÓN DEL ACUERDO ABSOLUTO: LA RIQUEZA HUMANA COMO CRITERIO DE VALOR

JOAQUÍN HERRERA FLORES

Coordenador do curso de Mestrado e Doutorado da Universidad Pablo de Olavide, Espanha

RESUMO¹: O texto parte de reflexões do autor fundadas em selecionados estudos literários, de ciências políticas, e sociológicos, em que a natureza humana é apresentada sob suas próprias contradições e reflexos no espaço social. As pulsões humanas, berço biológico de nossa essência, de natureza contraditória, refletem no ambiente coletivo para causar o que Freud chamou de mau-estar da civilização e justificar tanto os horrores como as virtudes que compõem a sociedade humana. Essa essência individual passa por um processo de desenvolvimento e transformação, irradiando o coletivo existente e se dá através do processo de criação da cultura – cuja base está na religião, na mitologia e na filosofia. Os ideais universais – igualdade e dignidade são exemplos – são objetos de lutas, justificando em seu nome massacres e mártires. Os direitos humanos compõem esses valores. Todavia, são utilizados de maneira distorcida pelo poder político/econômico exatamente para dar-lhe sustentação cultural. Com uma visão própria dos direitos, apropriam-se os detentores do poder de bens e valores aos quais atribuem a força da verdade para impor tais valores como os únicos e possíveis para as sociedades. Compõem uma gama de atributos que formam a ideologia que se faz global, manifestada pela força do liberalismo ocidental que não permite qualquer outra compreensão senão aquelas que compõem seu viés valorativo, relegando à marginalidade todas as formas de cultura e pensamento que não falam segundo seu idioma econômico, político e cultural. Os direitos dos homens quedam-se maniatados pelo capital, assim como a razão científica vive para fazer-lhe préstimos. Fazem parte da concretude, daquilo que se pode materializar em razão da ideologia predominante, enquanto outras formas de pensar, por não fazerem coro com a ideologia dominante, ficam apenas no campo da subjetividade, o mesmo da arte, da poesia, da filosofia. Perguntas são feitas acerca das possibilidades da superação da unicidade da compreensão dos direitos e valores humanos. O que mais se aproxima

¹ Nota do aluno Jacson Rafael Campomizzi: O capítulo apresentado por Joaquin Herrera Flores é de excepcional qualidade humanística e creio que esta percepção deve ser de todas as pessoas que possuam alguma capacidade de acreditar em melhorias das condições sociais dos povos. O escrito não comporta um resumo, que certamente compromete o conteúdo. Interpretações ou críticas igualmente, longe o aluno de atingir conhecimentos para tal. Mas como se trata de método de estudo, vamos intentá-lo.

da compreensão dos fenômenos humanos é a obra de arte. Por isso a grande obra de arte pode fornecer os processos de superação do universalismo de qualquer razão. Quatro grandes obras foram eleitas pelo Prof. Herrera Flores (Russeau, *La Nouvelle Heloise*, Dostoievski, *Los Hermanos Karamazov*, Musil, *El Hombre sin atributos* e Berg, *Wozzeck*) em meio a outras grandes, para dar sustentação, respectivamente, à impossibilidade de um acordo universal em torno de uma determinada verdade; ao interlúdio, ou a busca de um ‘paraíso perdido’, a demonstração das ilusões e mentiras que cercam e determinam a vida de todos; ao acordo possível, no qual demonstra a força realizadora que é possível de ser extraída do caldo cultural humano (a *riqueza humana*), ou o encontro de reflexões, em meio ao caos, que possam levar à vida, à ação e à luta pela dignidade. Três tarefas são igualmente eleitas, pelas quais se nota o esforço na direção das transformações libertadoras: I) *a* - Ocupar espaços no *alegal* (espaço fora do legal ou do ilegal), tradicionalmente esquecidos pelo liberalismo político; *b* - gestar transformações culturais críticas; *c* - potencializar o protagonismo popular da cidadania. II) *a* – retomar os espaços ontológicos de potencial modificativo, ou seja, retomar a memória das razões primárias de rebeldia ou dizer à sociedade que só ela tem o poder transformador; *b* – fazer visualizar o potencial sociológico, ou dizer da multiplicidade de opções de formas de vida a contrapor a hegemonia cultural liberal; *c* – emergir o potencial ético que permite a invenção de hipóteses e novas formas de relação social, a fim de se evitar que somente as elites decidam sobre o presente e o futuro das pessoas. III) Recuperar a consciência dos limites humanos como primeiro passo para poder pensar a possibilidade e a necessidade de mudança. Ou seja, conhecer os limites é a única forma de superá-los. A idéia principal poderia estar concentrada na seguinte afirmação: “A democracia deve consistir em um processo de construção de um ‘espaço público para apoderar-se’², d’onde possam ocorrer uma variedade de tipos de experiências e d’onde prime a mutabilidade e as possibilidades de mudança e transformação”. Crítica: A análise do universo cultural humano é perfeita. A crítica ao universalismo cultural reducionista é corajosa e necessária. Há propostas em direção à conquista de espaços de dignidade. O processo (práxis), por sua própria dificuldade, pode ser resumido na tomada pessoal e institucional de uma postura amplamente crítica. Para reflexão: A conscientização dos marginais rebeldes do Rio e São Paulo (Brasil) para que a rebeldia, depois de filtrada, produza efetivamente novos espaços sociais. O direito tem por função interpor barreiras a determinadas pulsões humanas que impedem a dignidade. O que se chama por ‘imputação’ de necessidades básicas humanas, palavra colocada ao lado da ‘satisfação’ de necessidades? Tento responder: As necessidades humanas transformam-se dependendo da cultura que as elege.

Que yo sepa, nadie está usando los elementos del aire que dan dirección y movimiento a nuestras vidas. Sólo los

² Empoderamento, no original espanhol.

asesinos parecen extraer de la vida, en grado satisfactorio lo que le aportan. La época exige violencia, pero sólo estamos obteniendo explosiones abortivas. Las revoluciones quedan sesgadas en flor, o bien triunfan demasiado deprisa. La pasión se consume rápidamente. Los hombres recurren a las ideas *comme d'habitude*. No se propone nada que pueda durar más de veinticuatro horas. Estamos viviendo un millón de vidas en el espacio de una generación. Obtenemos más del estudio de la entomología, o de la vida en las profundidades marinas, o de la actividad celular. (Henry Miller, *Tropico de Cáncer*, 1986, 18-19)

La imposibilidad de realizar la bondad sobre la tierra, no es sino la imposibilidad con que tropieza un pobre loco para realizarla. Todas las puertas quedan abiertas. (Luis Martín Santos, *Tiempo de silencio*, 1983, 76).

Como se habían vuelto criminales, inventaron la justicia y redactaron códigos para encerrarla en ellos. (F. M. Dostoyevski, *Sueño de un hombre ridículo*, O. C., III, 1240).

En su juventud, Marx escribió: “toda la historia es la historia de la preparación y desarrollo del *ser humano* como objeto de la conciencia *material* y de la necesidad del *ser humano como ser humano*”. Los derechos humanos han constituido la formulación más general de esa necesidad. Han sido vistos como la exigencia normativa más abstracta y universal de la exigencia humana por encontrarse a sí misma en la lucha histórica por la dignidad. Sin embargo, esa generalidad y esa pretensión de registrar las características básicas de la humanidad han conducido en muchas ocasiones a idealizaciones y fundamentaciones trascendentes de los mismos. La más abstracta es la que afirma que los seres humanos tienen derechos por el mismo hecho de haber nacido; derechos que les pertenecen más allá de su propia inserción en contextos particulares. Derechos, pues, que están situados en el vacío de una naturaleza humana desvinculada de las situaciones, los espacios y la cultura donde desarrollamos nuestra lucha por una vida digna de ser vivida. Al presentarse como postulados generalizables a toda la humanidad, los derechos humanos han sido el campo de batalla donde los intereses de poder se han enfrentado unos a otros para lograr institucionalizar “universalmente” sus puntos de vista sobre los medios y los fines a conseguir. Por ello, toda clase social en ascenso formula sus pretensiones en nombre de la humanidad; toda ideología hegemónica pretende justificar los intereses que le subyacen bajo la forma de lo universal; y toda cultura dominante exige la aceptación general de “sus” presupuestos básicos.

Acudir al concepto de *lo que es común a lo humano* constituye una tendencia histórica

de largo alcance por la que múltiples pueblos y distintas formaciones sociales han intentado formalizar sus pretensiones más genéricas. Es posible ir rastreándola en multitud de documentos, inscripciones y monumentos de índole religiosa, filosófica o mitológica. Este hecho nos va mostrando cómo “lo humano” se va construyendo como un proceso de liberación de cadenas biológicas o naturales que nos atan a los instintos. De ahí el “malestar” profundo de toda estructura cultural ya denunciado por Freud. Pero, paralelamente, también nos muestra que toda justificación ideológica con pretensiones de universalidad pretende relacionarnos con realidades trascendentes a nuestra finitud e insignificancia³.

Bajo esa apelación se han cometido los mayores horrores⁴ y se han construido los ideales más hermosos⁵. Se ha justificado la conquista, dominación y genocidio de pueblos enteros, y, al mismo tiempo, se ha luchado por la igualdad de todos los seres humanos o se han erigido monumentos a la tolerancia, tanto en Occidente como en el resto de culturas que conviven en este mundo. Por poner un ejemplo: ¿De qué se defendían los hombres y mujeres a punto de ser fusilados por los soldados franceses y pintados por Goya? Atacando ideales universalistas de la Ilustración francesa, los “rebeldes” se dejaban matar por ideales, asimismo, universalistas de la tradición antiilustrada española⁶. Al mismo tiempo, los soldados del ejército de la libertad los asesinaban en nombre de los ideales más universales surgidos de la Revolución ilustrada. Siendo dos particularismos, se llegaba a la violencia en tanto que se presentaban como ideales universales que todos debían aceptar. Lo humano abstracto contra lo humano abstracto; triunfo y miseria de ideales enfrentados a realidades sociales o formaciones culturales asimismo preñadas de afanes universalistas. *El siglo de las luces* de Carpentier⁷; *Los versos satánicos* de Rushdie⁸; *Las cruzadas vistas por*

³ Véase los enormes esfuerzos para integrar en el corpus normativo de los derechos a los “derechos económicos, sociales y culturales”, los cuales serían la verdadera plataforma para evitar cualquier tipo de fundamentación trascendental que vaya más allá de nuestros cuerpos y necesidades: <http://www.aaj.org.br/STNprot2005-esp.htm>; (28 de mayo de 2007).

⁴ Obsérvese la magnitud del trabajo esclavo (o en términos de la OIT, trabajo forzoso) en el mundo actual en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/newsid_4537000/4537169.stm; (28 de mayo de 2007).

⁵ Consúltase el fascinante trabajo de búsqueda de convergencias sociales y planteamiento de alternativas propuestos por el Foro Mundial de las Alternativas: <http://www.forumdesalternatives.org/>; (28 de mayo de 2007).

⁶ <http://www.xtec.es/~fchorda/goya/dosincc.htm>; (28 de mayo de 2007).

⁷ Véase una interpretación de la novela de Carpentier desde la problemática de su país natal: <http://www.habanaradio.cu/modules/mysections/singlefile.php?lid=1801>; (28 de mayo de 2007).

⁸ <http://www.monografias.com/trabajos7/versa/versa.shtml>; (28 de mayo de 2007).

los árabes de Maaluf⁹; las “instantáneas” de Salgado¹⁰; y tantas otras obras inmortales, nos recuerdan que las referencias a lo humano universal es un tema recurrente a lo largo de la historia y que ha justificado tanto el mayor horror como la más profunda de las bellezas. La referencia a lo humano universal es tan dúctil, ambigua y polivalente que la podemos hallar tanto en la selva lacandona como en los despachos del Banco Mundial.

Lo que interesa resaltar aquí es cómo los derechos humanos han servido para “ajustar” la realidad en función de intereses generales de poder de la clase social, la ideología y la cultura dominantes. Y cómo bajo esa pretensión de definir “lo humano” se ha ido consolidando la necesidad ideológica de abstraer los derechos de las realidades concretas. La “racionalidad” no era más que lo que se ajustaba a esa formulación abstracta, ideológica y pragmáticamente separada de los contextos. Al ser la visión occidental-liberal de los derechos la que se presenta *globalmente* como la universal, cualquier desviación de la misma es vista como una violación sangrante de esa ética y esa justicia universales. Esta visión se presenta, pues, como la ideología global de los derechos humanos: no como una perspectiva *parcial* de los mismos que deba ser contrastada con otras formas culturales no hegemónicas. Al final el universalismo del Banco Mundial triunfa sobre el de los zapatistas.

Un particular: -la cultura occidental— vence y se autonoombra lo universal, relegando las otras culturas al campo de la barbarie o de la inmadurez. O todas las culturas y formas de vida aprenden a hablar según el idioma universal de la concepción occidental de los derechos (el universalismo a priori), o tendrán dificultades para ver garantizadas sus propias opciones, sean de índole económica, política o cultural (el empobrecimiento y la marginación). La fuerza de las armas o de las cuotas de mercado impone un criterio que determina si una cultura cumple o no con los requisitos de adecuación al orden hegemónico. Todas estas constataciones nos llevan a las siguientes preguntas: ¿existe algún criterio que nos permita apelar a lo humano sin caer en esas abstracciones ideológicas? ¿Ese camino del ser humano al ser humano dependerá sólo de la fuerza y del poder hegemónicos, o los débiles, los excluidos o los olvidados por ese orden dominante tienen algo que proponer? afirmar que *toda* construcción universalista se compone de ficciones sin más objetividad que la que le otorga la hegemonía cultural ¿impide buscar un criterio que nos permita juzgar si tal o cual teoría o práctica social suponen un progreso o un retroceso axiológico?

En nuestra búsqueda partimos de la siguiente hipótesis: la existencia de un criterio de

⁹ Véase un resumen del libro de Maalouf en: <http://www.hislibris.com/?p=131> (consultada el 2 de octubre de 2007) y algunos comentarios en: [http://www.ciao.es/Las_cruzadas_vistas_por_los_arabes_Amin_Maalouf__142386](http://www.ciao.es/Las_cruzadas_vistas_por_los_arabes_Amin_Maalouf__142386;); (28 de mayo de 2007).

¹⁰ <http://www.patriagrande.net/brasil/sebastiao.salgado/>; (28 de mayo de 2007).

enjuiciamiento lo suficientemente amplio como para permitirnos afirmar o negar la generalidad de un derecho, de una teoría o de una práctica social; y lo suficientemente concreto que repudie cualquier trascendencia que se sitúe más allá de lo que somos y en dónde estamos.

Para esta tarea vamos a acudir al arte¹¹. La obra artística es un ejemplo de que hacen falta dos libertades para construir un conocimiento adecuado de la realidad. La razón científica sólo reconoce una libertad: la del grupo de especialistas que manejan los instrumentos cognitivos y materiales necesarios para acercarse al resultado de la investigación. En el arte siempre hay que contar con dos libertades: la del autor y la del receptor, y ambos no pueden separarse del contexto general sobre el que se sitúa la obra.

La razón científica se presenta como objetiva, racional y universal, siempre potencialmente aplicable a cualquier contexto y cualquier forma cultural, relegando al arte a lo subjetivo, lo emocional/pasional y lo particular, es decir, a lo no generalizable más allá del trasfondo cultural sobre el que se ha realizado. La imagen de lo científico es la flecha; mientras que la de lo artístico es la espiral, ascendente y descendente, vertical y horizontal, como la escalera de caracol que conducía al escritorio donde se inventó la forma ensayística por parte de Montaigne¹², o como los dibujos “imposibles” de Escher¹³. La razón científica busca un punto final, la verdad, el resultado. El arte, como defendió Freud en su artículo “Análisis terminable e interminable” (1937)¹⁴, se somete a la continua y fluida interpretación siempre renovada; es comprensión de las relaciones, de los procesos.

¿Existe una sola verdad, o como afirma críticamente Joseph Raz¹⁵, un conjunto de “valores verdaderos” a los cuales sólo podremos llegar por un único camino? ¿Ayudaría esto en algo a *Lord Jim* de Conrad, como arquetipo de aquellos que huyen de sí mismos y de su responsabilidad? ¿Qué es la verdad, o cuáles son los valores verdaderos de aquellos campesinos dibujados por Scorza en *Redoble por Rancas*? ¿la de los teóricos modernizadores de la globalización que se van apoderando de todo lo que encuentran en su camino creando escasez y pobreza, o la narración de

¹¹ <http://www.criticarte.com/Page/file/art2005/RedefinirPoliticoArte.html>; (28 de mayo de 2007).

¹² Véanse algunos momentos de los “ensayos” de Montaigne en: <http://www.enfocarte.com/1.12/filosofia.html> (consultada el 2 de octubre de 2007).

¹³ <http://aixa.ugr.es/escher/table.html>; (28 de mayo de 2007).

¹⁴ Puede descargarse libremente el texto de Freud en: http://www.planetalibro.com.ar/ebooks/eam/ebook_view.php?ebooks_books_id=17 (consultada el 2 de octubre de 2007).

¹⁵ Sobre el autor, puede consultarse: <http://josephnraz.googlepages.com/recentpublications2> (consultada el 2 de octubre de 2007). Sobre su análisis de los valores puede leerse su obra *The Practice of Value*, Oxford University Press, 2003.

un “cerco” que los va ahogando y encerrando cada vez más en su incompreensión de lo que ocurre? ¿No es posible tender un puente entre el saber racional del *filósofo* occidental y el mundo espiritual del *monje* budista? Un libro como el *Quijote*, escrito en la interacción externa de tres culturas: la judía, la árabe y la cristiana, y en el centro de la lucha interna entre dos visiones del mundo: la aristocrática decadente y la burguesa ascendente, ¿no le es posible hablarnos desde y para diferentes perspectivas culturales al mismo nivel que una teoría científica exitosa?

Nuestra pretensión es huir de todo universalismo a priori. Hay que dudar de todo. Hay que cuestionarlo todo. Incluida la pretendidamente universal razón científica. De ahí, que el gran arte tenga como base dudar hasta de sí mismo. La ciencia *analiza*, rompe lo real para conocer las partes. El arte *realiza*, nos relaciona con nosotros mismos y con el mundo siempre en función de la presencia real del otro y de lo otro. La ciencia establece una “autoridad”, un meta-nivel que potencia la aparición de mediadores, de “representantes” de la verdad. El arte permite el múltiple comentario, la dúctil y plural interpretación, la variedad de lecturas y recepciones.

La verdad científica pretende afirmar cuatro principios: el de “independencia” con respecto a la existencia humana (sólo podemos actuar para “encontrarla”); el de “correspondencia” con la realidad; el de “bivalencia”, cada enunciado es verdadero o falso; y el de “singularidad”, ya que sólo hay una completa y verdadera descripción de la realidad.

Mientras que los del arte, si seguimos al maestro Steiner, son el de inmediatez, el de compromiso personal y el de responsabilidad. La ciencia avanza eliminando lo que considera errores. Por el contrario, el arte actúa como memoria de lo humano; el arte funciona como Cinoc, aquel personaje de la novela de George Perec *La vida instrucciones de uso*. El oficio de Cinoc consistió durante años en “matar palabras” fuera de uso, en cerrar las puertas que siempre nos ofrecen las palabras a la hora de penetrar en realidades que no conocemos. Sin embargo, Cinoc al final de la obra comprendió la locura de su oficio y dedicó su vida a recopilar los términos asesinados en un gran diccionario de palabras, que aun olvidadas, seguían hablándole como ser humano.

El camino que nosotros elegimos es la búsqueda de un criterio de valor que nos permita distinguir entre procesos. La dificultad de encontrar tal criterio, pero, asimismo, la única posibilidad que tenemos hoy en día para encontrar uno que pueda generalizarse a todas y a todos es el de la obra de arte. Partamos del análisis de cuatro grandes obras de arte que en su complejidad y ductilidad interpretativas niegan esos cuatro principios de toda racionalidad cientifista y nos ponen ante las huellas de lo humano concreto. Estas cuatro grandes obras negarán “ab initio” la existencia de un criterio generalizable en las luchas por la dignidad, pero vistas a distancia permitirán una lectura a contrario que nos pondrá en marcha hacia la posibilidad del mismo. Desarrollemos paso a paso nuestra argumentación.

1. La imposibilidad del acuerdo

En la cultura moderna y contemporánea podemos encontrar múltiples ejemplos en los que se ha expuesto la *falta* de ese criterio de valor. Reduzcamos el número a cuatro pilares de nuestra concepción del mundo, tales como J. J. Rousseau, F. M. Dostoiévski, R. Musil y A. Berg, con sus respectivas obras *La Nouvelle Heloise*, *Los Hermanos Karamazov*, *El Hombre sin atributos*, y la versión operística de *Wozzeck* de G. Buchner. Todas y cada una de estas obras comparten un elemento: la tragedia del hombre contemporáneo enfrentado a un mundo que se le opone fieramente y frente al que la impotencia, la inacción, el aislamiento, la locura y, quizá, la ironía, constituyen las únicas armas “reales” de las que se puede disponer.

Estos cuatro momentos artísticos, ejemplos claros de cómo la obra de arte no puede ser entendida fuera o aislada del proceso cultural, filosófico y científico de su momento, apuestan, cada una a su manera, por cuatro “imposibilidades”, hijas predilectas de la que podemos llamar la Gran Improbabilidad de la existencia de valores fijos y universales.

La Nueva Eloísa nos presenta la imposibilidad de la pequeña comunidad rural libre de conflictos¹⁶; el capítulo *El Gran Inquisidor*, de la obra culmen de Dostoiévski¹⁷, nos pone ante la imposibilidad de la comunidad religiosa fiel a los principios humanitarios del cristianismo originario; *El Hombre sin atributos* nos muestra la imposibilidad de la comunidad burguesa¹⁸; y el *Wozzeck* de Alban Berg¹⁹, pone en evidencia la imposibilidad del individuo golpeado por los frentes irracionales del poder, la ciencia y los sentimientos. ¿Cómo encontrar una verdad, aunque sólo sea una, en este mundo de imposibilidades? “La auténtica verdad que une a dos personas no se puede expresar. En cuanto nos ponemos a hablar las puertas se cierran; la palabra sólo sirve en las comunidades irreales, se habla en las horas en que no se vive...”²⁰. Así Musil; y con él los otros autores mencionados y todo aquel insatisfecho ante la realidad que le viene dada.

¹⁶ <http://www.chez.com/bacfrançais/nouvelleheloise.html> (consultada el 3 de octubre de 2007).

¹⁷ http://es.geocities.com/biblio_e_dosto/leer/inquisidor.html (consultada el 3 de octubre de 2007).

¹⁸ Comentarios interesantes en: <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/fli/02122952/articulos/DICE0404110109A.PDF> (consultada el 3 de octubre de 2007).

¹⁹ <http://www.epdlp.com/compclasico.php?id=956> (consultada el 2 de octubre de 2007).

²⁰ Las referencias textuales son las siguientes: R. Musil, *El hombre sin atributos* (trad. del alemán por J. M. Sáenz), Seix Barral, 4 tomos, 4ª ed., Barcelona, 1983. Para el texto citado vid. Tomo II, p. 105. Para el *Gran Inquisidor*, se han utilizado las *Obras Completas* de F. M. Dostoyevski: *Los hermanos Karamazov*, trad. y edición a cargo de Rafael Cansinos Assens, Tomo III, pp. 204-218. Por lo que respecta a *La Nouvelle Heloise*, la edición manejada ha sido la de las *Obras Completas* de J. J. Rousseau, Bibliothèque de la Pléiade, Tomo II, pp. 5-748.

“La palabra sólo sirve en las comunidades irreales”. Frase esta que resume las inquietudes proyectadas en las otras obras, y que encuentra un apoyo sólido en la “Quinta Ensoñación del Paseante Solitario”²¹, y en el silencio pesado y terrible del Cristo dostoyevskiano. En las obras mencionadas hay un intento común por buscar la verdad fuera de la sociedad, y el resultado es trágico; suicidio de Julie, condena a la hoguera del mismo Cristo, la duda hiriente de Ulrich, y el asesinato y muerte de Wozzeck. En *La Nueva Eloísa*, el canto al amor y el desprecio a los prejuicios y a los celos, conduce a sus protagonistas a postular la “soñada” unidad de belleza y bien, pero no en los libros, no en la razón, sino en el ámbito del corazón, es decir, en la *naturaleza* bien ordenada, carente de modelos a imitar. El amor aparece como contrapolo de la razón y el deber, la sabiduría del prejuicio, la persona de la sociedad, ya que:

L’homme est un être trop noble pour devoir servir simplement d’instrument à d’autres (sic), et l’on ne doit point l’employer à ce qui leur convient sans consulter aussi ce que lui conviendrait lui-même; car les hommes ne sont pas faits pour les places, mais les places son faites pour eux, et pour distribuer convenablement les choses il ne faut pas tant chercher dans leur partage l’emploi auquel chaque homme est le plus propre, que celui qui est le plus propre à chaque homme, *pour le rendre bon et heureux autant qu’il est possible*.²²

12. La verdadera vida humana, para la cual el hombre ha nacido, y a la que no se da por perdida hasta el día de la muerte, es la vida de *bonheur* descrita por Rousseau en la “Comunidad de Clarens”. Comunidad en la que el bienestar coincide con el mínimo vital; en la que la superación de la miseria se debe a la caridad y a la piedad; una comunidad de hombres y mujeres felices que huyen de la opresión de la colectividad y de lo impersonal o desordenado. Ese “mundo feliz” es un mundo donde:

un petit nombre des gens doux et paisibles, unis par des besoins mutuels et par une réciproque bienveillance y concourt par divers à soins une fin commune; chacun trouvant dans son état tout ce qu’il faut pour en être content et ne point désirer d’en être sortir, on s’y attache comme y devant rester toute la vie, et la seule ambition qu’on garde est celle d’en bien remplir les devoir.²³

²¹ Un comentario genérico sobre algunos textos de Rousseau (en especial sobre “Las ensañaciones...” puede encontrarse en: <http://fs-morente.filos.ucm.es/publicaciones/nexo/n2/Quindos.pdf> (consultada el 3 de octubre de 2007).

²² J. J. Rousseau, *Julie ou La Nouvelle Heloise*, op. cit., “Première Partie”, L. XII, y el “Preface Dialogué.”

²³ Ibid. op. cit. “Cinquième Partie”, L. II, p. 536 del texto citado (el subrayado es nuestro).

La Nueva Eloísa constituye un elogio de lo inmediato y de lo no excesivo, que hallará posteriormente un defensor sólido en Feuerbach. Inmediatez como base de una felicidad frágil que se rompe al menor conflicto entre necesidades individuales y que muestra al final la imposibilidad de una sociedad, por pequeña que sea, regida por la “voluntad de todos”.

En el *Gran Inquisidor*, Ivan Karamazov se dirige a su atónito hermano Alioscha, desplegándole una tesis opuesta, en principio, a la de los personajes de la obra rousseauiana. En este terrible, y a la vez, clarividente capítulo, se afirma que para conseguir la felicidad, los seres humanos tienen que renunciar a la rebeldía -es decir, a la libertad- y entregarla a quien la administre “Nunca en absoluto -le grita el Gran Inquisidor al Cristo encarcelado en la Sevilla del siglo XVI- hubo para el hombre y para la sociedad humana nada más intolerable que la libertad”²⁴. La libertad sólo es apropiada para los elegidos, para un pequeño grupo de seguidores puros y fieles a las enseñanzas del maestro; pero en absoluto puede ser esto proyectable a la masa: “[...] esa gente está más convencida que nunca de que es enteramente libre, y sin embargo, ellos mismos nos han traído su libertad y sumisamente la han puesto a nuestros pies”. En vez de enarbolar la libertad, dales *pan* y tendrán a quien adorar; si no satisfaces sus necesidades básicas, buscarán a otro para uncirse su yugo. La tranquilidad de la conciencia arrastra a la humanidad, y ello no se consigue mediante la libertad, mediante el argumento de la libertad, sino eliminando la libre elección, el conocimiento “personal” del bien y del mal. Dales *pan*, argumenta el Inquisidor, pero también hay que darles *milagros*, porque “[...] el hombre busca no tanto a Dios como al milagro”; y, asimismo, hazlos depender de algún misterio en virtud del cual tengan que sentirse culpables a ciegas, aún a hurtadillas de su conciencia; y termina por imponerles la *autoridad* construyéndoles el imperio terrenal.

Sólo a través de estos elementos, unidos a la necesidad de *Poder*, es como se tranquilizarán las conciencias y se podrá reunirlos a todos en un común hormiguero... porque el ansia de la unión universal es el tercero y último de los tormentos del hombre. Siempre la Humanidad en su conjunto afanose por estructurarse de un modo universal [...] Con nosotros todos serán felices y dejarán de ser rebeldes; no se exterminarán unos a otros, como con tu libertad, en todas partes, ¡Oh! Nosotros los convenceremos de que sólo serán libres cuando deleguen en nosotros su libertad y se nos sometan. Sobradamente estimarán ellos lo que significa someterse para siempre. Y en tanto los hombres no lo comprendan, habrán de ser desdichados. Los más penosos secretos de conciencia. todo, todo nos lo traerán, y nosotros les absolveremos de todo, y ellos creerán en nuestra absolución con alegría, porque los libraré de la gran preocupación, las terribles torturas actuales de la decisión personal y libre. Y todos serán dichosos.

²⁴ F. M. Dostoyevski, *El Gran Inquisidor*, op. cit., p. 208.

los embaucaremos con el galardón celestial y eterno.²⁵

La imputación-satisfacción de necesidades básicas, la creencia en lo irracional y en la fe en la igualdad y unidad absoluta -ecuménica- de la humanidad, constituyen las tres tendencias que conforman el índice de felicidad del ser humano. Tendencias que no pueden ser llevadas a efecto a través de la libertad o de la libre elección personal. De esta libertad surge el caos y la guerra. La felicidad y la dicha no serán resultado sino de la renuncia a la libertad en favor de la adoración, de la creencia en el misterio y los milagros, y de la entrega a una autoridad absoluta que invada hasta los rincones más recónditos del alma humana. El Gran Inquisidor nos muestra la imposibilidad de la comunidad ecuménica basada en la reivindicación optimista de la libertad individual. Si *La Nueva Eloísa* conducía a la tragedia individual, el *Gran Inquisidor*, concluye con la tiranía y la opresión colectiva.

En sus *Tagebücher*, Robert Musil se preguntaba: ¿cómo situarse para entendiérselas con un mundo que no tiene firme alguno? No lo sé, y de eso se trata²⁶. El problema quedaba planteado; la solución ni siquiera se entreveía; pero el “de eso se trata” parecía abrir un camino de salida a la consiguiente frustración. *El Hombre sin atributos* es como esas iglesias góticas que perduran siglos y a las que los añadidos no les afectan sino que las enriquecen. La falta de atributos del hombre contemporáneo se hace tópico a partir de la obra del vienés. Los últimos días de *kakania*, son el paralelo escéptico y casi claudicante de aquellos “Últimos Días de la Humanidad” del gigante solitario Karl Kraus, inmortalizado por Elías Canetti en el tomo II de su autobiografía, sutilmente titulada *La Antorcha al oído*. Las aventuras y desventuras de Ulrich en medio de un mundo por “asaltar”, son los ejemplos más estremecedores de la pérdida de sentido de una burguesía añorante de las maneras de una aristocracia decadente que, a su vez, miraba envidiosa la opulencia de banqueros e industriales, y de una burguesía y una aristocracia recelosas del polvorín de miseria y marginación desde el que se levantaban sus mansiones y palacios.

El tiempo corría. Gente que no vivió en aquella época no querrá creerlo, pero también entonces corría el tiempo. No se sabía hacia donde. No se podría tampoco distinguir entre lo que cabalgaba hacia arriba y hacia abajo, entre lo que avanzaba y lo que retrocedía. Se puede hacer lo que se quiera -se dijo a sí mismo el hombre sin atributos-; nada tiene que ver el amasijo de fuerzas con lo específico de la acción.²⁷

²⁵ Ibid. op. cit., pp. 213-214.

²⁶ Texto citado por György Lukács, *Estética I. La peculiaridad de lo estético* (trad. de Manuel Sacristán), Grijalbo, Barcelona, 1982, volumen 2 “Problemas de la mimesis”, p. 476.

²⁷ R. Musil, *El hombre sin atributos*, op. Cit., 1, 2.

La ausencia de “firme” provocaba la situación de vacío y de mareo que sufría Ulrich al darse cuenta de la falta de criterios sólidos para poder vivir, o lo que es lo mismo, en términos del “hombre sin atributos”, de actuar en la comunidad de su época;

[...] lo que mantiene la vida estriba en el hecho de que la humanidad haya logrado sustituir el aquello por lo que merece la pena vivir, con la otra frase; vivir para; en otras palabras reemplazando su estado ideal por el de su idealismo. Es un vivir ante algo; en vez de vivir se ‘aspira’, y, desde entonces su esencia reside tanto en empujar con todas sus fuerzas hacia la ejecución, cuanto en estar eximido también de dar alcance a aquello. Vivir para algo, es el sustituto verdadero del vivir ‘en’.²⁸

Todo es una máscara, hasta los decorados de interiores muestran lo inespecífico de la época. Todo es un engaño, “la verdad no es, claro está, ningún cristal que se puede meter en el bolsillo, sino un líquido ilimitado en el que uno cae”²⁹. Y cuando uno se siente rodeado por la humedad de ese líquido, el único sentimiento albergable es el de repulsa; el de una repulsa negativa, sin alguna posibilidad de agarradero, como no sean nuestros propios cabellos. “Bien mirado -dirá el hombre sin atributos-, quedan sólo los problemas lógicos de interpretación”³⁰. La política, la industria, los salones, la policía secreta, el amor fraternal y nada platónico, los sentimientos, el placer estético, las costumbres amaneradas, la falsedad..., estos y otros momentos de la gran obra de Musil, no son sino compartimentos estancos en los que el ser humano deambula sin posibilidad alguna de comunicación con un mundo sin base firme, pues todos los valores en que descansaba la comunidad ancestral austro-húngara han perdido su vigencia y van siendo sustituidos, ficticiamente, por ideales cabelleresco-burgueses periclitados y ridículos. Las figuras que se pasean y argumentan en la obra de Musil no tienen más proyección que la que le ofrecen los espejos relucientes del “Biedemayer” decadente de los grandes salones. No existen bases, no hay pilares ni criterios sólidos donde apoyarse; lo único que queda es aprender del barón de Münchhausen y curarse del mareo a base de cerrar los ojos; “así uno llega por multitud de caminos contiguos a la afirmación de que los hombres no son buenos, hermosos y auténticos, sino *que prefieren serlo*; y uno barrunta cómo, tras el convincente pretexto de que el ideal es inalcanzable por naturaleza, encubren la grave cuestión de por qué esto es así.”³¹

²⁸ Ibid. Vid. Los “bocetos desarrollados sobre proyectos de lo años veinte y nuevos bocetos de 1930-1931/1933-1934” en *El hombre sin atributos*, ed. Cit. Tomo IV, pp. 500-501.

²⁹ Ibid. Op. Cit., II, 110.

³⁰ Ibid. Op. Cit., I, 46.

³¹ Ibid. Op. Cit., IV, 501.

Es posible notar cómo en Musil aún cabe añorar la falta de por qué; del mismo modo, en Rousseau vemos como cayendo la tragedia sobre los protagonistas, los valores siguen incólumes esperando la llegada del Mesías: “la voluntad general”; en Dostoyevski, Cristo logra escapar a las garras del dogmatismo, con lo que parece que la libertad aún puede realizarse. Sin embargo, *Wozzeck*, el desdichado Wozzeck, torturado por la ciencia y vapuleado por el poder en un cuartel donde se reflejan la miseria y la locura del mundo, no le queda más que la alucinación y la visión de la sangre, cuando le arrebatan lo único que le hacía sentirse hombre: ¿el honor? El resultado de la ópera es de un *nhilismo aplastante*, como lo muestra la escena V del acto III, en la que un grupo de niños juega inocentemente al margen de la tragedia y entre los que se halla el hijo de Marie y Wozzeck, del que cabe decir es la imagen más destacada de la indiferencia ante la miseria y abandono del mundo absurdo que le espera amenazante. La falta de todo orden, de todo criterio sólido, necesitaba una *forma* precisa para ser expresada. Ni las cartas de Rousseau, ni el monólogo kamarazoviano, ni la incertidumbre narrativa de Musil pudieron mostrar en toda su crudeza la pérdida total de sentido del mundo circundante. Berg logra ponernos delante de descabro de la manera más sutil que cabría esperar; siendo cada escena un movimiento autónomo y cada acto una forma cíclica igualmente independiente -representación magistral del individuo encerrado en su particularidad y enfrentado a juegos lingüísticos cerrados en sí mismos-, el oyente no sufre esta superposición de elementos aislados, sino más bien, sufre la tragedia en su conjunto; tragedia que no es otra que la del hombre moderno, la del “pobre hombre explotado y atormentado *por todo el mundo*.”³²

En estas obras artísticas –como en muchas otras: en *Rayuela* de Cortázar o *Bajo el volcán* de Lowry- se nos expresa la gratuidad de una existencia sin proyecto alternativo. Son obras que reflejan un mundo sin esperanza, dada la distancia que se da entre lo que el ser humano exige y necesita y un orden social, económico y cultural que no deja otra vía de salida que la competitividad o el aislamiento. Son obras que a pesar de su distancia espacio/temporal pueden entenderse unidas ya que comparten un mismo contexto ideológico. Son hitos de un *mythos*, de una misma matriz cultural, que nos explica las razones de su crítica radical al orden existente. En este sentido Rousseau se halla más cerca de Musil, o Dostoyevski de Berg, que de algunos de sus contemporáneos. Lo importante en este momento es afirmar que con la obra artística nos abrimos más al otro y a lo otro que con la formulación científica; ésta estará más atenta al éxito frente al competidor, enmascarando objetividades bajo la nebulosa de lo empírico, que a la apertura a la pluralidad y ductilidad de sentidos. A través de la obra de arte podemos captar el choque entre universalismos, sin enfrascarnos en

³² Carta de Alban Berg a Anton Webern de 19 de agosto de 1918, citada por O. Neighbour, P. Griffiths y G. Perle, *La segunda escuela vienesa*, Colección *New Grove*, publicada en castellano por Muchnik edit., trad de P. Sorozábal Serrano, Barcelona, 1986, p. 152.

disputas academicistas. Aceptamos más la *presencia real* del otro y de lo otro, aún cuando el sentido explícito del texto sea el nihilismo. Esto nos abre la puerta a aquello que Levinas llamó la “infinitud”, es decir a la inacabable potencialidad de relaciones entre los seres humanos. Y esto ocurre con las obras que hemos elegido: la negación de un sentido absoluto, nos abre la puerta a la presencia de una multipolicidad de interpretaciones y lecturas.

En el terreno de la filosofía, este silencio y esta desesperación que aparecen como negación de un criterio absoluto de valor se interpretan de un modo trágico e irresoluble. Es el caso de L. Feuerbach, S. Kierkegaard y L. Wittgenstein. Estos pensadores intuyeron genialmente el fracaso axiológico de la sociedad burguesa, e instalaron sus argumentos en uno u otro momento de la crisis. Sin embargo, no es arriesgado afirmar que el pensamiento de estas tres personalidades de la cultura contemporánea es un pensamiento fetichista, desde el momento en que elimina la riqueza de relaciones que contiene todo fenómeno susceptible de ser analizado. Para Feuerbach, el único modo de resolver la crisis es a través de la relación Yo-Tú ; Kierkegaard, coloca el “existir”, el estar fuera con los otros, en el estadio estético, siendo los otros dos estadios restantes -el ético y el religioso- un viaje sin retorno hacia lo singular o, a lo más, hacia pequeñas islas desesperadas dentro del océano de la sociedad burguesa; Wittgenstein, a pesar del valor de sus afirmaciones para la filosofía y la ciencia social actual, estableció un dualismo absoluto entre la forma lógica y el contenido del mundo, obviando con ello toda comprensión histórica de los juegos lingüísticos, al permanecer en la constatación de su existencia múltiple, dispersa e incomunicable.

Todos los análisis, por lo demás profundos y esclarecedores, de la filosofía contemporánea acerca de la multidimensionalidad del poder de manipulación -Foucault-, de la entronización del consumo como “fetiche” de la sociedad moderna -Baudrillard-, y de la irreductible tendencia del sistema cultural y político a ocultar la diferencia ontológica, la polarización ineludible de lo real -Deleuze, Derrida-, constituyen un espejo límpido de la realidad que nos rodea, pero, como todo espejo, sólo muestra una cara del objeto que refleja. Estas tendencias de pensamiento pueden considerarse deudoras de *una sola* de las facetas de la esfinge nietzscheana: la crítica a la civilización y al orden moral capitalista; pero, asimismo, obvian que el propósito básico del autor de *Humano, demasiado humano*, consistía precisamente en la transvaloración, en la *tendencia* a conseguir formular una nueva jerarquía de valores basada en la vida y el poder de trascendencia del orden moral instituido. Si queremos atrapar el espíritu de la crítica radical nietzscheana no podemos quedarnos en la mera constatación de la microfísica del poder; es preciso, pues, sobreponerse al minimalismo descriptivo y asumir un *compromiso teórico* para comprender las relaciones entre los fenómenos y postular alternativas, si no de sociedades futuras e hipotéticas, si cuando menos, de formas de acción.

Paul Ricoeur afirmaba que toda utopía no es más que la apertura de lo posible, y de ahí la necesidad de la misma para impulsar a la acción. Las antiutopías, a veces sueños irrealizables, que hemos comentado, conducen a la inacción, a la desesperanza, a la visión mística de los últimos días de una humanidad perdida en un bosque de imposibilidades y silencio. Parece que tras la lectura de estos filósofos y literatos, el telón bajará definitivamente, y el lector -público marchará ensimismado a recluirse frente a su particular *telescreen*. Sin embargo, y como decíamos más arriba, el arte duda hasta de sí mismo y nos permite múltiples interpretaciones dado su oposición a los principios de independencia, correspondencia, bivalencia y singularidad que predominan en el argumento cientifista. De este modo, estas obras pueden ser interpretadas a contrario para poder ofrecer alternativas a su negativismo. Detrás de *La Nueva Eloísa*, aparecen el amor y la amistad como base de la “comunidad”; detrás del *Gran Inquisidor*, la aspiración de “libertad”; detrás del *Hombre sin atributos*, la “acción”. Y, tras *Wozzeck*, tras el grito desgarrador del individuo perdido en la maraña de desatinos y crueldades, no sólo queda el silencio, o, tal vez, la desesperación sino el compromiso con algún proyecto colectivo, de cambio, de “rebelión”.

Galileo renace de nuevo y pronuncia sin cansancio su *eppur si muove*. Ante la fetichización de lo real puede reaccionarse con la resignación descriptiva, contenta con ofrecer una de las caras de lo real: la dificultad de las relaciones; o, por el contrario, con una actitud combativa, hija predilecta del énfasis y la pasión nietzscheanas, desde la que desvelar y clarificar las relaciones dadas entre los fenómenos a través de la existencia fáctica de luchas que muestran la exigencia de la dignidad y desde la praxis humana, individual o grupal, insatisfecha, por naturaleza, ante lo que le viene dado de antemano. Las heridas de la posibilidad siempre permanecen, y deben permanecer, abiertas.

2. Interludio

En el meridiano del tiempo no hay injusticia: sólo hay la poesía del movimiento que crea la ilusión de la verdad y del drama... lo monstruoso no es que los hombres hayan creado rosas de ese estercolero, sino que, por la razón que sea, *deseen* rosas... Por una razón u otra, el hombre busca el milagro y para lograrlo es capaz de abrirse paso entre la sangre. Es capaz de corromperse con ideas, de reducirse a una sombra, si por un sólo segundo de su vida puede cerrar los ojos ante la horrible fealdad de la realidad. Todo se soporta -ignominia, humillación, pobreza, crimen, guerra, *ennui*¹⁵ gracias al convencimiento de que de la noche a la mañana algo ocurrirá, un milagro, que vuelva la

vida tolerable.³³

Lo curioso de la evolución de la humanidad, tal y como se desprende de los productos culturales que la adornan y enriquecen, es que a pesar de todo, a pesar de todos los desatinos y crueldades que se cometen, *seguimos deseando rosas*, las rosas que nos hacen creer que existe la posibilidad del milagro. De un modo o de otro avanzamos en busca del nombre de la rosa; y para ello corrompemos el horror de la realidad a base de ideas y sombras. Construimos y creamos sin cesar esperando el milagro que vuelva la vida tolerable.

Si para ello hay que soñar, hagámoslo. Parafraseando a Pessoa podemos decir que estamos cansados de haber soñado, pero no cansados de soñar³⁴. Todos sabemos que “son los sueños... una cosa sumamente rara. En ellos percibimos con claridad pavorosa, con una artística elaboración, ciertos pormenores... los sueños no los sueña la razón sino el deseo; no la cabeza, sino el corazón, y, no obstante, ¡qué cosas tan complicadas sobrepasa a veces mi razón en el sueño!³⁵. El *hombre ridículo* dostoyevskiano decide suicidarse; cuando ya nada le queda en el alma, ni siquiera la piedad por los humillados y ofendidos, decide quitarse la vida; pero ese suicidio no se plantea por la falta de sentido de la vida, sino precisamente por todo lo contrario: vivimos en un mundo con exceso de sentido; nuestro lema es el “todo vale”, todo tiene su justificación. Sin embargo, tal y como ocurre en el estado de naturaleza hobbesiano, en el que el derecho natural a todo se convierte en el derecho natural a nada, el exceso de sentido en el que vivimos, provoca la apariencia de una falta total de criterios que nos permitan vivir avanzando y ser felices. Pero sumerjámonos por un momento en el sueño de nuestro hombre ridículo en el mismo umbral de su suicidio.

Nuestro “hombre” se duerme justo antes de poner en práctica su definitiva decisión. En su sueño se ve arrastrado por un ser sobrenatural que lo saca de la tumba en la que ha sido enterrado tras el pistoletazo que ha acabado con su vida. El ser lo abandona en una estrella perdida en una galaxia lejana, que resulta ser una copia exacta de la Tierra. En esta copia los hombres y mujeres son “felices”, no conocen el dolor, la envidia, hablan la misma lengua que todos sus semejantes, incluso pueden comunicarse con los animales y los árboles. El hombre de nuestra historia llega a amarlos, pero siempre echando de menos la naturaleza violenta y dolorosa del planeta abandonado

³³ Henry Miller, *Trópico de Cáncer*, (trad. De Carlos Manzano), Plaza y Janés, Barcelona, 1986, p. 110.

³⁴ Fernando Pessoa, *Libro del desasosiego de Bernardo Soares* (trad. Del portugués, organización, introducción y notas de Ángel Crespo), Seix Barral, Barcelona, 1987, parágrafo 125, p. 117; concretamente el texto de Pessoa dice lo siguiente: “He soñado mucho. Estoy cansado de haber soñado, pero no cansado de soñar. De soñar nadie se cansa, porque soñar es olvidar, y olvidar no pesa y es un sueño sin sueños en el que estamos despiertos. En sueños lo he conseguido todo”.

³⁵ F. M. Dostoyevski, *Sueño de un hombre ridículo* en *Diario de un escritor (1861-1881)*, *Obras Completas*, edic. cit. Tomo III, p. 1234.

por propia voluntad. Poco a poco les va introduciendo el sabor agrio del conflicto, el aroma fresco de la voluptuosidad, la hermosura de la mentira. Al final esos seres felices, acaban por odiarse mutuamente, por crear grupos enemistados unos con otros, en definitiva, los va convirtiendo en seres humanos. Nuestro hombre siente pánico cuando ve reproducirse en aquellos seres, todo lo malo y repugnante de la naturaleza humana. Pero también es consciente de que ellos ya no pueden vivir sin mentir, sin la voluptuosidad, sin la propiedad. Los introduce en el conocimiento del mal, y ni siquiera su ofrecimiento de que lo crucifiquen al haberlo inducido a tales “males” los hace renunciar a la belleza de ser seres humanos completos.

Dostoyevski en este relato, además de mostrar de un modo original la evolución de la humanidad, nos advierte de que todos los males que padecemos tienen un único origen: nuestro deseo de conocer. Para Dostoyevski hay algo contra lo que luchar: la idea de que “el conocimiento de la vida está por encima de la vida... el conocimiento de la felicidad, está por encima de la dicha”. Para vivir, para conseguir la felicidad que el hombre ridículo observa en aquella copia de la Tierra, hay que huir del conocimiento. El conocimiento es ciencia, y la ciencia tiende siempre a la disgregación, para supuestamente llegar a conocer mejor lo que nos rodea. La ciencia, para Dostoyevski, es el peor de los males en tanto que por su sola existencia surge la creencia de que todos los problemas pueden resolverse, entre ellos el de la búsqueda constante de la verdad. Cuando la ciencia cree haber hallado la verdad, aquí comienza el horror. Esa verdad divide la humanidad, por lo menos en dos bandos: los omniscientes y los no omniscientes. Como los primeros son los únicos que conocen la verdad, no tienen otra solución que dominar o eliminar a los que no están en ella...

La ciencia, el pretendido conocimiento absoluto de la verdad, separa a los que creen haber llegado a ella, de aquellos que no han probado sus mieles. De aquí procede, siguiendo el relato dostoyevskiano, la violencia, la crueldad y, podemos añadir, la exclusión. De estos sentimientos se derivan la envidia, la voluptuosidad y la voluntad de apropiación constante. Y de estos, pasamos al “goce” de la vergüenza, el gusto por el dolor, y la hermosura de la mentira. Aquellos seres felices se ciegan sobre todo por lo último, por el poder seductor de la mentira, y de ahí van surgiendo las grandes ideas que van ocultando la maldad que está en la base de su corrupción. Todas esas ideas no son más que el producto de la tendencia humana, después de la caída del Paraíso, a construir ficciones, engaños necesarios que nos permiten seguir existiendo. ¡Qué mayor ficción que las declaraciones de derechos humanos, dirigidas a un mundo habitado por seres humanos atomizados y particularizados! ¡Qué mayor mentira que la religión, que nos hace creer en la vuelta al paraíso perdido! En lo que la religión falla es en ese repetir la posibilidad del paraíso: los hombres recuerdan su estado de felicidad, conocen el estado de suprema dicha, pero también comprenden su imposibilidad, y lo que es más cruel, no lo desean, no lo quieren recuperar lo perdido, pues el edificio de

mentiras que han construido es tan hermoso que ya no pueden vivir sin él. *Preferimos la rosa con sus espinas a la pasividad y al desconocimiento*. Preferimos la violencia al aburrimiento. Preferimos la mentira a no conocer más que lo que nos entra por los sentidos. La humanidad ha elegido el camino más tortuoso hacia la felicidad: precisamente el camino que nunca conducirá a la felicidad total. Todo esto no quiere ser una posición nihilista. El sentido de traer aquí a colación el texto dostoyevsiano, obedece precisamente a lo contrario. La humanidad se sustenta en mentiras, pero en mentiras hermosas, en mentiras de las cuales no podemos prescindir. Constituyen nuestra esencia. Nuestras mentiras: la literatura, la música, la ciencia, la filosofía, la religión, hasta el lenguaje y el deseo, es decir, todas las formas de objetivación donde se van consolidando los productos de nuestra de *nuestra* falsedad y autoengaño, son el mundo que recibimos, que heredamos, que reproducimos y que rellenamos de nuevas mentiras, y sobre todo, de nuevas interpretaciones de mentiras antiguas. Este es el mundo que amamos y en el que nos sentimos a gusto. Toda vuelta al paraíso además de imposible es indeseable. En definitiva, preferimos amar, aunque ello comporte siempre sufrimiento, a no saber que amamos.

Si esto es así, si nos sentimos a gusto en el abismo de mentiras y ficciones en las que se sustenta la humanidad ¿hay que adaptarse a la falta de dirección denunciada por Miller en 1934? ¿Hay que llamar loco a todo aquel que lucha contra la imposibilidad de avanzar hacia el ser humano, tal y como postulaba Martín Santos en 1961? ¿Hay, por último, que odiar la humanidad por haber redactado las declaraciones de derechos, en el sentido que Dostoyevski dio a sus palabras en 1877?...

3. El acuerdo posible

El problema que subyace a todo lo anterior, es el tema básico de toda filosofía humanista, o sea, la resolución de la alienación, el ofrecer alternativas a la separación contemporánea, sin signos de cambio de marcha, establecida entre el individuo y la especie. Acudamos a otra gran obra de arte, de la cual somos deudores muchos de los que creemos que la única forma de entender nuestra cultura es contraponerla a los latidos de otros corazones y de otros modos de enfocar la vida. Nos referimos a *Gran Sertón: Veredas* del brasileiro Guimarães Rosa. En esta “divina tragedia”. la lucha entre el ser humano y la presencia siniestra del mal, el desgarrar del ser, el abismo entre el individuo y la especie humana y la violencia transfigurada por una naturaleza enfurecida que hunde voluntades en las quebradas y llanuras “infernales” del *sertão* -espacio universal de pérdida de sentidos-, alcanzan su máxima expresión. Estamos ante un relato de violencia, venganzas, crímenes y luchas situado en medio del horror y de la presencia “absoluta” del mal, personalizado en un diablo antropomorfizado y ubicuo. En ese real corazón de tinieblas late una historia de amor de las más emocionantes y reveladoras de la historia de la literatura universal. Y, al lado de la

pasión, surge como fuente clara la exigencia humana por excelencia: la necesidad y la posibilidad de *caminar* hacia uno mismo y hacia los otros. “Cierro. Ya ve usted. Lo he contado todo...mi idea ha confirmado que el Diablo no existe...¡El Diablo no hay!...Lo que existe es el hombre humano. Travesía”. Palabras finales de Riobaldo al que hemos acompañado en ese viaje iniciático de lo humano a lo humano en busca de un criterio que nos salve del silencio y de la desesperación.

Guimaraes Rosa nos pone delante la posibilidad de un criterio que nos haga pasar por encima de las “imposibilidades” y del “silencio”, y posibilítarnos la formulación de la utopía y de la conformación de la praxis a ella dirigida. Una utopía no es un sueño; este último no tiene un aquí y un ahora que trascender, más bien, lo que hace es huir de todo aquí y de todo ahora, sin pasar más allá de lo que niega. La utopía nos abre el camino de lo posible, de la comunicación, de la acción, aunque por las mismas circunstancias reales no tenga otra forma de expresión que la metáfora y, como ya sabemos, de la ficción. Ya vimos cómo la apelación a los derechos de la humanidad es ambivalente. Por un lado, ha estado vinculada al vaivén de los intereses de los que tienen la hegemonía social y cultural. Pero, por otro, esa apelación a los derechos humanos surge también de la voz de los dominados, aunque en muchas ocasiones haya sido expresada con el recelo propio de culturas “apisonadas” por el afán –la “idea” diría Joseph Conrad- de colonialismo e imperialismo occidentales.

Nuestra búsqueda consiste en hallar un criterio que formule la exigencia humana expresada a contrario en las obras de arte aquí mencionadas. Un criterio que exprese la necesidad humana de caminar hacia lo propiamente humano: es decir, la vida, la acción y la lucha por la dignidad. Pensar los derechos únicamente desde una de sus caras, es dejarlos en manos del más fuerte. Sacar a relucir la otra cara, el otro rostro de los derechos, supone dar voz a los excluidos, a los oprimidos, a los dominados.

Como decía Feuerbach e inmortalizó Marx, “arte, religión, filosofía o ciencia, son sólo manifestaciones o plasmaciones de la autentica esencia humana. Hombre, o más completamente hombre auténtico sólo lo es quien tiene sentido estético o artístico, religioso o ético y filosófico o científico, *hombre como tal sólo lo es quien no excluye de sí nada esencialmente humano*”³⁶. Partiendo de esa concepción íntegra del ser humano, el criterio que nos va a servir para una apelación no colonialista ni imperialista de lo humano universal es el de *riqueza humana*. Este criterio se despliega del siguiente modo: a) el *desarrollo* de las capacidades, y b) la construcción de condiciones que permitan la real *apropiación y despliegue* de dichas capacidades por parte de individuos, grupos, culturas y cualquier forma de vida que conviva en

³⁶ L. Feuerbach, *Principios de la filosofía del futuro*, en *Kleinere Schriften*, 2. Ed., p. 337; texto citado por A. Heller, “Ludwig Feuerbach Redivivo” en *Crítica de la Ilustración. Las antinomias morales de la razón*, (trad. De G. Muñoz y J. I. López Soria), Península, Barcelona, 1984, p. 109, n. 18.

nuestro mundo.

Volvamos al cuadro en el que Goya representa la violencia que supusieron Los fusilamientos del 2 de mayo en el Madrid de 1808: ¿cuál de los dos particularismos elevados a universales potenciarán el desarrollo de las capacidades humanas y la construcción de condiciones para su apropiación y despliegue? ¿Estaba justificado el heroísmo por una apelación a los derechos humanos, o procedía de un nacionalismo irredento? ¿Qué idea universal aplica Conrad en su *El corazón de las tinieblas*? ¿no era el universalismo de un modo de dominación salvaje y destructor de todo lo que se le oponía en su marcha furiosa hacia la obtención de la máxima cantidad de beneficio? La mirada feminista del mundo que Virginia Wolf expone en *Una habitación propia*, o que Ibsen coloca en los labios de Nora (personaje principal de *Casa de muñecas*) ¿no nos interpelan desde otra opción, desde voces diferentes en aras de la consecución de ese criterio de riqueza humana? *Los condenados de la tierra* de F. Fanon, es un texto que habla más de derechos humanos que la miríada de reflexiones académicas sobre el papel de tal o cual decisión judicial a un nivel nacional o internacional.

Este criterio, además de servirnos de fiel de la balanza a la hora de sopesar en términos de derechos humanos las diferentes posiciones culturales, políticas y sociales, también nos sirve para rehuir cualquier tendencia al relativismo cultural radical: todos los puntos de vista son igualmente válidos. Partiendo de la base de que no se pueden valorar *globalmente* las culturas —al estilo de la cantinela liberal sobre la existencia de “valores verdaderos”— sino aspectos parciales de todas ellas, el criterio de *riqueza humana* nos va a permitir comparar y “enjuiciar” cuestiones de choque o conflicto: el tema de la mujer en la cultura occidental y en la ideología de los talibanes; el consumismo visto desde la cultura islámica o europea; la protección y el respeto a la naturaleza en occidente o en los pueblos indígenas de la amazonía... Utilizar el criterio de *riqueza humana* nos permite establecer las bases de discusión y diálogo entre culturas. La realidad de los derechos humanos en nuestro mundo plural y diversificado cultural e ideológicamente debe ser enjuiciada en función de ese criterio de valor. Asimismo, con este criterio podremos jerarquizar, no los derechos mismos ya que todos tienen la misma importancia, sino la prioridad de su satisfacción, y enfocar de un modo más justo el conjunto de políticas sociales, económicas o culturales relacionadas con ellos.

En vez de universalizar *una* concepción de los derechos, o mantener que *todas* las visiones y prácticas son igualmente válidas, utilizar el criterio de *riqueza humana* nos advierte que los derechos no son algo previo a la construcción de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que propicien el desarrollo de las capacidades humanas y su apropiación y despliegue en los contextos donde se sitúan. La relación entre los derechos humanos y ese conjunto de condiciones es estrecha.

Por ello, desde la *riqueza humana* se rechaza cualquier universalismo a priori que imponga criterios como si fueran el patrón oro de la idea de humanidad. El único universalismo que podemos defender desde esta posición es un universalismo a posteriori, un universalismo de llegada en el que todas las culturas puedan ofrecer sus opciones y discutirlos en un plano, no de mera simetría, sino de igualdad. Desde esta opción la única definición que puede defenderse es la que ve a los derechos como *el sistema de objetos (valores, normas, instituciones) y de acciones (prácticas sociales, institucionales o no) que abran y consoliden espacios de lucha por la dignidad humana*. Desde esta definición podremos ver los derechos humanos como la formulación más general de esa necesidad por encontrarnos a nosotros mismos en esa lucha por adquirir conciencia de lo que somos y de dónde estamos. Los derechos deben ser vistos, y puestos en práctica, como el producto de luchas culturales, sociales, económicas y políticas por “ajustar” la realidad en función de los intereses más generales y difusos de una formación social, es decir, los esfuerzos por buscar lo que hace que la vida sea digna de ser vivida. Sin imposiciones. Sin dogmas. Los derechos humanos constituyen una realidad de tres caras: son la consecuencia y la posibilidad de actuar individual y colectivamente por ver reconocidas y puestas en práctica las diferentes y plurales visiones que tengamos de nuestras capacidades y necesidades (esfera *política* de los derechos), con el objetivo de “ajustar” (esfera *axiológica* de los derechos) el mundo a lo que en cada momento y en cada lugar se entienda por dignidad humana (esfera *teleológica* de los derechos). La mayor violación hacia los derechos humanos consistirá en prohibir o impedir, del modo que sea, que individuos, grupos o culturas puedan expresar y luchar por su dignidad. Con la aplicación y puesta en práctica intercultural de este criterio el *Gran Inquisidor* no encontraría motivos para degradar la humanidad a masa informe y consumista, y tanto Ulrich como Wozzeck hallarán un sentido por el que dirigir sus vidas.

Estamos, pues, ante un criterio formal que hay que rellenar de contenido en el proceso de construcción de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que nos permitan luchar contra los procesos que nos impiden acceder igualitariamente a los bienes materiales e inmateriales. Debemos armarnos, pues, con conceptos y formas de praxis que tiendan a conquistar la mayor cantidad posible de “espacios sociales” de democracia; espacios donde los grupos y los individuos encuentren posibilidades de formación y de toma de conciencia necesarias para combatir la totalidad de un sistema caracterizado por la reificación, el formalismo y la fragmentación. Espacios donde comencemos a distinguir y a clarificar las relaciones que se dan entre la libertad y la igualdad, entre las desigualdades y las múltiples y refinadas formas de explotación social que impiden el despliegue de las dos facetas que componen el criterio de “riqueza humana”.

Por supuesto, no basta con la democracia formalizada en los Parlamentos. Como

decía hace casi un siglo Rosa Luxemburgo, no hay democracia cuando el esclavo asalariado se sienta al lado del capitalista, el proletario agrícola al lado del Junker para debatir sus problemas vitales de forma parlamentaria, pues ambos ejercerían sus aparentes derechos en un estado de igualdad engañosa. Quedarnos en las formas sin rellenarlas del contenido concreto que pondría en funcionamiento el criterio de riqueza humana, supone, pues incitar a los excluidos sistemáticamente de los procesos decisivos —a todos esos que según Jacques Rancière nunca han formado parte de las instituciones, a esos que son la “parte que nunca ha tenido la oportunidad de formar parte” de los ámbitos donde se regulan las relaciones sociales— a no contentarse con el (reconocimiento público de su condición y la cuota de participación electoral que le toque), sino a ir ocupando espacios institucionales y políticos con el objetivo de poder otorgarle a esas instituciones un contenido y una forma totalmente nuevas.

Rosa Luxemburgo nos indujo a no aceptar acríticamente la concepción formalista, cabe decir, burguesa³⁷, de la democracia como un valor universal basado en el consenso de la mayoría. La democracia se ha usado ideológicamente por parte de las clases dominantes para postular una exclusión sistemática de determinados intereses de la esfera pública, intereses que siendo esenciales para la vida: intereses productivos, distributivos, socializadores, han sido relegados al ámbito de las relaciones privadas, donde imperan las fuerzas del mercado, es decir, la coactividad impuesta por el que más tiene en detrimento del desfavorecido.

La democracia, como conjunción de participación en lo público y como proceso vital desde el que podemos otorgar contenidos a nuestro criterio formal de “riqueza humana”, no puede coincidir ni con las tesis de un sólo partido, ni con los reglamentos restrictivos de una determinada forma institucional. La democracia debe consistir en un proceso de construcción de un “espacio público de empoderamiento”, donde puedan darse una variedad de tipos de experiencias y donde prime la mutabilidad y las posibilidades de cambio y transformación. Parafraseando a Spinoza y a Nietzsche, la democracia debe concebirse como un espacio de potencia y de multiplicidad³⁸. Estas experiencias y experimentos podrán encarnarse en partidos, sindicatos o consejos; pero lo que debemos evitar siempre es que prime una forma rígida y unívocamente determinada en la cual la conciencia, es decir, la educación y la formación en las prácticas sociales, estén representadas de una vez por todas por quienes son irresponsables a la hora de aplicar los programas electorales a partir de los cuales son elegidos. La lucha por la

³⁷ Sobre el concepto de democracia en Rosa Luxemburg, puede consultarse: <http://www.fundanin.org/vera9.htm>; (28 de mayo de 2007); sobre las famosas 11 Tesis sobre la política de J. Rancière: En este site pueden encontrarse las famosas 11 Tesis sobre la política de J. Rancière: <http://aleph-arts.org/pens/11tesis.html> (consultada el 3 de octubre de 2007).

³⁸ A. Negri, *La anomalía salvaje. Ensayo sobre poder y potencia en Baruch Spinoza*, Anthropos, Barcelona, 1993. Cfr. también el impresionante trabajo de la filósofa brasileña Marilena Chauí, *A Nervura do real. Imanência e liberdade em Espinosa*, 2 vol., Companhia das Letras, Sao Paulo, 1999.

dignidad es siempre movimiento, modificación, cambio, dinamismo, transformación constante de las formas organizativas e institucionales. De todo esto podemos deducir tres tareas básicas para construir una práctica de derechos humanos basada en el criterio de valor de riqueza humana.

1ª tarea.- Construir el espacio público desde una concepción participativa de la democracia. Es decir, poder llevar las contradicciones entre las formas productivas y las relaciones de producción al ámbito de la ciudadanía, espacio donde lo público y lo privado se confunden. Lo político nunca es un bien en sí mismo, sino un mecanismo fundamental en el que la ciudadanía puede poner en práctica sus virtudes cívicas y su conocimiento de la realidad. El liberalismo, con su afán por anteponer el derecho al bien en el marco de un ordenamiento globalmente neutro, nos ha robado la esfera de la política reduciéndola a su mínima expresión: la democracia representativa. Para este tipo de ideología, lo más valioso es la vida privada, dejando la participación en lo público en una mera gestión de la economía de mercado. La ciudadanía que surge de todo este entramado, es una ciudadanía inhibida, distorsionada y centrada únicamente en el espacio de lo estatal. Esto supone reflexionar seriamente sobre el pasado, el presente y el futuro de la democracia como proceso de construcción de ciudadanía³⁹. No caben ya *escatologías inversas* que anhelan la vuelta de paraísos perdidos, ni *escatologías perversas* que nos presentan respuestas a preguntas aún ni siquiera formuladas. Como escribió nuestro poeta José Hierro, *Cuando la vida se detiene, se escribe lo pasado o lo imposible*. Cabe, eso sí, una reflexión sobre cómo a lo largo de la historia han sido canceladas las potencialidades de la democracia y, cómo no, sobre los posibles caminos que nos pueden ayudar a construir un tipo de ciudadanía que conciba lo político como una actividad compartida cuyo fundamento no son los derechos (que son medios para algo, y no fines en sí mismos), sino una *actitud comprometida contra todas las formas de desigualdad e injusticia*. Pensamos que ese camino puede construirse manteniendo una triple estrategia antisistémica: 1) ocupar espacios de lo *alegal*, tradicionalmente olvidados por el liberalismo político; 2) gestar transformaciones culturales críticas; y 3) potenciar el protagonismo popular de la ciudadanía.⁴⁰

2ª tarea.- Recuperar o apropiarnos del “centro de gravedad” de la acción política. Es preciso recordar en todo momento que el “alma” de *El Capital* residía, no tanto en el estudio científico de los procesos económicos, como en la denuncia de la pérdida del poder que los obreros sufrían en lo que se refiere a sus vidas concretas y a sus capacidades y

³⁹ Ser ciudadano significa afrontar en todo momento decisiones políticas, y son políticas todas las decisiones que se refieren al mundo. Comprometerse con la suerte del mundo significa ser político; serlo consciente y consecuentemente significa ser un ciudadano pleno”, P. B. Clarke, *Ser ciudadano*, Sequitur, Madrid, 1999, p. 170.

⁴⁰ M. Harnecker, *La izquierda en el umbral del siglo XXI. Haciendo posible lo imposible*, op. Cit. Pp. 386-387.

facultades⁴¹31. Nos referimos a la potencia ciudadana, a la idea, que tanto pavor provocaba, y sigue haciéndolo, en los autores liberales, de la democracia como “poder del pueblo”. En esta recuperación del centro de la acción social tendríamos que plantearnos pensar y discutir sobre tres potencialidades latentes de la humanidad:

A.- la potencia ontológica. Es decir, la historia como lugar, como espacio ontológico del ser en sociedad. O lo que es lo mismo, la lucha contra todas las posibles formas de olvido que han invisibilizado las experiencias de rebeldía y construcción de alternativas que se han dado a lo largo de la historia, los *asaltos al cielo*. Sin esta memoria, difícilmente podremos ilusionarnos a la hora de superar el “impasse” al que nos están conduciendo las tesis de los fines de la historia o los devaneos postmodernistas con el escepticismo y la inacción. No basta con decir que en el socialismo se tendrá acceso a ese conjunto de capacidades y facultades robadas. Marx fue un ejemplo de lucha por el “empoderamiento” de las masas. Esta “toma real del poder” es previa a la configuración de un orden social. El comunismo no es una meta lejana sometida a las dificultades dialécticas, sean éstas materialistas o puramente idealistas; el comunismo es el día a día tal y como E.P. Thompson nos recordó a lo largo de toda su obra.⁴²

B.- la potencia sociológica: nos referimos a la pluralidad, a la multiplicidad real de opciones vitales y formas de vida. Esta siempre ha sido una bandera falsa del liberalismo político. No hay mayor uniformidad ni homogeneización de las relaciones sociales que cuando se insertan en la ficción de la libertad de compra y venta. El mercado se traga todas las diferencias, disgrega las culturas materiales que se oponen o se resisten a él y quebranta todo tipo de acción organizativa que no pueda ser consumida. La subsunción del trabajo y de la vida cotidiana al capital es el objetivo del liberalismo tanto económico como político. Crear las bases de una real pluralidad de opciones es una tarea de la lucha anti-sistémica basada en el criterio/valor de riqueza humana. No basta con el “respeto” o “tolerancia” liberales en relación con el hecho de las diferencias o con las políticas de acción afirmativa, sino que tales luchas se sitúen en el centro de lo político con el objetivo de potenciar una crítica de la dominación y del etnocentrismo que subyacen bajo las premisas del liberalismo. La riqueza humana siempre ha sido el producto de una acción rebelde frente al enorme potencial de manipulación educativa y mediática del sistema de relaciones sociales capitalista.⁴³

⁴¹ K. Marx, *El Capital. Crítica de la economía política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1978, Vol. 1, “La llamada acumulación originaria”, pp. 607 y ss.

⁴² Cabe citar como ejemplo el libro de E. P. Thompson *La formación de la clase obrera en Inglaterra*, 2 ol., Crítica, Barcelona, 1989. En Thompson está bebiendo la nueva generación de intelectuales comprometidos con una renovación del marxismo. Cfr. Ellen Meiksins Wood y John Bellamy Foster, *In Defense of History (Marxism and the Postmodernist agenda)*, Monthly Review Press, N.Y., 1997.

⁴³ Para la propuesta de un multiculturalismo crítico y fundado en las propuestas pedagógicas alternativas de Paulo Freire, vid. P. McLaren, “Multiculturalism and the postmodern critique: towards a pedagogy of resistance and transformation” en H. Giroux y P. McLaren (eds), *Between Borders*, Routledge, London, N.Y., 1994.

C.- la potencia ética: la potencia de experimentar, de inventar hipótesis y formas nuevas de relación social. No está de más recordar la reacción de Rosa Luxemburg frente a los sucesos de 1914 en los que el proletariado se entregó al nacionalismo bélico. Frente a una posición de resignación derrotista y a cualquier intento de fortalecer lo que ella denominaba “imposiciones exteriores” a la acción social, Rosa Luxemburgo se convenció, y puede que ésta fuera la causa de su tragedia personal, que había que forzar la actitud ética para volver a hacer brotar los gérmenes de humanización que subyacen en la conciencia, esté adormilada o no, de las masas. En ese sentido, escribe: “[...] es preciso autodominio interior, madurez intelectual, seriedad moral, sentido de dignidad y de responsabilidad, todo un renacimiento interior del proletario. Con seres humanos prejuiciosos, livianos, egoístas, irreflexivos e indiferentes no se puede realizar el socialismo”⁴⁴. Ese proceso ético y educativo, si no quiere caer en imposiciones ideológicas “desde arriba”, requiere una concepción amplia y no fragmentada de la acción. De este modo superamos todo tipo de falacia naturalista, pues sólo desde la concepción que conecta el conocimiento de lo real (lo que es) con las propuestas alternativas de otra forma de relación social (lo que debe ser) evitaremos que sólo sean las elites las que decidan sobre nuestro presente y nuestro futuro. Desde dichas posturas elitistas es muy fácil sustentar que los seres humanos no tienen formación para participar y decidir en política. Según esta tesis, cada tipo de acción será definida por sus propias características, y nadie podrá pasar de lo que es su realidad (el “es”) a una crítica de la misma (el “deber ser”). Llegamos con ello al “gorila amaestrado” en consumir y en vivir su vida privada al margen de lo político.

Frente a esto, hay que comenzar por imaginar, por crear condiciones mentales que nos permitan superar los obstáculos “naturales” que el liberalismo impone a la acción social. Imaginar y plantear valientemente un tipo de humanismo que surja de la experiencia de la pluralidad de voces que hoy conforman nuestras historias, y abandonar todo tipo de humanismo abstracto, se base o no en la pretendida universalidad de los derechos humanos, que se imponga desde alguna esfera trascendental a la experiencia.⁴⁵

⁴⁴ Frölich, P., *Rosa Luxemburgo. Vida y Obras*, Editorial Fundamentos, Madrid, 1976, pp. 228 y ss. Fetsher, I., *Der Marxismus*, Piper, München, 1967, p. 648. Geras, N., *A actualidade de Rosa Luxemburg*, Edições Antídoto, Lisboa, 1978, pp. 127 y ss. VV.AA., *Rosa Luxemburg aujourd'hui*, Presses Universitaires de Vincennes, Paris, 1986.

⁴⁵ “Superar la separación significa empezar a recuperar lo político, en un ejercicio que exige reconstruir la política distanciándola de la concepción que la tiene por una actividad puntual referida al Estado. Significa, entre otras cosas, vincular la recuperación de lo político, con un proyecto más importante: recuperar el mundo. Este ejercicio va más allá de las concepciones limitadas de la acción, se refiere a sus contextos más amplios, unos contextos que sólo pueden entenderse remitiendo la recuperación de lo político a sus raíces pre-platónicas, a la poiesis.... La filosofía y la poesía son extrañas compañeras de cama, a veces incómodas y en ocasiones pendencieras, pero han de compartir el lecho si ha de surgir la política” en P.B. Clarke, *Ser ciudadano*, op. Cit. 9. 104. Pero para poder recuperar lo político hay que adoptar también una actitud de valentía que parta de los siguientes requisitos: 1- no tener ningún miedo a estar contra la corriente política dominante de nuestro tiempo; 2-no transigir en nuestras ideas, no aceptar ninguna dilución de nuestros principios; y 3- no aceptar como inmutable ninguna institución establecida; vid. Perry Anderson, “Más allá del neoliberalismo, lecciones para la izquierda” en P. Anderson, R. Blackburn, A. Borón, M. Löwy, P. Salama y G. Therborn, *La trama del neoliberalismo. Mercado, crisis y exclusión social*, (compiladores, E. Sader y P. Gentili), Oficina de publicaciones del CBC, Universidad de Buenos Aires, 1997, pp. 147-148. Es importante destacar la fuerza que en este sentido está teniendo la llamada “jurisprudencia feminista” a la hora de superar el humanismo abstracto, sobre todo en relación con el concepto de igualdad. Para un análisis detallado, lúcido y crítico, ver Ana Rubio Castro, *Feminismo y ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga, 1997, esp. Pp. 43 y ss. Asimismo, puede consultarse Iris Marion Young, *Intersecting voices. Dilemmas of gender, political philosophy and policy*, Princeton University Press, New Jersey, 1997, esp. Pp. 60 y ss.

La 3ª tarea, reside en la recuperación de la conciencia del límite, de la frontera, del horizonte. Sabernos limitados, es decir, determinados por una historia, por unas posibilidades, por unos obstáculos es el primer paso para poder pensar la posibilidad y la necesidad del cambio. Es lo que Nietzsche propone al situarse más allá del bien y del mal, rompiendo con las falsas polaridades lógicas y morales de la razón liberal. Recuperar el horizonte de una vida que no aspira como dice el autor de “Así hablaba Zaratustra” a la *general felicidad de los verdes pastizales sobre la tierra*, sino a una felicidad en la que la vida es *lo que tiene que superarse siempre a sí misma*. Una vida en la que la felicidad coincida con la espontaneidad, la invasión de los espacios negados y la creatividad de nuevas interpretaciones, de nuevas direcciones y formas. En definitiva, hablamos de la necesidad de recuperar nuestra “voluntad de poder”. Como dijo Zaratustra, debemos amar la paz como medios para nuevas prácticas. Esta actitud es la única que impulsa a las mujeres y hombres a tener que rehacer una y otra vez su propio camino en la historia.

La riqueza humana, pues, sólo encuentra sus contenidos materiales en la profundización participativa y decisoria de la democracia, pues, ésta solamente se consolida con más democracia⁴⁶. Percibirnos como agentes pasivos es el principal obstáculo para la formulación de una alternativa democrática basada en el criterio de riqueza humana, ya que desde éste lo que pretendemos es aumentar la cantidad de individuos y grupos con poder real, es decir, ontológicamente empoderados como para poder ejercer por sí mismos la búsqueda de su dignidad⁴⁷.

Tal y como defendía *el hombre ridículo*, hasta las ideas más hermosas son ficciones, aunque ficciones necesarias. Apostemos por esas ficciones que potencien la *riqueza humana* entendida como desarrollo de capacidades y apropiación de las condiciones que permitan su plena satisfacción. No todo derecho o teoría sobre los derechos nos pone ante la exigencia y la necesidad de que los seres humanos desarrollen y se apropien de lo que les corresponde en su camino hacia la dignidad de sus vidas. Luchemos por

⁴⁴ Y no al revés. Ésta ha sido la cantinela de los políticos europeos empeñados todos en situarse en el “espacio de centro” como estrategia para mantenerse durante años en el poder. Entre otros males, están dejando los márgenes, tan necesarios para la actividad política, a la extrema derecha racista y fascista que día a día conquista más parcelas de poder político y cultural. Vid. Ch. Mouffe *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*, Paidós, Barcelona, 1999.

⁴⁵ J.M. Albarrán, “Algunas notas sobre la teoría de la democratización del ser social en Georg Lukács” en J.M. Aragués (coord.), *Presencia de Lukács*, op. Cit. P. 131. Vid. También, Tarso Genro, *O futuro por armar. Democracia e socialismo na era globalitária*, Voces, Petrópolis, 1999, esp., pp. 142 y ss. Una reflexión sobre la democracia entendida como un proceso necesitado de una nueva subjetividad constituyente ver, además de las obras ya citadas en estas notas, A. Negri, *Fin de siglo*, Paidós, Barcelona, 1992, y A. Negri y Félix Guattari, *Las verdades nómadas*, Iralka, San Sebastián, 1996. De Rosa Luxemburg, puede leerse en este sentido sus *Cartas a Karl* y *Louise Kautsky*, Galba Edicions, Barcelona, 1970, y *Huelga de masas, partido y sindicatos*, Pasado y Presente, Córdoba, 1970.

derechos y teorías que apelen a lo humano concreto que se despliega bajo el criterio de *riqueza humana*. Quizá enarbolando este criterio podamos generalizar aquel rótulo con el que los revolucionarios franceses señalaban sus fronteras: “aquí comienza el reino de la libertad”.

Por estas razones seguimos soñando. Por estos motivos seguimos deseando rosas.

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1 O DIREITO NA PERSPECTIVA DOS AUTORES DA SOCIOLOGIA CLÁSSICA: DURKHEIM, WEBER E MARX

DIVA BRAGA

Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo UNESC

LUCIANO BRAGA LEMOS

Professor do Curso de Direito da FINAC
Mestre em Direito, Justiça e Cidadania pela UGF

RODRIGO BRAGA LEMOS

Advogado e Consultor Jurídico
Especialista em Direito Processual Civil pela FDV

RAFAELA PAOLIELLO SOSSAI E LEMOS

Administradora de Empresas. Graduanda em Fisioterapia pela EMESCAM
Especialista em Marketing Empresarial pela FCMV/CONSULTIME

RESUMO: Trata do Direito na perspectiva dos principais autores da Sociologia clássica. Cuida, segundo Durkheim, das influências da sociedade sobre o Direito e sua formação, da solidariedade social, dos fatos sociais como o objeto da sociologia e suas características. Analisa, na concepção de Weber, o individualismo metodológico e os tipos de dominação na História. Expõe, conforme Marx, o Estado e o Direito como intermediários e o Direito como ideologia a serviço da exploração capitalista.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Sociologia; Durkheim; Weber; Marx.

ABSTRACT: The present paper deals with Law in the perspective of the main authors of the classic Sociology. One approaches, according to Durkheim, the influences of the society on Law and its formation, of the social solidarity, of the social facts as the object of the sociology and their characteristics. One analyzes, in the conception of Weber, the methodological individualism and the dominance types in History. One exposes, according to Marx, the State and the Law as mediators and Law as ideology at the service of the capitalist exploitation.

KEY WORDS: Law; Sociology; Durkheim; Weber; Marx.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Émile Durkheim (1858-1917). 2.1. As influências

da sociedade sobre o direito e sua formação. 2.2. Solidariedade social. 2.2.1. Solidariedade social mecânica. 2.2.2. Solidariedade social orgânica. 2.3. Os fatos sociais como o objeto da sociologia. 2.4. Características dos Fatos Sociais. 2.4.1. Coercitividade. 2.4.2. Exterioridade. 2.4.3. Generalidade. 3. Max Weber (1864-1920). 3.1. Individualismo metodológico weberiano. 3.2. Tipos ideais de dominação na História. 3.2.1. Dominação tradicional. 3.2.2. Dominação carismática. 3.2.3. Dominação legal ou burocrática. 4. Karl Marx (1818-1883). 4.1. O Estado e o Direito como intermediários da exploração capitalista. 4.2. O Direito como ideologia a serviço da exploração capitalista. 5. Referências bibliográficas.

1 Introdução

A sociologia do direito é uma das disciplinas mais importantes para a formação intelectual do jurista; é uma reflexão da sociologia sobre o direito que pode e deve ser feita também por juristas; é um pensamento dos sociólogos e juristas a respeito de um objeto específico que é o fenômeno jurídico na sociedade¹. Conhecer melhor o direito não é meramente conhecer melhor as leis. Quando formos tratar de qualquer tema do direito, é preciso refletir a respeito desse tema tendo lastros na realidade social. É preciso ter um fundamento social para comprovar as realidades sociológicas.

Assim, para saber a repercussão social do novo Estatuto do Idoso, não basta a exegese (interpretação) de suas normas, é necessária uma reflexão a respeito da situação do idoso e do direito na sociedade contemporânea. Para refletirmos sociologicamente a respeito de processo civil e cidadania, é preciso entender as razões dos princípios processuais na sociedade; se quisermos dizer que a apelação em quinze dias atravanca o bom andamento processual, é preciso dizer a razão pela qual atravanca, ou seja, ter constatações sociais concretas a esse respeito.

Asociologia do direito não é um conhecimento velho; pelo contrário, é um conhecimento de no máximo um século e meio. Considerando Durkheim, Weber e Marx como os pioneiros desse conhecimento, teremos um século e meio no máximo de sociologia. Tudo que temos antes disso, incluindo até mesmo o tempo em que se formulou a idéia do contrato social e do direito natural moderno, pode ser chamado por pré-sociologia do direito, porque não se tratava de uma explicação da sociedade a partir dela mesma e sim a partir de Deus, de teorias abstratas ou do indivíduo isolado.

2 Émile Durkheim (1858-1917)

¹ A sociologia do direito vê o fenômeno jurídico como fato social. A circunstância de ser o fenômeno jurídico um fato social é que justifica a própria existência da sociologia do direito. Encarando o Direito como fato social, a sociologia do direito concentra seu interesse naquilo que o Direito é, não naquilo que, hipoteticamente, devia ser. Nessa perspectiva, o Direito é visto como causa e consequência de outros fatos sociais. A sociologia do direito procura captar a realidade jurídica e projetá-la em relação a causas e princípios verificáveis.

2.1 As influências da sociedade sobre o Direito e sua formação

Durkheim (1893) faz um estudo das influências da sociedade sobre o direito e sua formação.

2.2 Solidariedade social

Durkheim (1893) distingue inicialmente dois tipos de solidariedade² social, fundados na maior ou menor incidência da divisão social do trabalho: a solidariedade mecânica (por semelhança), a mais antiga e elementar; e a solidariedade orgânica (por dessemelhança), fundada num maior incremento da divisão do trabalho.

2.2.1 Solidariedade social mecânica

Solidariedade mecânica, para Durkheim, era aquela que predominava nas sociedades pré-capitalistas, em que os indivíduos se identificavam através da família, da religião, da tradição e dos costumes, permanecendo em geral independentes e autônomos em relação à divisão do trabalho social. A consciência coletiva³ aqui exerce todo seu poder de coerção sobre os indivíduos.

2.2.2 Solidariedade social orgânica

Solidariedade orgânica é aquela típica das sociedades capitalistas, em que, através da acelerada divisão do trabalho social, os indivíduos se tornavam interdependentes. Essa interdependência garante a união (coesão) social, em lugar dos costumes, das tradições ou das relações sociais estreitas. Nas sociedades capitalistas, a consciência coletiva se afrouxa. Assim, ao mesmo tempo em que os indivíduos são mutuamente dependentes, cada qual se especializa numa atividade e tende a desenvolver maior autonomia pessoal⁴.

² Solidariedade significa: sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, duma nação, ou da própria humanidade; relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s); dependência recíproca.

³ A definição de consciência coletiva aparece pela primeira vez na obra *Da Divisão do Trabalho Social*: trata-se do conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado com vida própria. A consciência coletiva está espalhada por toda a sociedade; é a forma moral vigente na sociedade; aparece como regras fortes e estabelecidas que delimitam o valor atribuído aos atos individuais; define o que, numa sociedade, é considerado imoral, reprovável ou criminoso.

⁴ Uma vez que a solidariedade varia segundo o grau de modernidade da sociedade, a norma moral tende a tornar-se norma jurídica, pois é preciso definir, numa sociedade moderna, regras de cooperação e troca de serviços entre os que participam do trabalho coletivo (preponderância progressiva da solidariedade orgânica).

No setor jurídico, Durkheim descobre que, à medida que a solidariedade mecânica vai sendo, pelo influxo da divisão do trabalho, transformada em solidariedade cada vez mais orgânica, o direito vai abandonando o seu caráter repressivo (retributivo), predominantemente penal, para assumir predominantemente a sanção restitutiva, característica do direito civil e comercial⁵. Tal sucessão, prova-a Durkheim com base em rigorosa apuração estatística do número de dispositivos penais das legislações antigas e modernas, verificando a decrescente incidência deles com o progresso da civilização e o paralelo desenvolvimento da divisão do trabalho.

2.3. Os fatos sociais como o objeto da sociologia

Em uma de suas obras fundamentais, Durkheim (1895) formulou com clareza os tipos de acontecimentos sobre os quais o sociólogo deveria se debruçar: os fatos sociais⁶. Eles constituiriam o objeto da Sociologia.

2.4 Características dos Fatos Sociais

Três são as características que Durkheim distingue nos fatos sociais.

2.4.1 Coercitividade

A primeira delas é a coerção social, ou seja, a força que os fatos exercem sobre os indivíduos, levando-os a conformarem-se às regras da sociedade em que vivem, independentemente de suas vontades e escolhas. Essa força se manifesta quando o indivíduo adota um determinado idioma, quando se submete a um determinado tipo de formação familiar ou quando está subordinado a determinado código de leis. O grau de coerção dos fatos sociais torna-se evidente pelas sanções a que o indivíduo está sujeito quando contra elas tenta se rebelar. As sanções podem ser legais ou espontâneas⁷. Legais

⁵ Eis aí o esquema de uma explicação funcional da sanção jurídica, tendo em vista o caráter dominante da sociedade, a fase que atravessa. Como a solidariedade mecânica, por ser fundada na simples semelhança dos indivíduos componentes é muito tênue e elementar, a sociedade não tem outro recurso senão punir penalmente, reprimir a conduta condenada por anti-social. Ao contrário, a solidariedade orgânica, fundada na harmonia dos interesses contrapostos dos seres sociais individualizados pelo exercício de funções diferenciadas, é uma solidariedade muito mais efetiva e abarcante, e pode prescindir, em grande parte, da preeminência da sanção meramente penal (repressiva), para dar o primeiro posto à sanção restitutiva, consistente em colocar as coisas nos mesmos termos anteriores à transgressão.

⁶ Os fatos sociais, para Durkheim, devem ser tratados como coisas, e sobre elas deve incidir uma análise objetiva; se apresentam como dados brutos, não qualificados previamente segundo alguma norma ou mesmo segundo algum juízo de valor. O fato jurídico já seria um fato trabalhado a partir de alguma perspectiva, como a normativa.

⁷ Espontâneas seriam as que aflorariam como decorrência de uma conduta não adaptada à estrutura do grupo ou da sociedade à qual o indivíduo pertence; assim, se um industrial utilizasse processo e técnicas ultrapassadas, teria a ruína como resultado inevitável.

são as sanções prescritas pela sociedade, sob a forma de leis, nas quais se identificam a infração e a penalidade subsequente⁸.

2.4.2. Exterioridade

A segunda característica dos fatos sociais é que eles existem e atuam sobre os indivíduos independentemente de sua vontade ou de sua adesão consciente, ou seja, eles são exteriores aos indivíduos. As regras sociais, os costumes, as leis, já existem antes do nascimento das pessoas, são a elas impostos por mecanismos de coerção social, como a educação. Portanto, os fatos sociais são ao mesmo tempo coercitivos e dotados de existência exterior às consciências individuais.

2.4.3 Generalidade

A terceira característica apontada por Durkheim é a generalidade. É social todo fato que é geral, que se repete em todos os indivíduos ou, pelo menos, na maioria deles. Desse modo, os fatos sociais manifestam sua natureza coletiva ou um estado comum ao grupo, como as formas de habitação, de comunicação, os sentimentos e a moral.

3 Max Weber (1864-1920)

3.1 Individualismo metodológico weberiano

Para Weber, a sociologia baseia-se na ação dos indivíduos. O método weberiano parte do indivíduo para chegar à sociedade. A sociologia weberiana é feita por meio de compreensão. O dado estatístico – empírico – precisa ser reelaborado na compreensão do cientista social.

3.2 Tipos ideais de dominação na História

Principalmente na sua grande obra *Economia e Sociedade*, Weber desenvolve suas reflexões sociológicas sobre o Direito. Constata que há três tipos ideais de dominação na História: a dominação tradicional; a carismática e a legal-burocrática.

3.2.1. Dominação tradicional

A dominação tradicional encontra-se principalmente nas sociedades primitivas, na qual o conservadorismo é patente. No feudalismo, pai, filho e neto são sempre

⁸ Durkheim distinguiu as normas morais e as normas jurídicas, a partir da sanção. As normas jurídicas suporiam a sanção jurídica, que é aplicada por intermédio de órgão definido; as normas morais estão sujeitas à sanção moral, que é distribuída pelo corpo social inteiro, de modo indistinto, como a censura da opinião pública.

senhores. A tradição é sagrada. Se foi assim no passado, será assim sempre. Tal modo de dominação é típica de economias pré-capitalistas. As velhas monarquias sustentam-se nesse diapasão. Assim, o tipo de dominação tradicional se dá em virtude de algo que existe há muito tempo. Questões da sociologia dos costumes e da moral são em geral desse tipo. Um de seus modelos correntes é a dominação patriarcal entre senhores e súditos. Como o conteúdo das ordens é regido pela tradição, considera-se impossível criar um novo direito. A sua característica marcante é a fidelidade.

3.2.2. Dominação carismática

A dominação carismática é a mais fulgurante e frágil, porque depende do carisma do líder, da grande personalidade. Ditadores e líderes religiosos perfilam-se nesse tipo de dominação. O carisma se dá em virtude de devoção afetiva por dotes sobrenaturais, na forma de arrebatamento emotivo. Podem ser seus tipos puros: profetas, heróis, grandes demagogos. Há na dominação carismática, um nítido caráter comunitário. Quem manda é o líder, quem obedece é o apóstolo. Falta aqui um preceito racional de competência. Tal dominação baseia-se na crença. É fundamentalmente uma relação social que rompe com o cotidiano – o líder surge. Sua dominação não existia antes, mas agora há. Quando acaba o carisma e o domínio passa ao campo da tradição, torna-se quotidiana.

3.2.3. Dominação legal ou burocrática

Já a dominação legal ou burocrática vai surgindo na Idade Moderna. No mundo moderno, toma vulto a institucionalização do Estado, e ela é a nossa forma típica de dominação até a atualidade. Segundo Weber, trata-se da dominação econômica capitalista. Sua teoria aqui também se assemelha em alguma medida à de Marx. Quem garante o capital é o Estado. O aparelho burocrático respalda a lógica econômica mercantil e impessoal. A dominação legal é sempre em virtude de estatuto, de lei. O burocrata é um homem da forma. O estado funciona ao modo de empresa. A empresa é uma formação burocrática. O funcionário do Estado não é autônomo, ele está submetido a uma cadeia de regras. O Direito, essencialmente, da forma pela qual nós o conhecemos, é um tipo de dominação burocrático-legal. O jurista se legitima pelas normas e leis.

Ao mesmo tempo, e mais importante, tais dominações são tidas por legítimas porque neutralizam suficientemente as indisposições individuais e sociais, de tal sorte que os explorados se reconhecem submetidos e agem a partir de tal condição dominada. Pode-se dizer que, em termos de sociologia do direito, Weber, com sua divisão dos três tipos puros de dominação legítima, constata que as sociedades modernas, capitalistas, estruturadas a partir do Estado, encontram no Direito o seu mais eficaz

meio de dominação.

4 Karl Marx (1818-1883)

4.1 O Estado e o Direito como intermediários da exploração capitalista

O Direito guarda uma posição muito especial no quadro da compreensão sociológica de Marx. Ao contrário de muitos pensadores que tomaram o direito de modo amplo, como se fosse uma manifestação eterna de todas as sociedades, enxergando Direito nas mais variadas manifestações econômicas, ideológicas, políticas e culturais da história, Marx é bem mais profundo no que diz respeito à relação do Direito com a sociedade. Segundo Marx, o Direito, tomado como um fenômeno específico, só se verifica nas sociedades capitalistas⁹. Essa afirmação se faz analisando a história. Em toda a evolução histórica da humanidade, houve diversos modos de produção, cada qual organizando, dominando e oprimindo a sociedade de certa forma específica. Ao olhar para essa longa história dos modos de produção, Marx verifica que somente na dominação de tipo capitalista houve instituições que pudessem ser denominadas de especificamente jurídicas. Claro está que, antes do capitalismo, outras sociedades chamavam a seus arranjos políticos de Direito, mas esse Direito do passado, assim chamado em sentido lato, não tem a mesma estrutura específica do Direito no capitalismo.

Nos modos de produção pré-capitalistas os tipos de dominação social são diretos. No escravagismo, o senhor domina diretamente os escravos, por meio da força bruta; no feudalismo, o senhor domina diretamente seus servos, por meio da propriedade imutável da terra. Mas o domínio capitalista é indireto. Quem procede à intermediação dessa dominação do capital é o Estado e o Direito. Seja na exploração do trabalho assalariado na produção, seja no lucro resultante do comércio, o capitalismo é o único modo de acumulação infinita de capitais. O capitalista pode ter o quanto for, independentemente da sua força física, porque ele se vale da garantia ao capital que advém do Estado e do Direito. O Direito é intermediário dessa exploração. O capitalismo, assim, associa-se sempre a uma forma jurídica, que é o seu meio de intermediação necessário.

No capitalismo, um burguês, ao tomar uma riqueza pagando-lhe um valor no mercado,

⁹ Segundo Marx, na produção social de sua existência, os homens contraem entre si relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a certo grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que lhes determina o ser, mas inversamente, o ser social é que lhes determina a consciência.

estabeleceu um contrato, e essa é uma forma jurídica. O comércio capitalista se faz pelo contrato, portanto, por um instrumento de Direito. O capitalismo, assim, é necessariamente jurídico. Os modos de produção anteriores, não. A exploração de um homem por outro, de um trabalhador por um burguês, é intermediada por um contrato de trabalho. Por meio dele, o trabalhador juridicamente se submete ao burguês porque assinou um contrato de trabalho. O Estado é o garante dessa relação. No capitalismo, pode um burguês ter empreendimentos, lojas, bancos e indústrias nos mais variados lugares, porque o que garante sua propriedade privada e a obediência na exploração do trabalho alheio é o Estado, por meio de seus institutos jurídicos.

É por isso que, de maneira estrita, somente o capitalismo se estrutura em relações de Direito. Os modos de produção anteriores são estruturados na força bruta ou na propriedade exclusivista e tradicionalista da terra. O capitalismo é dinâmico porque seu lastro (base) é o próprio Estado e o seu Direito.

4.2. O Direito como ideologia a serviço da exploração capitalista

Existe uma função suplementar no Direito. Além de sua razão de ser estrutural, que é a de intermediar a exploração capitalista, há uma função suplementar, que é de caráter ideológico. Em termos ideológicos, o Direito dificulta a compreensão da real estrutura social, porque trata das coisas em termos idealistas. O Direito faz com que as injustiças apareçam formalmente desligadas da realidade. Quando o trabalhador vende sua força de trabalho ao capitalista, eles são dois desiguais. Mas o Direito os reputa como iguais, porque ambos são tidos como sujeitos de direito e ambos fizeram um acordo de vontades livremente. A função suplementar do Direito é servir de máscara ideológica ao capitalismo porque, na prática, trata formalmente como iguais os que são efetivamente desiguais.

Essa máscara ideológica faz com que o jurista nem saiba que o Direito está a serviço da exploração. Ele imagina, de fato, que todos são cidadãos, que todos são iguais porque seus votos valem o mesmo que os dos outros etc. O jurista não entende a mera aparência de formalidade que é o Direito. Por isso, para o marxismo¹⁰, para entender a sociedade é preciso quebrar o discurso ideológico do jurista e entender, historicamente, qual o papel estrutural do direito na sociedade capitalista. Assim sendo, no marxismo, o Direito não é tomado como um ente eterno, fora da história. Ele é parte específica da história, dos conflitos e da dominação do capitalismo, e a análise social do Direito

¹⁰ O marxismo é a doutrina dos teóricos do socialismo, os filósofos alemães Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), fundada no materialismo dialético, e que se desenvolveu através das teorias da luta de classes e da elaboração do relacionamento entre o capital e o trabalho, do que resultou a criação da teoria e da tática da revolução proletária.

feita de maneira dialética¹¹ não pode perder de vista essa especificidade. O marxismo confirma-se, assim, como a grande teoria crítica para a sociologia do direito.

5. Referências bibliográficas

COSTA, Maria Cristina Castilho. *Sociologia: introdução à ciência da sociedade*. São Paulo: Moderna, 1987.

HERKENHOFF, João Baptista. *Introdução ao estudo do direito: a partir de perguntas e respostas*. Campinas: Julex, 1987.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de sociologia do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

SCURO NETO, Pedro. *Sociologia geral e jurídica: manual dos cursos de direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹ A dialética, conforme Hegel, é a natureza verdadeira e única da razão e do ser que são identificados um ao outro e se definem segundo o processo racional que procede pela união incessante de contrários – tese e antítese – numa categoria superior, a síntese. Segundo Marx, é o processo de descrição exata do real.

2.2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: OS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS E A CONCREÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS¹

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça

Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa

Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Universidade

Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo,

da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul,

da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e

da Escola Superior do Ministério Público da União

RESUMO: Este texto, ao analisar o princípio da separação dos poderes, afasta-se da concepção teórica do liberalismo clássico, em seus dogmas sedimentados por Locke e Montesquieu, e delimita o papel do Poder Judiciário na concreção dos direitos sociais no contexto de uma sociedade alicerçada na ordem democrática e na dignidade humana. Apresenta como pressupostos: a distinção entre atos administrativos e atos de governo e a exigência positiva de acionar a atuação do Estado na salvaguarda dos direitos a partir dos contornos da realidade concreta

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Separação dos poderes. Direitos sociais. Direitos subjetivos.

ABSTRACT: When the present work deals with the fundamental doctrine of the separation of powers, it departs from the conception of the classic liberal principles established by Locke and Montesquieu, preferring to delimit the function of the judiciary in the concretion of the social rights, in a context of a society produced in a democratic system and in a human dignity status. One presents the following presuppositions: the distinction between the administrative action and the government action and the necessity of the State to function as a safeguard of the rights, considering the concrete reality.

KEY WORDS: State; separation of Powers; Social rights; Subjective rights.

SUMÁRIO: 1. Delimitação do Plano de Estudo. 2. A Constituição como Elemento Polarizador da Separação dos Poderes. 3. Atos administrativos e Atos de Governo. 4. A Legitimidade do Poder Judiciário na Aferição das Omissões Administrativas.

¹ Conforme original do autor.

5. O Regime Jurídico dos Direitos Sociais. 5.1. Direitos Subjetivos. 5.2. Mandados Constitucionais Endereçados ao Legislador. 5.3. Princípios Diretores. 6. A Sindicação Judicial dos Direitos Sociais à Luz do Paradigma Liberal: O Modelo Americano. 7. A Sindicação Judicial e a Efetividade dos Direitos Sociais à Luz do Modelo Social.

1. Delimitação do Plano de Estudo

A separação dos poderes, a exemplo dos demais princípios estruturantes do Estado de Direito, apresenta-se como mecanismo imprescindível à garantia do exercício moderado do poder e à conseqüente contenção do totalitarismo.² De modo semelhante às múltiplas vertentes que pode assumir, todas de indiscutível importância na organização do Estado, são igualmente múltiplas as classificações que pode receber.

É possível adotar um critério científico ou jurídico, que indica as características essenciais das funções atribuídas aos diversos órgãos; um critério técnico-organizativo, que trata da repartição das funções entre os distintos órgãos, buscando assegurar o melhor rendimento das instituições; ou mesmo um critério político, com o fim de garantir a satisfação dos interesses de determinada instância social.³

A análise do princípio unicamente sob o prisma funcional não constituiria óbice a que um mesmo órgão exercesse distintas funções, possibilidade não afastada por Locke, mas, como veremos, combatida por Montesquieu. É preferível, assim, conjugá-la com o sentido orgânico, que busca sistematizar o exercício do poder por distintos órgãos.

Adotando-se uma perspectiva funcional, à função legislativa compete a formação do direito (*rule making*), enquanto que às funções executiva e judicial é atribuída a sua realização (*law enforcement*). No entanto, apesar de ser inegável a constatação de que tanto o Executivo como o Judiciário executam a lei, não nos parece correto falar em bipartição do poder.⁴

² Cf. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*, trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383. Por dizer respeito à forma de ação do Estado, o autor considera a separação dos poderes um princípio formal do Estado de Direito, enquanto as garantias dos direitos fundamentais seriam princípios materiais.

³ Cf. Franco Bassi, *Il Principio della Separazione dei Poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* nº 1/17 (18), 1965.

⁴ Afirmava Berthélemy (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9ª ed., Paris: Rousseau, 1920, pp. 10-12) que o princípio da separação dos poderes não deveria ser entendido no sentido de que existem três poderes, isto porque fazer as leis e executá-las parecem, “em boa lógica”, dois termos entre os quais, ou ao lado dos quais, não há lugar a tomar. O ato de “interpretar a lei em caso de conflito” faz necessariamente parte do ato geral de “fazer executar a lei”, o que torna o Judiciário um ramo do Executivo. Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 365), do mesmo modo, observava que a usual tricotomia “é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre legislativo e legislativo”.

O designativo *poder*, além de indicar o plexo de funções para cuja execução o órgão está finalisticamente voltado, denota uma estrutura organizacional devidamente individualizada, autônoma e que não se encontra hierarquicamente subordinada às demais. Concentrar as funções executiva e judiciária sob a mesma epígrafe poderia comprometer a autonomia que acabamos de realçar, o que, por via reflexa, produziria efeitos sobre a própria independência dos juízes. Preservada a autonomia, o designativo é relegado a plano secundário. Nesse particular, vale lembrar a advertência de Barthélemy e Duez,⁵ ao ressaltarem que o importante é resguardar a independência dos juízes, sendo irrelevante questionar se o Judiciário “*é um poder ou simplesmente uma autoridade do Estado*”, pois “*ele é o que nós o fizermos, ele terá o nome que arbitrariamente nós lhe dermos*”.

Além disso, não é de boa técnica preterir um conceito específico, que melhor designe as peculiaridades e as funções de determinado órgão, por um conceito mais amplo, terminando por enquadrá-lo juntamente com referenciais de análise que ostentem sensíveis diferenças. À função jurisdicional compete velar pela prevalência da norma de direito, atuando nos casos de ameaça ou efetiva violação ou quando a lei o determinar, ainda que não haja violação. Sua intervenção final, ademais, observada a sistemática legal, será definitiva (*final enforcing power*), sendo essa a principal característica que a diferencia da outra função de realização da norma.⁶ Negando-se essa constatação, não haveria porque falarmos, sequer, em funções executiva e legislativa, pois, no fundo, ambas se enquadram na noção mais ampla de exercício da soberania estatal.

No sentido orgânico, a separação dos poderes é analisada sob a perspectiva dos distintos órgãos que exercerão as funções estatais, sendo normalmente referidas as separações horizontal e vertical.

Fala-se em separação horizontal por estarem os diferentes órgãos em posição de igualdade, não sendo divisada qualquer hierarquia ou absorção, somente sendo possível uma relação de dependência entre eles nas hipóteses indicadas na ordem constitucional, o que tem por objetivo estabelecer condicionamentos recíprocos de modo a preservar o equilíbrio institucional e a obstar o surgimento do arbítrio. No sistema brasileiro, os órgãos recebem a denominação de Poder Legislativo, Poder

⁵ *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris: Dalloz, 1926, p. 155.

⁶ Segundo Afonso Queiró (Lições de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra: João Arantes, 1976, pp. 9/84), o ato jurisdicional não só pressupõe, mas é necessariamente direcionado à solução de uma “*questão de direito*” (violação do direito objetivo ou de um direito subjetivo), o que se realizará a partir da identificação da situação de fato. Caso seja buscado um resultado prático distinto da “*paz jurídica*” subjacente à solução da “*questão de direito*”, o ato será administrativo e não jurisdicional. Como anota Paulo Castro Rangel (Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos, Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 274 e ss.), indicando inúmeros precedentes, essa doutrina tem sido prestigiada pelo Tribunal Constitucional português.

Executivo e Poder Judiciário,⁷ o que, como veremos, prestigia a clássica divisão de Montesquieu, sendo esta a nomenclatura que utilizaremos no decorrer da exposição.

Ainda sob a ótica horizontal, também seria possível falar, ao menos teoricamente, em separação “*flexível*” (v.g.: o modelo parlamentar europeu) e em separação “*rígida*” (v.g.: o modelo presidencial americano), o que, respectivamente, corresponderia ou não à capacidade de destruição recíproca do Legislativo e do Governo: com a dissolução da Assembléia ou a censura do Governo.⁸ Esse modelo, evidentemente, apresenta inúmeras nuances quando transposto para a realidade, o que inviabiliza a formação de arquétipos rígidos a seu respeito. De qualquer modo, é inegável que o princípio da separação dos poderes apresentará contornos que variarão conforme os sistemas de organização do poder político: sistemas parlamentar, presidencial e a variante do semi-presidencialismo, que tenderá a se aproximar de um ou outro.

Na linha de evolução do sistema da separação dos poderes, a tradicional confrontação entre Executivo e Legislativo pouco a pouco se apaga e cede lugar às tensões infra-institucionais entre maioria e oposição. Com isto, o dualismo Executivo-Legislativo é substituído por realidades estruturadas em “*bloco de governo*” e em “*bloco de oposição*”, o que importa no deslocamento do foco de análise do plano institucional para o plano partidário.⁹ As inter-relações passam a ser regidas por interesses político-partidários, ensejando a inevitável cisão da unidade institucional e o conseqüente aparecimento de estruturas paralelas, quiçá contrapostas, que influem diretamente nas relações de poder.

Sob a ótica vertical, a separação dos poderes pode ser concebida em duas vertentes: a) nas relações mantidas entre o Estado e os particulares, identificando o alcance do poder de regulação estatal e a esfera remanescente aos particulares; e b) na divisão de competências entre distintas unidades territoriais de poder, o que está associado à forma de Estado adotada (unitário ou federal), sendo múltiplas as vertentes que pode assumir.

⁷ Vide o art. 2º da Constituição de 1988, que, além da divisão tripartite, fala em *harmonia e independência* entre os poderes, consagrando um sistema de colaboração, com mecanismos de controle recíproco. No mesmo sentido, o art. 20, II, nº 2, da Lei Fundamental alemã de 1949. A Constituição espanhola de 1978, nos arts. 117 a 127, prevê a tripartição, mas somente o Judiciário recebeu expressamente a qualificação de *poder*. A Constituição francesa de 1958, diversamente, somente faz menção à *autoridade judiciária*, cabendo ao Presidente da República garantir-lhe a independência (arts. 64 a 66). A Constituição portuguesa, em seu art. 110, fala em órgãos de soberania (Presidente da República, Assembléia da República, Governo e Tribunais), que devem observar a separação e a independência previstas na Constituição (art. 111). Não obstante a literalidade do preceito, são inúmeros os mecanismos de colaboração (v.g.: a promulgação das leis pelo Presidente da República – art. 134, b; a autorização da Assembléia da República como requisito à declaração de guerra pelo Presidente – art. 161, m; a eleição, pela Assembléia, de juizes do Tribunal Constitucional – art. 163, i; etc.).

⁸ Cf. Luis Favoreau *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, *op. cit.*, p. 339.

⁹ Cf. Luis Favoreau *et alii*, *Droit Constitutionnel ...*, *op. cit.*, p. 338.

A separação de poderes entre o Estado e os particulares ou, melhor dizendo, a repartição e a conseqüente limitação das esferas de atuação, pressupõe o exercício do poder de regulação do Estado, o que definirá a esfera e o respectivo alcance da atividade estatal, bem como a margem de liberdade deixada ao particular. Se o particular não exerce propriamente um “*poder*”, é inegável a sua aptidão para adotar determinados comportamentos passíveis de alterar a realidade fenomênica. Concebida essa esfera de atuação como um todo unitário, é possível que o Estado delimite, ante a natureza da atividade ou por mera opção política, uma área de atuação exclusiva, concorrente ou mesmo subsidiária. Essa esfera, como afirma Zippelius,¹⁰ variará conforme se prestigie uma maior margem de regulação ou uma maior autonomia individual, o que, utilizando-se os princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, deve ser sopesado à luz dos direitos fundamentais. A exemplo das restrições à esfera individual, também as prestações do Estado, como afirma Zippelius,¹¹ devem ser reservadas às situações “*em que a auto-regulação e a auto-sustentação, privada ou corporativa, não funcionam tão bem ou melhor*”, o que indica a subsidiariedade dessa intervenção.

No Estado unitário, tanto pode ser divisada a concentração dos poderes numa unidade central abrangente de todo o território, como podem existir descentralizações. São espécies desse gênero: a) o Estado regional, em que a Constituição assegura uma real autonomia normativa às coletividades regionais (v.g.: Espanha e Itália), o que em muito o aproxima do Estado Federal; e b) o Estado descentralizado, no qual, em menor medida, são distribuídas determinadas competências a unidades territoriais menores. No Estado composto, ao revés, coexistem múltiplas esferas de poder.

No Estado federal - que pode ser perfeito (também denominado de funcional ou por associação) ou imperfeito (por dissociação),¹² conforme resulte da união de Estados soberanos (v.g.: o modelo americano) ou da divisão de um Estado unitário em parcelas menores, que continuam unidas ao todo mas que passam a exercer determinados poderes políticos (v.g.: os modelos brasileiro, belga e austríaco) – os poderes são exercidos, consoante a disciplina traçada na Constituição, pela Federação e pelos Estados. Os poderes outorgados às unidades federadas tanto podem alcançar as distintas funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) como restringir-se a algumas delas (v.g.: os *Länder* na Áustria¹³ e os Municípios no Brasil, unidades federadas que somente possuem os Poderes Executivo e Legislativo).

¹⁰ Reinhold Zippelius, *op. cit.*, pp. 402/403.

¹¹ *Op. cit.*, p. 403.

¹² Luis Favoreau *et alii* (*Droit Constitutionnel ...*, *op. cit.*, p. 381) falam em Estado federal por associação ou por dissociação. Pablo Lucas Murillo de la Cueva [*El Poder Judicial en el Estado Autônomo*, in *Teoría y Realidad Constitucional* nº 5, p. 89 (100), 2000], por sua vez, o divide em integral (perfeito) e funcional (imperfeito), incluindo a Espanha, apesar da ausência de qualificação formal, na última categoria.

¹³ Cf. Jaume Vernet I Llobet, *El sistema federal austríaco*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 116.

E ainda, como ressalta Zippelius,¹⁴ o estudo da separação e do equilíbrio entre os poderes, longe de manter-se adstrito ao modelo de organização estatal, também avança em direção a múltiplos domínios, o que, a nível interno do Estado, importa na tentativa de manter o equilíbrio entre as forças sociais – em especial o poder das associações e dos meios de comunicação de massa – e, a nível internacional, na prevenção contra hegemonias. Mostra-se igualmente relevante, em especial no Continente Europeu, uma classificação que sistematize o exercício de competências derivadas da Constituição por instituições ou organizações internacionais.¹⁵

O princípio da separação dos poderes, como se constata, tem dimensões amplas. Por essa razão, delimitaremos o plano de estudo ao papel desempenhado pelo Judiciário na concreção dos denominados direitos sociais, o que costuma ensejar discussões sobre a possível tensão com a separação dos poderes. As conhecidas dimensões ou gerações de direitos fundamentais podem ser reduzidas, quanto à postura a ser assumida pelo Estado, em duas categorias. A primeira assume uma feição negativa, limitando ou mesmo vedando a atuação do Estado numa esfera jurídica assegurada ao indivíduo. A segunda categoria, por sua vez, costuma refletir um aspecto positivo, exigindo a atuação do Estado para que os direitos possam transpor o plano ideológico-normativo e alcançar a realidade.

Essa classificação, é importante observar, não pode ser exatamente superposta às diferentes gerações de direitos fundamentais, sendo plenamente factível a necessidade de um atuar positivo do Estado para a garantia das liberdades individuais (v.g.: na manutenção de estruturas jurisdicionais que façam cessar qualquer restrição ilícita à liberdade) ou mesmo uma abstenção para o regular exercício dos direitos sociais (v.g.: na garantia do direito de greve).¹⁶ No entanto, é indiscutível que a preservação das liberdades individuais exige um comportamento essencialmente negativo, enquanto que, em relação aos direitos sociais, a preeminência é do atuar positivo.¹⁷ É justamente a essa última vertente que direcionaremos nossa análise.

Na perspectiva de estudo adotada, o Poder Judiciário é contextualizado numa forma de governo democrática, estruturada a partir das relações políticas mantidas entre governantes e governados, do que resulta um lineamento político-constitucional essencialmente distinto daquele que receberia em outros regimes (v.g.: num governo despótico).

¹⁴ *Op. cit.*, p. 401.

¹⁵ Cf. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *op. cit.*, pp. 91/92.

¹⁶ Cf. Walter Schmidt, *I Diritti Fondamentali Sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n° 3/785 (802), 1981.

¹⁷ Cf. A. E. Dick Howard, *La protection des droits sociaux en droit constitutionnel américain*, in *Revue Française de Science Politique* vol. 40, n° 2, p. 173, 1990.

A identificação dos limites e das potencialidades do Poder Judiciário na concreção dos direitos sociais deve ser impregnada de uma visão prospectiva, distanciando-se dos dogmas sedimentados pelas clássicas teorias de Locke¹⁸ e de Montesquieu,¹⁹ desenvolvidas sob a égide do liberalismo clássico, na medida do necessário à compreensão das relações institucionais travadas num Estado Social.²⁰ À delimitação material da esfera de atuação judicial contribui a distinção entre atos administrativos e atos de governo e, sob o prisma da legitimação democrática, assume especial importância o papel desempenhado pela ordem constitucional. Além disso, o referencial desloca-se da *potestate* e alcança a pessoa, epicentro do Estado Social e Democrático de Direito, com o que se almeja demonstrar a necessidade de serem redimensionadas concepções sedimentadas em momento histórico diverso.

2. A Constituição como Elemento Polarizador da Separação dos Poderes

A denominada *constituição moderna*, isto para utilizarmos a expressão de Gomes Canotilho,²¹ é caracterizada como um documento escrito, que traça a ordenação sistêmica e racional da comunidade política, assegurando um conjunto de direitos fundamentais e estabelecendo diretrizes e limites ao exercício do poder político.

Face à sua estrita correlação com o poder político, a Constituição não pode ser vista e analisada como um corpo *asséptico*, distante e indiferente às estruturas ideológicas presentes na ordem social. O poder político reflete as ideologias existentes e a Constituição o limita e direciona, o que enseja uma interpenetração entre as diferentes ordens. Assim, é inevitável a influência dos influxos ideológicos na ordem constitucional, o que permitiria falar, segundo Howard,²² em constituições socialistas, refletindo os princípios marxistas-leninistas; em

¹⁸ *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, §§ 143-148.

¹⁹ *De L'Ésprit des Lois*, obra publicada em 1748, Livro XI, Capítulo VI.

²⁰ Tanto Locke como Montesquieu dispensaram uma importância secundária ao Poder Judiciário. Locke sequer concebeu um poder autônomo, integrando a função de julgar num espectro mais amplo: o de executar a lei. Quanto a Montesquieu, apesar de prestigiar a existência de um poder autônomo encarregado da função jurisdicional, apressava-se em realçar a necessidade de que o Poder Judiciário se mantivesse adstrito à “*letra da lei*”. As doutrinas de Locke e Montesquieu bem demonstram que o alicerce teórico da separação dos poderes, caso estudado na pureza de suas linhas estruturais, não mais se coaduna às profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder. A começar pela própria produção normativa, que, numa fase pós-positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, o que, como veremos, em muito enfraqueceu a *senhoria normativa* do Poder Legislativo, pulverizando-a entre os demais poderes. Nesse particular, foram profundas as modificações operadas no Poder Judiciário. Se Locke sequer reconhecia a sua individualidade e Montesquieu o confinava à “*letra da lei*”, é difícil negar a superação desse quadro ao se constatar que, hodiernamente, cabe ao Judiciário, em última instância e em caráter definitivo, densificar o conteúdo dos princípios jurídicos e, à luz do caso concreto, submetê-los a operações de ponderação.

²¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 52.

²² *Op. cit.*, p. 190.

constituições liberais, que realçam as teorias individualistas; e em constituições mistas, nas quais a interseção de direitos positivos e negativos é mais acentuada.

Em sociedades pluralistas, *locus* adequado ao pleno desenvolvimento da democracia, a Constituição tende a refletir, consoante a aceitabilidade de cada qual, as convergências e as divergências existentes entre as distintas forças políticas e sociais: daí se falar em *Constituição compromissória*, produto do “pacto” estabelecido entre referidas forças.²³

Além de presentes em sua formação, as diferentes ideologias sociais também se refletirão na interpretação da Constituição, pois, tendo ela uma estrutura que congrega normas de natureza preceitual e principiológica, os valores sociais que corporificam o conteúdo de seus princípios e direcionam a aplicação de suas regras lhe conferem uma textura eminentemente aberta,²⁴ possibilitando uma contínua adequação às forças políticas e sociais.

Por ser inevitável a influência de inúmeras variantes ideológicas em sua formação e interpretação, deve a Constituição, sem prejuízo de sua unidade sistêmica, ser aplicada de modo a potencializar suas normas e a alcançar os distintos fins visados. Relegando a plano secundário as diferentes “individualidades” que compõem o figurino constitucional, correr-se-á o risco de prestigiar determinados valores em detrimento de outros dotados de igual legitimidade. Interpretar os direitos sociais à luz do pensamento liberal oitocentista poderá gerar iniquidades somente comparáveis à tentativa de preservação das liberdades individuais a partir da ideologia marxista-leninista.

Não se sustenta, é evidente, o isolamento das normas constitucionais em compartimentos estanques, destituídos de qualquer influência recíproca. Fosse assim, não se poderia falar em unidade ou mesmo em ordem constitucional. O que se afirma, em verdade, é que a interpretação da norma constitucional exige sejam devidamente sopesados os influxos ideológicos nela diretamente refletidos e, somente num segundo momento, deve ser a norma compatibilizada com os demais influxos recepcionados pela Constituição. Com isto, preserva-se a essência da *Constituição compromissória*, evitando que o pluralismo de forças termine por ser desvirtuado e anulado, bem como assegura-se a manutenção da harmonia entre elas, prestigiando as opções fundamentais do Constituinte e o princípio da unidade constitucional.

²³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, *op. cit.*, pp. 218/219.

²⁴ Sobre a Constituição aberta, inclusive com ampla indicação bibliográfica, vide Carlos Roberto Siqueira de Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 15/130.

Especificamente em relação à preservação do interesse social, pode-se dizer, de forma simplista, que a interpretação de suas potencialidades deve ser devidamente compatibilizada com os influxos liberais igualmente prestigiados pela ordem constitucional. Ainda que à propriedade seja assegurada uma função social, não pode o seu titular, sem qualquer compensação, ser dela integralmente privado; sendo prevista a prisão unicamente como sanção, não como meio de coerção processual, não se pode restringir a liberdade de um indivíduo para compeli-lo à prática de determinado ato de interesse coletivo; etc.

A interpretação do princípio da separação dos poderes, como não poderia deixar de ser, não configura exceção à proposição já enunciada. Se é certo que a preservação das liberdades individuais, em linhas gerais, pressupõe uma atitude abstencionista do Poder Público, o que direciona a atuação dos órgãos jurisdicionais a essa ótica de análise, não menos certo é que os direitos sociais normalmente pressupõem um atuar positivo, o que, em sendo necessário, exigirá uma atuação diferenciada dos referidos órgãos. O que se mostra inconcebível é transpor parâmetros de tutela e paradigmas de convivência institucional essencialmente voltados à preservação da liberdade para um campo em que se mostra essencial um *facere* estatal.

Cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializaram, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes. A contemplação de um extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais ou mesmo a exigência de preservação da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe o fornecimento de um rol mínimo de prestações, indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios reitores do sistema, como o da separação dos poderes.

A fórmula Estado Social e Democrático de Direito indica claramente a imperativa observância de determinados padrões de conduta, quer sejam omissivos, quer sejam comissivos, daí se falar em *Estado de Direito*; a necessária participação popular no exercício do poder político, com a conseqüente aceitação das normas dela derivadas, o que justifica o designativo *Estado Democrático*; e, *the last but not the least*, a integração dos órgãos de poder com o objetivo de assegurar o progresso social e uma existência digna, tendo em vista a consecução do bem-comum,²⁵ perspectiva que delineia os contornos do *Estado Social*.

A sindicância dos atos e das omissões da Administração assumirá uma perspectiva diferente daquela formada por influência do liberalismo, cujo objetivo principal era

²⁵ Nas palavras de Aristóteles (A Política, tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 53), “*não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado...*”.

obstar o avanço sobre esferas resguardadas ao indivíduo. Em se tratando de direitos sociais, a Administração deve penetrar em determinadas áreas essenciais ao indivíduo e realizar as prestações necessárias à sua concretização, o que exigirá uma ótica de análise distinta, essencialmente voltada à aferição das omissões administrativas. Essa constatação permite concluir que as inter-relações mantidas entre os Poderes Executivo e Judiciário não devem ser concebidas numa linearidade indiferente aos influxos ideológicos que exijam um *facere* ou um *non facere* estatal. Com isso, será possível descortinar, na própria Constituição, a legitimidade do Poder Judiciário na aferição de comportamentos aparentemente envoltos no outrora inexpugnável manto da discricionariedade administrativa.

3. Atos administrativos e Atos de Governo

Sustentando-se a possibilidade de sindicância das omissões da Administração na implementação dos direitos prestacionais, torna-se necessário delimitar, com a maior exatidão possível, a esfera reservada ao exercício do poder político, seara caracterizada pela liberdade valorativa e, em regra, de reduzida sindicabilidade. Relegando esse imperativo a plano secundário ou não sendo ele executado a contento, será inevitável o choque entre concepções que, não obstante derivadas do Direito, recebem seus influxos de modo nitidamente variável: é essa a tensão que se manifesta entre órgãos jurisdicionais e órgãos políticos ao interpretarem a norma. Como lembra Guettier,²⁶ é justamente a singularidade dessa situação que explica uma atitude de reserva dos juizes ao definirem a extensão de seu controle sobre atos emanados de órgãos políticos.

Os atos políticos, na concepção aqui tratada, são atos de conteúdo não-normativo da função política, regidos pela Constituição e que só podem ser corretamente entendidos na perspectiva do sistema de governo e das relações entre os seus respectivos órgãos.²⁷ São instrumentos pelos quais se explicam as funções de direção, de governo e de controle do Estado, do que são exemplos a declaração de guerra e a convocação do Parlamento.²⁸

A delimitação do controle a ser exercido pelos juizes pressupõe a compreensão da dicotomia entre atos de governo e atos administrativos: os primeiros, como manifestação do poder político, sofreriam um controle restrito; os segundos, por derivarem de uma atividade essencialmente circunscrita aos contornos da legalidade, em regra, estariam sujeitos a um controle amplo – a exceção, por sua vez, derivaria

²⁶ *Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République, in Les 40 ans de la V^e République, Revue du Droit Public* nº 5/6, p. 1719 (1721), 1998.

²⁷ Cf. Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, apontamentos de lições, Lisboa, 1986, pp. 299 e ss..

²⁸ Cf. Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova: CEDAM, 1991, p. 243.

da margem de liberdade inerente à noção de poder discricionário,²⁹ o que enseja, igualmente, um controle restrito.

Os atos de governo, face à sua própria natureza, estarão sujeitos, em maior intensidade, a um controle de ordem política, a ser realizado pelo Parlamento (v.g.: com o mecanismo do *impeachment*), pelo povo (v.g.: por ocasião das eleições) ou mesmo por órgãos com competência nitidamente jurisdicional. Na França, as nomeações para cargos civis e militares do Estado - previstas no art. 13, nº 2, da Constituição como de competência do Presidente da República, com a aquiescência do Primeiro Ministro –, outrora puramente discricionárias, pois dotadas de um acentuado cunho político, têm sido objeto de controle pelo Conselho de Estado sob a ótica do “*erreur manifeste d’appréciation*”. Nesses casos, verifica-se a própria adequação das aptidões do indivíduo ao posto a ser ocupado ou à tarefa a ser cumprida.³⁰

Guettier,³¹ após ressaltar o perigo de se deixar que atos fundados em “*raison d’État*” escapem a qualquer controle, lembra que a jurisprudência administrativa francesa tem evoluído no sentido de restringir, progressivamente, o domínio dos atos de governo. De qualquer modo, a impossibilidade de sindicacão ainda é prestigiada no quadro das relações entre o Executivo e os demais poderes e nas relações internacionais. Consoante a jurisprudência do Conselho de Estado, à luz da Constituição francesa, são exemplos de atos insindicaíveis: a nomeação do Primeiro Ministro (art. 8, al. 1^{er}), a submissão de projetos de lei a referendo (art. 11), o decreto de dissolução da Assembléia Nacional (art. 12), as mensagens presidenciais ao Parlamento (art. 18), a

²⁹ O poder discricionário reflete-se no exercício de uma atividade valorativa que culminará com a escolha, dentre dois ou mais comportamentos possíveis, daquele que se mostre mais consentâneo com o caso concreto e a satisfação do interesse público. Para tanto, deve a autoridade proceder à “*ponderação comparativa dos vários interesses secundários* (públicos, coletivos ou privados), *em vista a um interesse primário*”, sendo esta a essência da discricionariedade (Cf. Massimo Severo Gianini, *Diritto Amministrativo*, vol. 2º, 3ª ed., Milano: D. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 49). Como discricionariedade não guarda similitude com arbitrariedade, a atividade administrativa deve adequar-se à noção de juridicidade, que integra as regras e os princípios regentes da atividade estatal, importando numa filtragem da esfera de liberdade assegurada ao agente, remanescendo uma área restrita não sujeita à sindicacão judicial. Essa área restrita, tradicionalmente denominada de mérito administrativo, indica a oportunidade do ato (*rectius*: o juízo valorativo resultante da ponderação dos interesses envolvidos), não seguindo parâmetros estritamente jurídicos (v.g.: o objetivo de boa administração - Cf. Pietro Virga, *Diritto Amministrativo*, vol. 2, 5ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 8, p. 11; Franco Bassi, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 68; e Diana-Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 149), o que justifica a sua inclusão numa esfera residual reservada à Administração.

³⁰ Conselho de Estado, *Association générale des administrateurs civils et autres c/ Dupavillon*, j. em 16/12/1988, *Leb.*, p. 450, tendo sido reconhecida a adequação; e *Bleton et autres c/ Sarazin*, j. em 16/12/1988, *Leb.*, p. 451, decisão que declarou a ausência do perfil de carreira (*apud* Christophe Guettier, *Le contrôle juridictionnel*..., p. 1744).

³¹ *Le contrôle juridictionnel*..., pp. 1722/1723.

nomeação de três membros do Conselho Constitucional, assim como do Presidente, e a provocação do Conselho (arts. 54, 56 e 61).³²

A liberdade característica dos atos de governo, por estar inserida num sistema unitário e teleologicamente voltado à consecução do bem comum, recebe temperamentos da ordem constitucional, que limita e condiciona o seu exercício. Nesse particular, merecem especial realce as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, que surgem como parâmetros de controle do poder discricionário da Administração, com a conseqüente invalidade dos atos que deles destoem.³³ O espectro de liberdade, ademais, sofre sensíveis alterações, que variarão consoante o grau de densidade das normas de patamar superior nas quais se assente o ato. É inequívoco que uma norma constitucional meramente programática (v.g.: o Estado zelará pelo bem-estar das crianças) deixa uma ampla liberdade de conformação ao Legislativo e ao Executivo. Em razão inversa, nos parece igualmente inequívoco que a previsão constitucional de atuação prioritária em determinada área (v.g.: na proteção das crianças), acrescida de uma disciplina infraconstitucional definidora das medidas a serem adotadas (v.g.: prestação do ensino), em muito reduz a margem de liberdade do Executivo.

Ainda que a Constituição e o legislador infraconstitucional, como é normal, disponham sobre inúmeras outras atribuições correlatas do Executivo, sem definir o momento em que cada uma delas deva ser implementada, não se mostra ampla e irrestrita a sua liberdade de “*opção política*”. Com efeito, a ausência de um indicador temporal específico pode ser substituída, com vantagem, pela imposição de tratamento prioritário à matéria, o que conferirá um caráter residual à referida liberdade, que somente ressurgirá, em relação às atribuições correlatas, após o atendimento daquela considerada prioritária. Inexistindo previsão como essa, os contornos da liberdade se tornarão mais fluidos, porém, não fluidos o suficiente a ponto de inviabilizar todo e qualquer controle.

Em qualquer Estado democrático, é o indivíduo que ocupa o epicentro da ordem jurídica, erigindo-se como razão de ser e fim último de toda e qualquer atividade estatal. Esse *status*, normalmente indicado com o imperativo respeito à dignidade da

³² *Le contrôle juridictionnel...*, pp. 1723/1724. Ainda segundo o autor, na ordem internacional são insindicaíveis os atos do Executivo cuja natureza administrativa não possa ser reconhecida (as decisões tomadas pelo Presidente da República como “*prince des Vallées d'Andorre*” – Conselho de Estado, *Société Le Nickel*, j. em 1º/12/1993, *Leb.*, p. 1132) e os atos praticados na condução das relações diplomáticas da França (a criação de uma zona de segurança e a suspensão da navegação marítima no mar territorial de um atol da Polinésia – Conselho de Estado, *Paris de Bollardiére et autres*, j. em 11/07/1975, *Leb.*, p. 423; e a decisão de retomar uma série de ensaios nucleares interrompidos – Conselho de Estado, *Association Greenpeace France*, j. em 29/09/1995, *Leb.*, p. 347).

³³ Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 315; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, *op. cit.*, p. 446.

pessoa humana ou com a previsão constitucional de um extenso rol de direitos, bem demonstra que qualquer ato político deve ser praticado de modo a não macular o seu conteúdo mínimo.

Ao sopesar os distintos atos materiais passíveis de serem praticados, deve o Executivo realizar a análise dos valores envolvidos e identificar aqueles que, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, possuam maior peso. Tal operação, que redundará numa opção essencialmente política, em rigor, será insindicável. No entanto, demonstrando-se que valores essenciais à dignidade da pessoa humana foram preteridos por outros de peso nitidamente inferior, a opção se mostrará destoante da Constituição e, *ipso iure*, inválida (v.g.: não será legítima a opção pela contínua alteração das cores de uma escola em detrimento do pagamento dos professores ou da aquisição de alimentos para os alunos carentes). Não obstante a plasticidade dessa afirmação, é evidente a dificuldade encontrada na exata delimitação daquilo que se deve entender por dignidade da pessoa humana. Apesar disso, serão identificadas com relativa facilidade zonas de certeza positiva e zonas de certeza negativa, indicando, respectivamente, a observância ou a inobservância dos padrões de dignidade. A esfera de liberdade, assim, ficará restrita a uma zona intermédia, impregnada por intenso subjetivismo e insuscetível de controle judicial.

Ultrapassada a esfera de liberdade, não se poderá falar em indébita intromissão do Poder Judiciário em atividade desenvolvida por outro poder. Como observa Cristina Queiroz,³⁴ “*existem conflitos puramente políticos, insuscetíveis de conformação-subsunção normativa e, por outro, conflitos políticos em que apesar de tudo essa conformação é possível, pelo que se encontram sujeitos a um ‘direito judicial de controle’*”. O princípio da separação dos poderes, como dissemos, é polarizado pela Constituição e pelos valores nela consagrados, possuindo a flexibilidade necessária para assegurar a preeminência da dignidade da pessoa humana.

4. A Legitimidade do Poder Judiciário na Aferição das Omissões Administrativas

Em um primeiro plano, deve-se ressaltar que a *ratio* do controle exercido pelo Poder Judiciário, longe de buscar a sedimentação de uma superioridade hierárquica no plano institucional ou a frívola ingerência em seara inerente ao Executivo, é a de velar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Dessa forma, não se identificará um juízo censório ou punitivo à atividade desenvolvida por outro poder, mas, sim, uma relevante aplicação do sistema de “*freios e contrapesos*”, inerente ao regime democrático e cujo desiderato final é garantir o bem-estar da coletividade.

³⁴ Os Actos Políticos no Estado de Direito - O Problema do Controle Jurídico do Poder, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 217.

Esse controle, no entanto, provocará uma inevitável tensão entre dois valores indispensáveis ao correto funcionamento do sistema constitucional: o primeiro indica que o poder de decisão numa democracia deve pertencer aos eleitos - cuja responsabilidade pode ser perquirida - e, o segundo, a existência de um meio que permita a supremacia da Constituição mesmo quando maiorias ocasionais, refletidas no Executivo ou no Legislativo, se oponham a ela.³⁵ Uma forma de harmonizar os dois aspectos dessa dialética é a contemplação dos direitos sociais na própria Constituição, o que, retirando um irrestrito poder de decisão das maiorias democráticas, permite aos juízes decidir se tais direitos devem ser reconhecidos.³⁶

É importante observar que o equilíbrio propiciado pela separação dos poderes, de indiscutível importância na salvaguarda dos indivíduos face ao absolutismo dos governantes, também contém os excessos da própria democracia. O absolutismo ou mesmo o paulatino distanciamento das opções políticas fundamentais fixadas pelo Constituinte pode igualmente derivar das maiorias ocasionais, as quais, à mingua de mecanismos eficazes de controle, podem solapar as minorias e comprometer o próprio pluralismo democrático. Por tal razão, não se deve intitular uma decisão judicial de antidemocrática pelo simples fato de ser identificada uma dissonância quanto à postura assumida por aqueles que exercem a representatividade popular. Não se afirma, é certo, que a democracia seja algo estático, indiferente às contínuas mutações sociais. No entanto, ainda que a vontade popular esteja sujeita a contínuas alterações, o que resulta de sua permanente adequação aos influxos sociais, refletindo-se nos agentes que exercem a representatividade popular, ela deve manter-se adstrita aos contornos traçados na Constituição, elemento fundante de toda a organização política e que condiciona o próprio exercício do poder.

Não merece acolhida, inclusive, a tese de uma possível supremacia do Judiciário em relação aos demais poderes. As suas vocações de mantenedor da “*paz institucional*” e de garantidor da preeminência do sistema jurídico assumem especial importância no Estado Social moderno, no qual aumenta a importância do Estado em relação ao indivíduo, com a correlata dependência deste para com aquele, exigindo do Judiciário o controle dessa relação.³⁷

³⁵ Cf. Howard, *op. cit.*, p. 188.

³⁶ Cf. Howard, *op. cit.*, p. 190. Acrescenta o autor que as questões éticas e sociais da vida moderna permitem concluir que o desrespeito a uma certa justiça social fará com que outros direitos, como o direito de voto, a liberdade de expressão e a liberdade de consciência, se tornem “*casacas vazias*”.

³⁷ Cf. Otto Bachof, *op. cit.*, p. 58. Segundo o autor, o próprio controle, ao reconhecer a atuação em harmonia com o Direito, fortalecerá a autoridade dos demais poderes (p. 59).

Robert Alexy,³⁸ embora discorrendo sobre a competência do Tribunal Constitucional, profere lição que em muito contribui para a elucidação da tensão dialética acima enunciada. Segundo ele, “*a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão*”. Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo, é necessário compreender “*não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo*”. Essa representação, no entanto, se manifesta de modo distinto: “*o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente*”, o que permite concluir que este, ao representar o povo, o faz de forma “*mais idealística*” que aquele. Ao final, realça que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das maiorias, da preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências, o que permite concluir que “*um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos*”. A lição do mestre germânico pode ser transposta, sem hesitação, às relações entre o Judiciário e o Executivo, pois também este deve atuar em harmonia com a ordem constitucional, limite incontornável traçado pelo Constituinte, cabendo ao Judiciário assegurar que tal ocorra.

Conferindo-se à Constituição a condição de elemento polarizador das relações entre os poderes, torna-se evidente que os mecanismos de equilíbrio por ela estabelecidos não podem ser intitulados de antidemocráticos. Além disso, a ausência de responsabilidade política dos membros do Poder Judiciário não tem o condão criar um *apartheid* em relação à vontade popular. Na linha de Bachof, o juiz não é menos órgão do povo que os demais, pois, mais importante que a condição de mandatário do povo é a função desempenhada “*em nome do povo*”,³⁹ aqui residindo a força legitimante da Constituição. Essa fórmula, aliás, mereceu consagração expressa no art. 202, nº 1, da Constituição portuguesa: “*os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*”.⁴⁰

Com o evoluir do Estado Social de Direito, o Poder Judiciário passa por modificações que em muito o distanciam do modelo teórico inicialmente idealizado para a separação dos poderes: zela pela adstrição das funções executiva e legislativa à lei e ao Direito, inclusive com o salvaguarda da supremacia da Constituição em alguns sistemas; é potencializada sua função institucional de apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas, adotando as providências pertinentes ao caso; e assegura a proteção dos direitos fundamentais, que ultrapassam a vertente essencialmente abstencionista, característica das liberdades individuais, e alcançam os direitos econômicos, sociais e

³⁸ Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, trad. de Luiz Afonso Heck, in RDA nº 217/66, 1999.

³⁹ *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ No mesmo sentido: art. 101 da Constituição italiana.

culturais, que pressupõem um atuar positivo por parte do Estado.

Releva observar que o Poder Judiciário, em sua atividade de realização do Direito, a partir da valoração da situação fática e do regramento posto pelo Legislativo, será responsável pela confecção da regra que regerá o caso concreto. Nesse particular, é visível o aperfeiçoamento da doutrina positivista clássica, na qual o comando normativo era exaurido pelo legislador, após sopesar a realidade fenomênica, cabendo ao intérprete, unicamente, a realização de uma operação de subsunção, sendo ínfima a liberdade de conformação, ainda que direcionada ao caso concreto.⁴¹ Atualmente, raras são as vozes que se insurgem contra a imprescindibilidade da atividade do intérprete no papel de agente densificador do conteúdo normativo editado pelo legislador, *maxime* com a intensificação do uso de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que somente serão passíveis de individualização com a identificação dos valores que lhes são subjacentes.

5. O Regime Jurídico dos Direitos Sociais

O reconhecimento de direitos sociais, como o direito ao trabalho e à ajuda social, ambos centrados na noção de solidariedade social, somente começou a se generalizar nas primeiras Constituições do século XX, do que são exemplos a Constituição mexicana de 1917, a soviética de 1918 e a alemã de 1919.⁴² Não obstante as flagrantes limitações de ordem econômica, é verificada a intensificação da intervenção estatal e o alargamento do seu âmbito de incidência a partir da Segunda Guerra Mundial, daí se falar em Estado Providência.⁴³

⁴¹ Como observa Bachof (*op. cit.*, p. 24), mesmo sob a égide do positivismo clássico, sempre se reconheceu ao juiz um papel importante na criação do direito, nunca tendo correspondido à conhecida concepção de Montesquieu, que o restringia à atividade de mera subsunção.

⁴² É relevante observar que Marx (*Die Klassenkämpfe in Frankreich*, in Marx/Angels, *Ausgewählte Schriften*, Ost-Berlin, 1953, I, p. 153 e ss), em 1848, demonstrava o seu total despreço pelos direitos sociais: “o direito ao trabalho - no sentido burguês - é um contrasenso, um voto piedoso e miserável, pois atrás do direito ao trabalho se ergue o poder sobre o capital, atrás do poder sobre o capital a apropriação dos meios de produção, com a submissão da classe trabalhadora...” [apud Albrecht Weber, *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue de Droit Constitutionnel* nº 24/677, (678) 1995].

⁴³ Sobre os motivos da crise do Estado Providência, Jorge Pereira da Silva [Proteção constitucional dos direitos sociais e reforma do Estado Providência, in *A Reforma do Estado em Portugal*, Problemas e Perspectivas, organizado pela Associação Portuguesa de Ciência Política, Lisboa: Editorial Bizâncio, p. 537 (538), 2001] aponta três vertentes: vertente financeira, relacionada ao aumento da despesa pública, que supera o produto nacional e obriga ao aumento dos impostos; vertente de eficácia, derivada da complexidade do aparato estatal e do desperdício de recursos públicos, importando na impossibilidade de atender com rapidez à constante demanda; e vertente da legitimidade, que resulta da conjugação das duas anteriores e denota uma desconfiança dos cidadãos ante a insuficiência e a má-qualidade das prestações oferecidas.

Os direitos sociais, longe de interditar uma atividade do Estado, a pressupõem. Indicam, em regra, a necessidade de intervenção estatal visando ao fornecimento de certos bens essenciais, que poderiam ser obtidos pelo indivíduo, junto a particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e encontrasse uma oferta adequada no mercado.⁴⁴ Esses direitos devem ser moldados consoante critérios de subsidiariedade, somente se justificando a prestação estatal no caso de as circunstâncias inviabilizarem a sua obtenção direta pelo beneficiário em potencial.

Segundo Weber,⁴⁵ a expressão direitos sociais, que é eminentemente ambígua, permite o seu enquadramento como *direitos subjetivos*, *mandados constitucionais endereçados ao legislador* ou *princípios diretores*, classificação que deve atentar para a essência das normas, não para o designativo que lhes seja arbitrariamente atribuído.⁴⁶ Principiando pelos direitos subjetivos, essa classificação indica uma escala nitidamente decrescente em termos de densidade normativa e de potencial exigibilidade.

5.1. Direitos Subjetivos

Os direitos sociais, na medida em que a estrutura normativa o permita, podem assumir o contorno de direitos subjetivos (v.g.: o direito à liberdade de associação sindical, assegurado aos trabalhadores nas Constituições brasileira e portuguesa), gerando obrigações concretas para a sociedade e para o Estado (v.g.: a retribuição do trabalho, sendo vedado o escravismo).

A característica de norma “*self-executing*” é normalmente reservada aos direitos sociais que impõem obrigações negativas ao Estado, não estando estritamente correlacionados ao dispêndio de recursos públicos para a sua implementação. Quanto aos direitos cuja implementação pressuponha, como *conditio sine qua non*, a

⁴⁴ Cf. Robert Alexy, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁵ Cf. Albrecht Weber, *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue de Droit Constitutionnel* nº 24/677, (680) 1995.

⁴⁶ Gomes Canotilho [Direito Constitucional ..., *op. cit.*, pp.474/476; e Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, p. 35 (37/38), Coimbra: Editora Coimbra, 2004], após realçar que a “*técnica de positivação*” dos denominados “*direitos a prestações*” constitui uma “*eleição racional*” de “*enunciados semânticos*”, enumera as seguintes possibilidades de positivação jurídico-constitucional dos direitos sociais: a) *normas programáticas*, definidoras de tarefas e fins do Estado, mas que podem ser trazidas à colação no momento da concretização dos direitos sociais; b) *normas de organização*, atributivas de competência ao legislador para a emanação de medidas relevantes no plano social, gerando sanções unicamente políticas no caso de descumprimento; c) *garantias institucionais*, impondo a obrigação de o legislador proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adotar medidas relacionadas com o “*valor social eminente*” dessas instituições; d) *direitos subjetivos*, isto é, inerentes ao espaço existencial dos cidadãos, pressupondo a garantia constitucional de certos direitos, o dever de o Estado criar os pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efetivo e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

realização de investimentos públicos, sua intensidade e extensão variarão conforme as disponibilidades, assumindo, em regra, a natureza de normas essencialmente programáticas.

Tratando-se de direitos que exijam um atuar positivo, em regra, não costumam ser interpretados como diretamente invocáveis 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.⁴⁷

Em essência, é esse um dos diferenciais indicados pela doutrina em relação às liberdades fundamentais, para as quais é estabelecido um regime de aplicabilidade direta e de proteção reforçada face ao legislador.⁴⁸ No entanto, como veremos, é possível que, à luz das circunstâncias do caso, a densidade normativa dos direitos sociais seja auferida junto ao princípio da dignidade humana, cuja carga axiológica a eles se integrará.

5.2. Mandados Constitucionais Endereçados ao Legislador

Os mandados constitucionais⁴⁹ endereçados ao legislador apresentam características essencialmente programáticas e impõem determinados objetivos a serem alcançados. Além disso, a exemplo dos princípios diretores, servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), prestam um relevante auxílio na

⁴⁷ Cf. Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 395. Anota Gomes Canotilho (Direito Constitucional ..., *op. cit.*, pp. 478/480) que, enquanto o reconhecimento de direitos originários (na Constituição) traz o problema da sua efetivação, os direitos derivados a prestações refletem o “*direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes*”.

⁴⁸ Cf. Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 800; Jorge Miranda, Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, in Estudos Jurídicos e Econômicos em Homenagem ao João Limbrales, Coimbra: Coimbra Editora, p. 345 (357), 2000; e José Carlos Vieira de Andrade, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal*, in *Droits de l'Homme*, vol. III, org. por Julia Iliopoulos-Strangas, Bruxelles : Editions Ant. N. Sakkoulas Athènes, p. 671 (672), 1997. Este autor defende, inclusive, que é o legislador o primeiro destinatário das normas constitucionais que disponham sobre direitos sociais, não sendo o Executivo propriamente um receptor direto dessas normas, pois, estando sujeito ao princípio da legalidade, só poderá atuar após a intermediação do legislador (pp. 682/683). É ressalvado, no entanto, o “*direito de sobrevivência*”, que pode coincidir com o conteúdo mínimo dos direitos sociais e ser incluído como uma dimensão do direito à vida, permitindo a obtenção do “*equivalente funcional*” do efeito direto (p. 688). Também sustentando a necessidade de ser assegurado o *conteúdo essencial* de todos os direitos: Jorge Miranda, Regime..., *op. cit.*, p. 353.

⁴⁹ Echavarría [*El Estado Social como Estado Autonomico*, in *Teoría y Realidad Constitucional* nº 3/61 (68), 1999] fala em cláusulas diretivas, de caráter mais promocional que prescritivo e que incorporam, portanto, mais princípios que regras.

interpretação das normas infraconstitucionais,⁵⁰ podem obstar o retrocesso social⁵¹ 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 espriam por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de justiça social.

Weber,⁵² realizando uma resenha da jurisprudência dos tribunais de alguns países cujas respectivas Constituições consagram os direitos sociais, observa que o Tribunal Constitucional espanhol os interpreta como mandados constitucionais⁵³, afastando a sua aplicação imediata, o mesmo ocorrendo com o português, segundo o qual tais normas “*prescrevem objetivos constitucionais concretos e definidos e não somente diretrizes vagas e abstratas*”.⁵⁴

Também o Tribunal Constitucional italiano, apesar de considerar, por exemplo, o direito à saúde como um direito subjetivo (*diritto primario e fondamentale*), exige

⁵⁰ Como ressalta Viera de Andrade (*La protection...*, p. 679), apesar da impossibilidade de *aplicação direta* das normas constitucionais que disponham sobre direitos sociais, sua influência na interpretação das normas legais lhes confere uma *aplicação mediata*.

⁵¹ Na doutrina, Jorge Miranda (*in* Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 397/399), discorrendo sobre o “*não retorno da concretização*” ou “*proibição de retrocesso*”, observa que as normas legais concretizadoras das normas constitucionais a elas se integram, não sendo possível a sua simples eliminação, isto sob pena de retirar a eficácia jurídica das normas constitucionais correlatas. Além disso, a proibição de retrocesso funda-se também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. Ressalta, no entanto, que esse entendimento não visa à equiparação entre normas constitucionais e legais, pois estas continuam passíveis de alteração ou revogação; o que se pretende é evitar a ab-rogação, pura e simples, de normas legais que conferem efetividade às constitucionais e “*com elas formam uma unidade de sistema*”. Como anota Vieira de Andrade (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 394), importam na “*proibição de revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais – que mais não é que a garantia do mínimo imperativo do preceito constitucional*”. Vide, ainda, J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional ..., *op. cit.*, p. 476. O Tribunal Constitucional Português, no Acórdão nº 509/2002 (Processo nº 768/2002, j. em 19/12/2002, Diário da República nº 36, Série I-A, pp. 905/917), após ampla análise da proibição de retrocesso, afirmou que deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre a “*estabilidade da concretização legislativa*” e a “*liberdade de conformação do legislador*”, devendo-se concluir pela possibilidade de supressão de determinadas prestações sociais desde que isto não se dê de forma arbitrária e não afete o “*direito a um mínimo de existência condigna*”, que encontra o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. No caso concreto, reconheceu a inconstitucionalidade de decreto da Assembleia da República que regulava a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, aumentando a idade de mínima de 18 (dezoito) para 25 (vinte e cinco) anos, o que culminaria em impor sérias restrições a relevantes necessidades dos jovens.

⁵² *Op. cit.*, pp. 691/692.

⁵³ STC, Proc. nº 31/1984, j. em 07/03/1985; e Proc. nº 45/1989, j. em 20/02/1989.

⁵⁴ TC, Proc. nº 39/1984, j. em 11/04/1984. Viera de Andrade (*La protection...*, p. 679), do mesmo modo, traz à colação decisões do Tribunal que não reconhecem a possibilidade de o “*direito à habitação*” ser diretamente exigido do Estado (Proc. nº 131/92 e 346/93).

a interposição legislativa, que igualmente disciplinará os respectivos aspectos financeiros.⁵⁵ Os direitos sociais que exijam uma prestação estatal não podem ser invocados com base direta no texto constitucional, sendo necessária a intermediação do legislador para a definição dos seus contornos essenciais.

Esse entendimento foi preconizado pelo Tribunal Constitucional na Sentença nº 455, de 16 de Outubro de 1990,⁵⁶ que versava sobre o alcance do direito à saúde previsto no art. 32 da Constituição italiana. Na ocasião, o Tribunal reconheceu o valor constitucional desse direito, sua primariedade e fundamentalidade, bem como a inviolabilidade correlata à sua natureza quando em confronto com outros interesses constitucionais protegidos.⁵⁷

A tutela do direito à saúde, no entanto, “*se articula em situações jurídicas subjetivas diversas, dependendo da natureza e do tipo de proteção que o ordenamento constitucional assegura em benefício da integridade e do equilíbrio físico e psíquico da pessoa humana nas relações jurídicas surgidas em concreto*”.

Com isto, instituiu uma dicotomia na estrutura do direito à saúde, que albergaria: a) um direito de defesa, consagrando uma obrigação *erga omnes* e assegurando a proteção da integridade físico-psíquica da pessoa contra agressões praticadas por terceiros, direito imediatamente garantido pela Constituição e passível de ser tutelado pelos tribunais; e b) um direito a prestação, que pressupõe a prévia “*determinação, por parte do legislador, dos instrumentos, do tempo e do modo em que se efetivará a respectiva prestação*”.

A atuação do legislador seria necessária para o fim de realizar a ponderação entre os diversos interesses protegidos pela ordem constitucional, identificando os recursos disponíveis no momento da operacionalização desse direito e a quem será atribuída,

⁵⁵ CC, Sentença nº 455/1990, proferida em 16/10/1990. Após acentuarem a constitucionalização da obrigação do Estado de “*instituir escolas estatais para todas as ordens e graus*” (art. 32, nº 2, da Constituição italiana), Di Celso e Salerno (*Manuale di Diritto Costituzionale*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002, pp. 208/212), analisando o art. 34 da Constituição, que assegura o “*direito ao estudo*”, visualizam a existência do direito a obter dos Poderes Públicos, “*segundo as condições estabelecidas na Constituição e na lei*”, as prestações necessárias ao profícuo desenvolvimento dessa atividade. Acrescentam que, “*não diversamente do direito ao trabalho, o direito ao estudo nasce como liberdade e se desenvolve como direito cívico ou social ou, como outros preferem dizer (Martines), evolui da liberdade negativa à liberdade positiva*”. Apesar disso, apresenta uma diferença substancial em relação ao direito ao trabalho, pois a Constituição e a lei impõem os meios (v.g.: bolsa de estudo) para tornar efetivo esse direito, indicando uma concreta linha de ação, do que resulta um verdadeiro poder jurídico de exigir a sua prestação. Ao final, lembrando a Sentença nº 215/87, do Tribunal Constitucional, concluem que “*a escola está aberta a todos*” (*la scuola è aperta a tutti*).

⁵⁶ In *Giur. Cost.* nº 3/90, p. 2732.

⁵⁷ Cf. Daniela Bifulco, *op. cit.*, pp. 179/180.

na sua estrutura organizacional, a responsabilidade de implementá-lo.

Essa posição é criticada por Daniela Bifurco⁵⁸, que visualiza, no percurso argumentativo do Tribunal, conferindo-se exclusividade ao legislador na ponderação dos interesses concorrentes e no dimensionamento dos custos e dos recursos disponíveis, um condicionamento do direito à saúde e, indiretamente, a sua própria negação quando detectada a inércia do legislador.⁵⁹ Realça, no entanto, alguns aspectos decisivos da decisão, como a atribuição de uma certa “*primazia axiológica*” ao direito à saúde ao reconhecer a sua inviolabilidade, daí decorrendo a característica da irretratabilidade, que é típica dos direitos invioláveis e assegura a observância do seu conteúdo mínimo e essencial, consagrando a proibição de retrocesso.⁶⁰

Na França, embora a Constituição de 1958 não contenha um rol de direitos sociais a serem assegurados pelo Estado, o preâmbulo da Carta de 1946, a ela integrado, veicula importantes disposições a respeito da matéria. Consoante a alínea dez, “*a Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento*”, acrescendo a alínea 11 que “*ela assegura a todos, às crianças, às mães e aos trabalhadores idosos, a proteção da saúde, a segurança material, o repouso e o lazer...*”

Analisando tais dispositivos em questões afeitas à sua competência, que não alcança a análise de casos concretos, o Conselho Constitucional tem afirmado que incumbe ao legislador e, se for o caso, à autoridade regulamentar, determinar, “*em respeito aos princípios constantes dessas disposições, as modalidades concretas de sua execução*”.⁶¹ E ainda, contextualizando sua análise no âmbito das ajudas sociais, acrescenta que as exigências constitucionais decorrentes dessas disposições implicam na “*execução de uma política de solidariedade social em favor da família*”, sendo deixada ao legislador a liberdade de escolha das modalidades de ajuda que lhe pareçam mais apropriadas.⁶²

Associando esses preceitos ao “*princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana*”, decorrente da primeira alínea do preâmbulo, reconheceu o Conselho

⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 181.

⁵⁹ Guido Corso [*I Diritti Sociali nella Costituzione Italiana*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico* nº 3, p. 755 (776/777), 1981] observa que o controle do Tribunal Constitucional é pouco incisivo em se tratando de omissão do legislador, acrescendo que a tutela promovida pela jurisdição ordinária pressupõe a prévia intermediação do legislador, delimitando o respectivo direito.

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 183/185.

⁶¹ *Conseil Constitutionnel, Décision* nº 97-393 DC, j. em 18/12/1997, considerando 31, in Louis Favoreau e Louis Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, p. 885 (890).

⁶² *Conseil Constitutionnel, Décision* nº 97-393, *cit.*, considerando 33.

Constitucional que “a possibilidade de toda pessoa dispor de uma habitação decente é um objetivo de valor constitucional.”⁶³ Embora não esteja expressamente inscrito numa norma constitucional, decorreria dos princípios contemplados no preâmbulo. No entanto, como anotam Favoreau e Philip,⁶⁴ um “objetivo de valor constitucional” não pode ser considerado propriamente uma “norma constitucional de pleno valor”, podendo ceder mais facilmente quando em colisão com outra necessidade de interesse geral ou com um direito fundamental (v.g.: o direito de propriedade), sendo menos protegido que estes.

O entendimento do Conselho Constitucional, apesar de não adentrar em pretensões específicas que visem à concreção dos direitos sociais, deixa claro que das referidas normas não podem ser deduzidos direitos subjetivos e que a sua integração e especificação competem ao legislador, em clara reverência ao princípio da separação dos poderes. Apesar de veicularem “princípios” ou “valores constitucionais”,⁶⁵ seu efeito mais concreto seria o de impedir a revogação de normas que consagrem os direitos sociais sem que outras de natureza similar às substituam.⁶⁶ A sua integração ao Direito Positivo indica uma exigência constitucional, mas a vagueza dos seus termos impede sejam eles diretamente invocados para alicerçar uma qualquer pretensão perante os órgãos competentes, tendo uma natureza essencialmente programática.⁶⁷

Quanto ao direito à saúde, Favoreau e Philip⁶⁸ acenam com uma clara evolução da jurisprudência do Conselho Constitucional: num primeiro momento (decisão de 15 de Janeiro de 1975), invocou o princípio previsto no preâmbulo e o considerou como parte integrante do Direito Positivo; posteriormente (decisão de 18 de Janeiro de 1978), aceitou apenas examinar se uma lei colide com o direito à saúde; e, recentemente (decisão de Janeiro de 1991), reconheceu o direito à proteção da saúde tal qual enunciado no referido Preâmbulo.

Especificamente em relação à concretização dos direitos sociais, em regra, o Conselho de Estado não tem reconhecido nas normas que os contemplam uma densidade normativa suficientemente forte a ponto de serem considerados verdadeiros direitos

⁶² *Conseil Constitutionnel, Decision* nº 94-359 DC, j. em 19/01/1995, considerando 6 e 7, in Louis Favoreau e Louis Philip, *op. cit.*, p. 897.

⁶³ *Op. cit.*, p. 897.

⁶⁴ Sobre a distinção entre princípios e valores, possuindo os primeiros, além da característica normativa, um maior grau de concreção e de especificação, vide Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, pp. 287/292.

⁶⁵ Louis Favoreau e Louis Philip, *op. cit.*, p. 608.

⁶⁶ Cf. Louis Favoreau et alii, *Droit des Libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 249.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 353.

subjetivos. O Conselho de Estado teve oportunidade de afirmar que o “*direito à ajuda social constitui, acima de tudo, uma declaração de princípio*”, não gerando direitos subjetivos.⁶⁹ Por essa razão, não seria conveniente confiar o seu respeito a um organismo de natureza jurisdicional, cujo fim precípuo é o de aplicar as regras jurídicas.

A doutrina, no entanto, acena com a evolução desse entendimento, que importaria, no exemplo mencionado, no reforço do caráter jurídico da ajuda social aos desfavorecidos (passagem da assistência ao efetivo direito à ajuda social), permitindo a tomada de consciência de que os quadros jurídicos tradicionais sofreram uma mudança de natureza.⁷⁰ Essa apreensão da realidade, requisito indispensável à integração da norma, seria realizada pelos órgãos jurisdicionais, não importando em qualquer mácula ao princípio da separação dos poderes.

Apesar disso, a extensão indefinida do Estado Providência jamais poderá ser assegurada. Dois fatores contribuem de forma decisiva para essa retração dos direitos prestacionais: a “*crise econômica generalizada*”, que inviabiliza o atendimento de todas as necessidades individuais e a “*crise ideológica*”, sob a forma de dúvidas quanto à solidariedade anônima e à igualdade como finalidade social, o que dificulta a integração da norma pelos órgãos jurisdicionais.⁷¹

5.3. Princípios Diretores

No que concerne aos princípios diretores, cuja imperatividade decorre de seu caráter normativo, traduzem o “*reconhecimento da idéia de solidariedade, de justiça social, de igualdade factual e de complementaridade entre as liberdades individuais e suas condições sociais*”,⁷² veiculando parâmetros essenciais que, como vimos em relação aos mandados constitucionais endereçados ao legislador, devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação.

A maior fluidez que ostentam, que advém de sua estrutura principiológica e da não indicação de uma diretriz específica a ser seguida, lhes confere uma densidade normativa inferior aos mandados constitucionais.

Ainda que, *a priori*, ostente a forma de princípio diretor ou de mandado endereçado ao

⁶⁸ Conseil D'État, Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. Sénat, 1974-1975, n° 581, 1, p. 86.

⁶⁹ Cf. F. Ost, *Juge-Pacificateur, Juge-Arbitre, Juge Entraîner: Trois Modèles de Justice, in Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire, Transformations et Déplacements*, p. 1 (12) org. por PH. Gerard, F. Ost e M. Van de Kerchove, Bruxelas: Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, 1983.

⁷⁰ Cf. F. Ost, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ Cf. Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 681.

legislador, o respeito à dignidade humana pode transmutar-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.

6. A Sindicação Judicial dos Direitos Sociais à Luz do Paradigma Liberal: O Modelo Americano

No modelo americano, a concepção teórica de Montesquieu foi aprimorada e o Judiciário elevado ao mesmo nível dos demais poderes, o que, juntamente com um elaborado sistema de recíproca limitação e colaboração (*checks and balances*), resultou num maior equilíbrio entre os poderes. Contrariamente ao que viria a ocorrer no sistema francês pós-revolucionário, foi grande a preocupação em se evitar que os demais poderes fossem subjugados pelo Legislativo, o que inevitavelmente conduziria ao arbítrio do regime de assembléia.

Em termos de inter-relação com os demais poderes, merecem especial relevo o caráter vinculativo dos precedentes (*stare decisis*), próprio dos sistemas de *common law*, e a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário na aferição da compatibilidade entre a Constituição e as normas editadas pelos órgãos competentes (*judicial review*).

O importante papel desempenhado pelo Judiciário na mediação dos conflitos institucionais e na garantia dos direitos fundamentais começou a se delinear, em 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*,⁷³ em que a Suprema Corte, sob a presidência de John Marshall, reconheceu a sua competência para a aferição da compatibilidade de uma lei com a Constituição. É relevante observar que, apesar de o art. VI da Constituição americana dispor que todas as leis “*editadas em conformidade com a Constituição*” constituem a lei suprema do País, o que indica o seu caráter fundante de toda a ordem jurídica, nenhuma norma dispunha sobre a forma de efetivação dessa supremacia constitucional ou mesmo que incumbia à Suprema Corte declarar a invalidade de uma lei dissonante da Constituição.

Com o evoluir do *judicial review of legislation*, que assegurava a fiscalização da constitucionalidade por todo e qualquer tribunal⁷⁴ e, em especial, com as decisões adotadas pela Suprema Corte em relação a inúmeras medidas que compunham o *New Deal*, declarando a sua incompatibilidade com a Constituição, foram vigorosas as vozes que se insurgiram contra a aparente formação de um “*judges government*”, que poderia comprometer a liberdade de conformação do legislador e o próprio princípio democrático.

⁷² 1 *Cranch* 137, 1803.

⁷³ Cf. Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985, pp. 32/34.

Objetivando conter os inevitáveis males que um exagerado ativismo judicial poderia gerar, fazendo com que as concepções sociais, políticas, econômicas e ideológicas do Judiciário substituíssem aquelas próprias do Legislativo, os tribunais têm restringindo a sua atividade de valoração das opções do legislador (*self-restraint*). Derivam dessa construção jurisdicional, que visa à preservação da validade das normas, figuras como a interpretação conforme, que indica a alternativa interpretativa compatível com a Constituição, excluindo as demais, ou o reconhecimento de uma inconstitucionalidade parcial, que preserva a parte da norma que não se apresente incompatível com a Constituição.⁷⁵

O ativismo da Suprema Corte também se refletiu em posições amplamente favoráveis às liberdades individuais, como as decisões tomadas nos anos sessenta, sob a presidência de Earl Warren, em que as disposições do *Bill of Rights*, em sua origem restritas aos atos federais, passaram a ser aplicadas aos Estados.⁷⁶

Tanto o caráter vinculativo dos precedentes como o controle de constitucionalidade geram intensos reflexos na eficácia dos padrões normativos emanados do Legislativo. Na medida em que os órgãos jurisdicionais inferiores estão vinculados à interpretação do Direito fixada pelos órgãos de hierarquia superior, é inegável que as decisões dos últimos, ainda que de forma indireta, possuem uma acentuada carga normativa, moldando os atos emanados do Legislativo e lhes conferindo uma relativa generalidade. No controle de constitucionalidade, do mesmo modo, os tribunais podem atuar como verdadeiros “*legisladores negativos*”, declarando a invalidade de normas emanadas do poder competente.

Em relação aos direitos sociais, diversamente ao que se verifica na generalidade dos países, cujas novas Constituições costumam contemplá-los em larga escala, não foram eles previstos na Constituição de 1787 ou em qualquer de seus posteriores aditamentos. No entanto, são evidentes as transformações por que passou a sociedade norte-americana nos últimos dois séculos, o que certamente não encontra ressonância imediata em postulados como a preeminência da liberdade individual ou a separação dos poderes, idéias inspiradoras dos “*founding fathers*”. Esse quadro, em linha de princípio, poderia ser superado com uma interpretação prospectiva da Constituição, permitindo a sua contínua adequação aos influxos sociais e a proteção de direitos originariamente não alcançados pelo liberalismo de seus fundadores.

Analisando a questão, observa Howard⁷⁷ que a ausência de previsão constitucional justifica a timidez com que a matéria tem sido tratada nos tribunais, quadro este que não se mostra

⁷⁴ Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, *op. cit.*, pp. 958/959.

⁷⁵ Cf. A. E. Howard, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 176.

uniforme no âmbito dos Estados, cujas Constituições, em razão das peculiaridades do federalismo norte-americano, regulam inúmeras matérias, incluindo os direitos sociais, que não receberam tratamento específico no âmbito federal. A proteção de determinado direito, no entanto, pode ser elevado a nível constitucional a partir do momento em que seja identificado um senso comum sobre a sua fundamentalidade,⁷⁸ a exemplo do que ocorreu no *Case Shapiro v. Thompson*,⁷⁹ em que a Suprema Corte declarou a invalidade de leis estaduais que recusavam a assistência social aos residentes a menos de um ano no Estado, pois privavam determinadas famílias da ajuda mínima necessária à sua sobrevivência, violando a cláusula da *equal protection of laws*.⁸⁰ Ainda segundo Howard,⁸¹ após a década de setenta, a Corte, a partir da presidência de Warren Burger, não mais recepcionou a utilização dessa cláusula como fundamento de proteção dos direitos sociais, tendo o *Justice White*, no *Case Lindsay v. Normer*⁸² afirmado que “a Constituição não contém remédios jurídicos a todos os males sociais e econômicos”.

Entendimento diverso, no entanto, prevaleceu em relação ao direito à educação. Apesar de não lhe atribuir contornos propriamente constitucionais, o que excluiria a incidência da cláusula da *equal protection of laws*, a Suprema Corte tem reconhecido a sua essencialidade à sedimentação da própria noção de cidadania, exigindo a garantia de um “*mínimo de instrução*”, de modo a permitir a participação do indivíduo nas instituições cívicas.⁸³

Segundo Rotunda e Novak,⁸⁴ tratando-se de direitos considerados fundamentais pela Suprema Corte (ajudas sociais para a subsistência, moradia, educação e acesso aos cargos públicos), sua proteção pode ser implementada com fundamento na cláusula “*equal protection*”, acrescentando que, mesmo na hipótese de ser necessária a alocação de recursos financeiros, deve ser garantido um *quantum* mínimo de benefício.

Quanto aos fatores que têm contribuído para a retração dos tribunais em questões

⁷⁷ O *status* de direito fundamental está associado à proteção da vida, liberdade ou propriedade, conforme o disposto no 5º e no 14º aditamentos. Esse último estendeu aos Estados disposições que o 5º aditamento restringia à União, *verbis*: “*todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado promulgará nem executará leis que restrinjam os privilégios e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem poderá negar a ninguém, que se achar dentro da sua jurisdição, a proteção, igual para todos, das leis*”.

⁷⁸ 394 US 618, 1969.

⁷⁹ Cf. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, pp. 1436 a 1463; e A. E. Howard, *op. cit.*, p. 179.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 179

⁸¹ 405 US 56 (74), 1972.

⁸² *Pylar v. Doe*, 457 US 202 (223 – voto do *Justice Brennan*), 1982.

⁸³ *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, vol. 3, St. Paul: West Publishing CO., 1992, p. 501.

afeitas aos direitos sociais, Howard⁸⁵ relaciona os seguintes: a) necessidade de previsão explícita ou implícita na Constituição, o que justifica a preocupação de determinados grupos (mulheres, detentos, ecologistas etc.) em erigir suas reivindicações ao nível de questões constitucionais e aumentar a possibilidade de êxito das pretensões embasadas nas Constituições Estaduais; b) os tribunais têm se mostrado mais rápidos na imposição das garantias negativas que nas prestações positivas; e c) contrariamente ao que se verifica em relação aos direitos negativos, é complexa a efetivação das decisões que imponham um atuar positivo, especialmente por serem os recursos públicos sabidamente limitados, por caber ao legislador a escolha dos projetos prioritários e pelo risco de os tribunais se tornarem administradores, adotando decisões burocráticas para as quais não estariam devidamente estruturados.

7. A Sindicação Judicial e a Efetividade dos Direitos Sociais à Luz do Modelo Social

Seguindo a classificação de Weber, pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) um exemplo de invocação dos princípios diretores com o fim de conferir concretude aos direitos prestacionais a cargo do Estado. Como se sabe, a Lei Fundamental alemã, destoando da maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, não contemplou um extenso rol de direitos sociais.⁸⁶ Não obstante essa “*lacuna constitucional*”⁸⁷ – que em nada se confunde com o modelo americano, fundado em valores essencialmente liberais –, a jurisprudência do Tribunal Constitucional,⁸⁸ combinando o princípio diretor do Estado Social (previsto no art. 20, nº 1, da Lei Fundamental e que isoladamente não é aceito como indicador de direitos diretamente invocáveis) com o princípio da dignidade humana (art. 1º, nº 1, da Lei Fundamental), tem dele extraído, em casos específicos, o fundamento de garantia do mínimo vital.

Acrescenta Schmidt⁸⁹ que também o “*direito ao livre desenvolvimento da personalidade*” (art. 2º, nº 1, da Lei Fundamental) tem sido invocado não só numa *dimensão material*, que indica o seu *status* de direito fundamental aglutinador de direitos de liberdade não escritos, como também numa *dimensão procedimental*,

⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 188/190.

⁸⁵ Como exceções, podem ser mencionados o art. 6º, nº 4 (“*toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade*”) e o art. 6º, nº 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].

⁸⁶ Cf. Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 786.

⁸⁷ *BVerfGE* 1, 159 (161); e 52, 339 (346), *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 684.

⁸⁸ Cf. Walter Schmidt, *op. cit.*, pp. 790, 795 e 799.

tornando constitucionalmente sindicáveis outras normas constitucionais que, como o princípio diretor do Estado Social, não seriam consideradas direitos fundamentais.⁹⁰

Ascendendo na escala de densidade normativa acima referida, merece ser mencionada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quanto à possibilidade de os direitos prestacionais auferirem o seu fundamento de validade nos mandados constitucionais endereçados ao legislador. Interpretando os arts. 5º e 196 da Constituição brasileira⁹¹, o Tribunal decidiu que o fornecimento gratuito de medicamentos essenciais à vida, a pessoa portadora do vírus HIV e destituída de recursos financeiros, configura um direito público subjetivo à saúde.⁹² Em essência, são esses os fundamentos da decisão: a) a fundamentalidade do direito à saúde; b) o Poder Público, sob pena de infração à Constituição, deve zelar pela implementação desse direito⁹³, sendo um imperativo de solidariedade social; c) o caráter programático das referidas normas não pode transformá-las em promessas constitucionais inconsequentes; d) razões de ordem ético-jurídica impõem que o direito à vida se sobreponha a interesses financeiros e secundários do Estado; e e) além da consagração meramente formal dos direitos sociais, recai sobre o Estado o dever de atender às prerrogativas básicas do indivíduo.

Tanto a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão como a do Supremo Tribunal Federal brasileiro permitem concluir que os *mandados constitucionais endereçados ao legislador* e os *princípios diretores do Estado* (*rectius*: o princípio do Estado Social) podem “assumir as vestes” de direitos subjetivos acaso conjugados com os princípios da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, exigindo um *facere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

Note-se, em especial na decisão do Tribunal brasileiro, que a própria questão orçamentária foi relegada a plano secundário, sendo prestigiados valores em muito superiores àqueles que definem a competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

⁸⁹ BVerfGE 50, 57 (107), *apud* Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 795.

⁹⁰ O art. 5º, *caput*, assegura a todos o direito à vida e o art. 196 dispõe que “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”.

⁹¹ STF, 2ª T., RE nº 271.286 AgR/RS, j. em 12/09/2000, DJ de 24/11/2000, p. 101. No mesmo sentido: RE nº 236.200/RS, rel. Min. Mauricio Corrêa; RE nº 247.900/RS, rel. Min. Marco Aurélio; RE nº 264.269/RS, rel. Min. Moreira Alves; e os REs nº 267.612/RS, nº 232.335/RS e nº 273.834/RS, relatados pelo Min. Celso de Mello.

⁹² Nas palavras do relator, Ministro Celso de Mello, não pode “o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

Na linha do que foi dito, pode-se afirmar que a classificação de Weber sofrerá modificações conforme esteja presente ou não a necessidade de proteger o rol mínimo de direitos materializado na idéia de dignidade,⁹⁴ o que fará com que todas as categorias sejam reconduzíveis a uma única: a dos direitos subjetivos. Nesses casos, os direitos prestacionais estarão diretamente embasados nas normas constitucionais, que terão aplicabilidade imediata face à densidade normativa obtida com o concurso dos valores inerentes à dignidade humana.

Nos parece relevante indagar se a intervenção dos Tribunais redundou numa ponderação entre o princípio da separação dos poderes e o da dignidade da pessoa humana, questão que assume contornos tortuosos se constatarmos que o primeiro desses *princípios* possui uma maior densidade normativa quando encampado pelas *regras* de competência (v.g.: a competência do Legislativo para a edição da lei orçamentária). Nesse caso, *quid iuris*? Ponderar princípios jurídicos e afastar todo o feixe de regras jurídicas associado a um deles? Ou ponderar regras e princípios?

A nosso ver, a solução do problema passa ao largo desses questionamentos. Na medida em que a Constituição assegura o acesso à justiça, a brasileira em seu art. 5º, XXXV e a portuguesa no art. 20, nº 1, não se pode falar em mácula ao princípio da separação dos poderes quando o Tribunal reconhece e tutela direitos subjetivos que, ao arrepio da ordem constitucional, não foram observados pelo Estado. É a própria Constituição, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, que estabelece esse mecanismo de equilíbrio entre os poderes, não havendo qualquer anomalia na sua utilização.

⁹³ A consagração constitucional da dignidade humana não se adequa 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 numa nítida superposição operativa. A essência da Constituição, assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria, na conhecida proposição de Häberle, a construção da vida social e política como um “*processo indefinidamente aberto*”. Essa atividade integrativa da norma, especialmente quando se constata que na dignidade humana se articula a dimensão moral da pessoa, sendo a sua afirmação o gérmen do reconhecimento de direitos inerentes ao indivíduo e o fundamento de todos os direitos humanos (Vide Beatriz González Moreno, *El Estado Social, Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Madrid: Civitas Ediciones, 2002, pp. 95/96), não pode ser deixada ao alvedrio do Poder Executivo. Não encontra amparo na lógica e na razão a tese de que a ação ou a omissão que venha a aviltar a dignidade de outrem passe ao largo de instrumentos adequados de controle da *potestas publica*. Formando a dignidade humana a base axiológica dos direitos sociais, verifica-se que a sua sindicância pelo Poder Judiciário acarretará reflexos nos direitos a ela correlatos. 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: 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 fundamentos del orden político y de la paz social*”.

Sérvulo Correia,⁹⁵ analisando o âmbito de atuação da jurisdição administrativa, sustenta a preeminência da tutela jurisdicional efetiva sobre a separação dos poderes sempre que tal for necessário à preservação da dignidade da pessoa humana frente ao exercício viciado da função administrativa. Esse vício, como ressalta o autor, tanto pode resultar da prática de um ato administrativo, como de sua omissão.⁹⁶ Não obstante a coerência do raciocínio, nitidamente fundado num critério de ponderação, dele discordamos.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva é um dos múltiplos mecanismos de *checks and balances* que conferem operacionalidade ao princípio da separação dos poderes, possibilitando a preeminência da ordem jurídica e a contenção de subjetivismos que nela não encontrem amparo. Por essa razão, não nos parece correto falar em ponderação entre tais princípios. Para se constatar o acerto dessa conclusão, é necessário observar, num primeiro momento, que a identificação dos princípios que compõem o alicerce do sistema jurídico será realizada com o auxílio de um processo indutivo, em que o estudo de normas específicas possibilitará a densificação dos princípios que as informam. Partindo-se do particular para o geral e sendo observada uma paulatina progressão dos graus de generalidade e abstração, verifica-se a formação de círculos concêntricos que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico, possibilitando uma integração das partes ao todo.⁹⁷

Transpondo esse raciocínio para a relação que se estabelece entre os princípios da separação dos poderes e da tutela jurisdicional efetiva, é possível concluir pela ausência de qualquer colisão entre eles. Tomando-se como parâmetro a linha de progressão dos graus de generalização e abstração acima referidos, vê-se que o princípio da separação dos poderes ocupa um escalão superior, sendo um elemento estruturante da própria noção de Estado de Direito. O princípio da tutela jurisdicional efetiva, por sua vez, a exemplo de outros princípios de natureza similar (v.g.: princípios da competência legislativa do Parlamento, da legalidade da Administração etc), ocupa uma posição inferior. Ressalte-se, desde logo, que essa divisão em escalões não busca estabelecer uma superioridade hierárquica em relação ao princípio da separação dos poderes. O que se pretende demonstrar, em verdade, é que esse último princípio apresenta um grau de generalidade e abstração superior aos demais, sendo o resultado de um método

⁹⁴ Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa, in Estudos de Direito Processual, org. por J. M. Sérvulo Correia, Bernardo Diniz de Ayala e Rui Medeiros, Lisboa: Lex, 2002, p. 234.

⁹⁵ O art. 268, nº 4, da Constituição portuguesa dispõe, expressamente, que “é garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente,”(...)“a determinação da prática de actos administrativos devidos.”

⁹⁶ Cf. Giorgio Del Vecchio, *Sui Principi Generali del Diritto*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 11.

indutivo iniciado justamente a partir deles. Estando o princípio da tutela jurisdicional efetiva insito na própria noção de separação de poderes, como seria possível falarmos em colisão?

Demonstrada a correção da postura assumida pelos Tribunais, caberá a eles, unicamente, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Restará ao Executivo, nos limites de sua discricção política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas com o fim de tornar efetivos os direitos que ainda não o são.

Ultrapassada a questão da inexistência de dotação orçamentária específica, o único óbice ainda passível de impedir a implementação dos referidos direitos seria a demonstração, pelo Estado, da total inexistência de recursos. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, não de uma injustificável desídia, o que impede seja ele censurado. A questão, evidentemente, comporta uma análise mais aprofundada, em especial para o fim de aferir a compatibilidade com o sistema brasileiro das medidas adotadas por tribunais americanos para solucionar problemas como esse (v.g.: determinação de majoração de impostos - ainda que contra a vontade popular-, elaboração de planos de ação e fixação de montantes de investimento para o aperfeiçoamento das estruturas estatais etc.)⁹⁸, o que ultrapassa o plano desse estudo.

Lembrando a estrutura metodológica delineada por Häberle,⁹⁹ a efetividade dos direitos sociais pressupõe análise do trinômio possibilidade, necessidade e realidade. A possibilidade apresenta contornos de cunho normativo e indica a potencialidade do ordenamento jurídico para absorver a pretensão formulada; a necessidade está atrelada à satisfação de aspectos inerentes à dignidade humana; e a realidade indica os limites materiais e circunstanciais que condicionam a ação do Estado na satisfação das necessidades básicas do indivíduo. Esses requisitos, ao nosso ver, em situações específicas, podem ser divisados nos denominados “*direitos sociais originários*”, os quais auferem o seu fundamento normativo diretamente do texto constitucional.

Analisada a sindicabilidade dos direitos sociais à luz dos princípios diretores e dos mandados constitucionais, resta tecer algumas considerações a respeito dos direitos subjetivos. Como dissemos, essa categoria, em regra, pressupõe uma integração legislativa, que delimitará o seu conteúdo e indicará os recursos financeiros que lhe farão face.

⁹⁷ Cf. A. E. Dick Howard, *op. cit.*, pp. 193/195.

⁹⁸ *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta (Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft)*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 78/84.

Abstraindo a questão da dignidade da pessoa humana, ainda que a Constituição ou a lei indique a atuação prioritária em determinada área, não se terá propriamente um direito subjetivo com a mera definição normativa de seus contornos essenciais, sendo imprescindível uma nova intervenção legislativa, desta feita em termos orçamentários, para que se tenha o seu aperfeiçoamento. Por outro lado, não sendo possível associar o *facere* estatal à proteção da dignidade da pessoa humana e inexistindo norma que considere determinado comportamento como prioritário, não poderá o Judiciário realizar um juízo de ponderação em relação aos demais valores envolvidos e porventura prestigiados pelo Executivo, o que também afasta a noção de direito subjetivo. Essa operação, por ser essencialmente política, será normalmente insindicável - as exceções, por evidente, se situarão no campo da ilicitude: violação aos princípios da legalidade, da imparcialidade etc.

Interpretando o art. 227, *caput*, da Constituição brasileira - que assegura às crianças e aos adolescentes, *com absoluta prioridade*, uma série de direitos sociais - bem como o art. 208 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) - que dispõe sobre a intervenção judicial nos casos de não oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche às crianças de zero a seis anos de idade -, o Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, suspendeu os efeitos de decisão judicial que determinara ao Município do Rio de Janeiro a construção de creches sem a correlata previsão orçamentária.¹⁰⁰ Nesse caso, apesar de a lei delinear a prestação a ser realizada e a Constituição assegurar absoluta prioridade às crianças, não era divisada a necessária previsão orçamentária. Além disso, como a omissão do Município não importava propriamente em violação à dignidade humana, não seria possível falar em violação a direito subjetivo, motivo pelo qual nos parece correta a decisão do Tribunal.

Referências Bibliográficas

ALEX, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 3ª ed., Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002.

_____, Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional, trad. de Luís Afonso Heck, in *Revista de Direito Administrativo* nº 217, p. 55, 1999.

_____, *Teoría de los Derechos Fundamentales (Theorie des Grundrechte)*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1ª ed., 3ª impressão, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

⁹⁹ STF, 2ª T., Pet. nº 2836 QO/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 11/02/2003, DJ de 14/03/2003, p. 42. Decisão proferida em ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público.

ANGEL EKMEKDJIAN, Miguel, *La teoria del orden de los derechos fundamentales como garantia del ciudadano frente a la administración pública*, in *La Proteccion Jurídica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Editora Civitas, p. 2119, 1993.

ARISTÓTELES, A Política, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ASHFORD, Douglas, *L'État-Providence a travers l'étude comparative des institutions*, in *Revue Française de Science Politique* vol. 39, nº 3, 1989.

AUVRET-FINCK, Josiane, *Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin?*, in *Revue du Droit Public* nº 1, p. 131, 1995.

BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985.

BARCELAR DE VASCONCELOS, Pedro Carlos, *Teoria Geral do Controle Jurídico do Poder Público*, Lisboa: Edições Cosmos, 1996.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La Tutela Judicial Efectiva en la Constitucion Alemana*, in *La Proteccion Jurídica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Civitas Ediciones, p. 429, 1993.

BARTHÉLEMY, Joseph et DUEZ, Paul. *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris: Dalloz, 1926.

BASSI, Franco, *Il Principio della Separazione dei Poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* nº 1, p. 17, 1965.

_____, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2003.

BÉNOIT, Francis-Paul, *Montesquieu, inspireur des Jacobins, la théorie de la "bonne démocratie"*, in *Revue du Droit Public* nº 1, p. 5, 1995.

BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9ª ed., Paris: Rousseau, 1920.

BIFULCO, Daniela, *L'Inviolabilità dei Diritti Sociali*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2003.

BIELEFELDT, Heiner, *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt: Primus Verlag, 1998.

BRADLEY, A. W. e EWING, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, 13ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2003, pp. 401 a 628.

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.

CAPPELLETTI, Mauro, *Le Pouvoir des Juges*, trad. de René David, Paris: Ed. Economica, 1990.

CASTRO RANGEL, Paulo, Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos, Porto: Publicações Universidade Católica, 2001.

CORSO, Guido, *I Diritti Sociali nella Costituzione Italiana*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* nº 3, p. 755, 1981.

DE AQUINO, São Tomás, Os Princípios da Realidade Natural (*De principiis naturae*), trad. de Henrique Pinto Rema, Porto: Porto Editora, 2003.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Sui Principi Generali del Diritto*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.

DELGADO BARRIO, Javier, *El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudência contencioso-administrativa*, in *La Proteccion Juridica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Editora Civitas, p. 1187, 1993.

DETMOLD, Michael e SCOFFONI, Guy, *Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Australie*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 29, p. 3, 1997.

DICK HOWARD, A. E., *Les Droits et la Constitution, la protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel americain*, in *Revue Française de Science Politique* vol. 40, nº2, p. 173, 1990.

DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado Social*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4ª ed., Paris: E. de Boccard, 1923.

_____. *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 2º, 2ª ed., Paris: Ancienne Librairie Fontemong & Cie. Éditeurs, 1923.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 17ª imp., Massachussets: Harvard University Press, 1999.

ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 7ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1921.

FAVOREAU, Louis, GAÑA, 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.

FAVOREU, Louis, GAÑA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MESTRE, Jean-Louis, PFERSMANN, Otto, ROUX, André e SCOFFONI, Guy, *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, pp. 325 a 463.

FAVOREAU, Louis e PHILIP, Louis, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 12ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003.

GALETTA, Diana-Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè Editore, 1998.

GALLI, Rocco, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova: CEDAM, 1991.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 35 a 68.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado Social, Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

GUETTIER, Christophe, *Le contrôle juridictionnel du président de la République, in Les 40 ans de la V^e République, Revue du Droit Public* nº 5/6, p. 1719, 1998.

HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta (Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft)*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

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 Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, trad. de João Baptista Machado, 5ª ed., Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*, trad. de José Lamego, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John, *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976.

MAAßEN, Bernd, *Der U.S. – Supreme Court im gewantenteilendes amerikanischen Regierungssystem (1787 – 1972)*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1977.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander e JAY, John, *Os Artigos Federalistas*, trad. de Maria Luíza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MASELLI GOUVÊA, Marcos, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MAZZIOTTI DI CELSO, M. e SALERMO, G.M., *Manuale di Diritto Costituzionale*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002.

MIRANDA, Jorge, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, apontamentos de lições, Lisboa, 1986, pp. 299 a 316.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7ª ed., Coimbra: Coimbra

Editora, 2003.

____ Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

____ Manual de Direito Constitucional, Tomo V, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

____ Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, *in* Estudos Jurídicos e Econômicos em Homenagem ao Professor João Limbrales, Coimbra: Coimbra Editora, p. 345, 2000.

____ Teoria do Estado e da Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Barão de, Charles de Secondat, *De L'Esprit des Lois*, com notas de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harpe e outros, Paris: Librairie Garnier Frères, 1927.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *El Poder Judicial en el Estado Autônômico*, *in* Teoria y Realidad Constitucional nº 5, p. 89, 2000.

OST, F., *Juge-Pacificateur, Juge-Arbitre, Juge Entraîner: Trois Modèles de Justice*, *in* Fonction de Jurer et Pouvoir Judiciaire, Transformations et Déplacements, pp. 1 a 70, org. por PH. Gerard, F. Ost e M. Van de Kerchove, Bruxelas: Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, 1983.

PEREIRA DA SILVA, Jorge, Proteção constitucional dos direitos sociais e reforma do Estado-Providência, *in* A Reforma do Estado em Portugal, Problemas e Perspectivas, organizado pela Associação Portuguesa de Ciência Política, Lisboa: Editorial Bizâncio, p. 537, 2001.

PIÇARRA, Nuno, A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*, 8ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

QUEIRO, Afonso, Lições de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra: João Abrantes, 1976.

QUEIROZ, Cristina, O Problema do Controle Jurídico do Poder, Coimbra: Livraria

Almedina, 1990.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime e SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales*, in *La Proteccion Jurídica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Editora Civitas, p. 2093, 1993.

ROTUNDA, Ronald D. e NOVAK, John E., *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, vol. 3, St. Paul: West Publishing CO., 1992, pp. 500 a 521.

SCHINDLER, Dietrich, *Diritto Costituzionale e Struttura Sociale (Verfassungsrecht und soziale Struktur)*, trad. de Raffaele Bifulco, Padova: CEDAM, 1999.

SCHMIDT, Walter, *I Diritti Fondamentali Sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n° 3, p. 785, 1981.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel, Acto Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa, in Estudos de Direito Constitucional, org. por J. M. Sérvulo Correia, Bernardo Diniz de Ayala e Rui Medeiros, Lisboa: Lex, 2002.

SEVERO GIANINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*, vol. 2º, 3ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto, A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *El Estado Social como Estado Autônômico*, in *Teoria y Realidad Constitucional* n° 3, p. 61, 1999.

TEJADURA TEJADA, Javier, *Reflexiones en Torno a la Configuración de la Justicia como Servicio Público*, in *Teoria y Realidad Constitucional* n° 8-9, p. 177, 2001.

TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 2ª ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, pp. 546 a 559 e 1436 a 1463.

_____, *Constitutional Choices*, Massachussets: Harvard University Press, 1985.

TROPER, Michel, *La separation de pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

TRUCHE, Pierre, DELMAS-MARTY, Mireille, FRISON-ROCHE, Marie-Anne e

ROYER, Jean Pierre, *Débat: Le juge sous la V^e République*, in *Revue du Droit Public* nº 5/6, p. 1853, 1998.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*, 5^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

VERNET I LOBBET, Jaume, *El sistema federal austriaco*, Madrid: Marcial Pons, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *La protection des droits sociaux dans l'ordre juridique du Portugal*, in *Droits de l'Homme*, vol. III, org. por Julia Iliopoulos-Strangas, Bruxelas : Editions Ant. N. Sakkoulas Athènes, p. 671, 1997.

_____, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, vol. 2, 5^a ed., Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1999.

WEBER, Albrecht, *L'État social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel* nº 24, p. 677, 1995.

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, pp. 367 a 462.

2.3 HERMENÊUTICA DO TRIBUNAL DE NUREMBERG

ANDRÉ GONÇALVES GODINHO FRÓES

Bacharel em Direito e Mestre em Direito Econômico - UFMG

RESUMO: A História e o Direito são ciências sociais cujos objetos podem se aproximar e formar uma ciência interdisciplinar, a História do Direito. A interdisciplinaridade permite a utilização de técnicas, métodos ou raciocínios próprios de uma ou outra das ciências conjugadas. Assim é que este artigo busca a aplicação de recursos hermenêuticos típicos da Ciência Jurídica a objetos próprios da Ciência da História. Com base em princípios jurídicos e nos cânones da Jurística Romana, interpretaremos um fato histórico – o controverso Tribunal de Nuremberg –, escolhido por representar ideologias ainda presentes em muitas sociedades, nomeadamente o racismo e o nacionalismo. Se revelar a ideologia subjacente a um fato histórico por meio de recursos jurídicos hermenêuticos puder mostrar-se útil à Ciência da História, o objetivo deste trabalho estará cumprido.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Hermenêutica Jurídica. Tribunal de Nuremberg.

ABSTRACT: History and Law are social sciences whose objects may be closer and form an interdisciplinary science, the History of Law. Interdisciplinarity allows the use of techniques, methods or reasoning from one or another of the conjugated sciences. In this way, this article seeks the application of hermeneutic resources, typical of the Juridical Science, to objects proper of the Science of History. Based on legal principles and canons of Roman Law, one will interpret a historic fact – the controversial Court of Nuremberg –, chosen for representing ideologies still present in many societies, particularly racism and nationalism. If revealing the ideology behind a historical fact through hermeneutic legal resources can prove to be useful to the Science of History, the objective of this work will be accomplished.

KEY WORDS: History of Law; Legal Hermeneutics; Court of Nuremberg.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Metodologia histórica. 3 Sobre as relações entre História e Direito. 4 Hermenêutica jurídica e História. 5 Hermenêutica do julgamento de Nuremberg. 6 Nacionalismo e racismo: ideário comum aos povos superiores? 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.

1. Introdução

A História, assim como o Direito, é uma ciência de interpretações. Os objetos de cada uma dessas ciências podem, em um primeiro momento, apresentarem-se distintos, até o instante em que se confundem na experiência: fatos e normas podem ser objetos de estudo de qualquer uma dessas ciências sociais. A norma não jurisdiciza fatos e fatos jurídicos não podem ser igualmente fatos históricos? Quando assim for, estar-se-á diante de uma ciência interdisciplinar, quando não transdisciplinar – a História do Direito.

O problema deste artigo está justamente na possibilidade de aplicação de recursos hermenêuticos típicos da Ciência Jurídica a objetos próprios da Ciência da História. Assim é que tentaremos interpretar um fato histórico escolhido com base em princípios jurídicos, para buscar, com isso, descobrir-lhe a ideologia subjacente. Os passos a seguir serão, primeiramente, a exposição e a caracterização da metodologia aqui adotada; depois, a exposição das relações entre Direito e História e das aproximações que se pode fazer entre seus métodos; em terceiro lugar, explicações a respeito da hermenêutica jurídica e de sua aplicação à Ciência da História; em quarto lugar, a interpretação jurídica com fontes primárias e secundárias do controverso Tribunal de Nuremberg, um fato histórico escolhido exatamente por expressar ideologias relevantes no imaginário coletivo; e, por último, uma breve exposição sobre essas ideologias, nomeadamente o racismo e o nacionalismo. Concluimos com algumas considerações críticas acerca do fato histórico interpretado e da metodologia histórica utilizada.

2. Metodologia histórica

A História das Idéias é a metodologia adotada para este trabalho. Em princípio, a caracterização do objeto dessa vertente metodológica é variada; pode-se, com efeito, perguntar se ele é formado exclusivamente pelas idéias como entidades distintas ou se o objetivo é investigar a *existência e trajetória das idéias*. De todo modo, qual o conceito de *idéia* para a corrente metodológica adotada? Primeiramente, é necessário escolher, entre os quatro tipos de disciplinas históricas que têm as idéias como objeto, a que proverá a metodologia deste trabalho. Parece-nos que a mais adequada ao tema a ser desenvolvido é a “[...] história social das idéias, o estudo das ideologias e da difusão das idéias, [...] que remete a textos nos quais os conceitos articulados constituem os agentes históricos primários” e cujas indagações “[...] se dirigem ao texto ou ao discurso, e também à mensagem, mas sempre de olho na intertextualidade ou contextualização” (FALCON, 1977, p. 93).

A noção de *idéia* para essa corrente supera a tradicional definição de *representação*

mental de um objeto ou fato. Associa-se, na verdade, ao conceito de ideologia, não no sentido marxiano de dominação, mas no de *arcabouço axiológico que justifica as ações*. Segundo Reale (1996, p. 543), os valores são expressões do dever ser e constituem elementos deontológicos da experiência ética na História: todo valor implica uma tomada de posição de espírito (atitude positiva ou negativa), da qual resulta, ao mesmo tempo, a noção de dever (se algo vale, deve ser; se algo não vale, não deve ser). O autor define o elemento axiológico como uma “[...] dimensão essencial do espírito humano em sua universalidade que move os homens à ação (no fundo, os valores somos nós mesmos)” e, sendo a “História produto do espírito humano, nela se revelam os valores”. Nesse sentido, o conceito de ideologia pode identificar-se com o de axiologia, mas dele se diferencia por sua aplicação política e justificadora da ação. Se revelar a ideologia subjacente a um fato histórico por meio de recursos jurídicos hermenêuticos puder mostrar-se útil à Ciência da História, o objetivo deste trabalho estará cumprido.

3. Sobre as relações entre História e Direito

A identificação entre História e Direito pode ser levada a extremos, como é o caso de um dos trabalhos de Nerhot (1998), cuja tese principal consiste na assertiva de que a Ciência da História nasceu do Direito, fundamentada numa enquête realizada sobre o assunto. O autor compreende o termo história como “[...] nosso modo de conhecer e atestar o verdadeiro” e “[...] forma exclusiva do conhecimento da verdade em nossas sociedades” (NERHOT, 1998, p. 91). Quanto à sua origem, afirma que se deu “[...] nessa disputa entre o verdadeiro e o falso e que a questão da verdade no seio do pensamento ocidental” confundiu os métodos histórico e jurídico, “[...] através da *busca judiciária da verdade*” (NERHOT, 1998, p. 92, grifo nosso). Assim, o fato de os juristas sempre terem se voltado “[...] ao culto do ‘documento autêntico’, via obrigatoria da comprovação da verdade” (NERHOT, 1998, p. 94) é um dos indícios que a Nerhot parecem suficientes para afirmar que a História tenha nascido do Direito. Outro indicativo seria a identidade de método: “a) pesquisar os fatos; b) interpretar os fatos; c) interpretar as regras; d) apreciá-las em relação ao conjunto das regras jurídicas consideradas como um sistema [...]” (NERHOT, 1998, p. 93). A interpretação de uma regra para os juristas seria o equivalente a definir os fatos para os historiadores.

Quanto a esse ponto, questionamos a validade da pretensa identidade de métodos, se o que é apresentado pelo autor como *o método jurídico* não é senão um dos métodos ou raciocínios que podem ser utilizados pela Ciência do Direito. Na verdade, essa descrição quando muito se adapta ao método indutivo. O autor, desse modo, desconhece o uso dos métodos ou raciocínios dedutivo, misto e dialético por aqueles que pesquisam ou aplicam o Direito. Nerhot (1998, p. 100), entretanto, é direto ao afirmar que há uma indissociabilidade entre método histórico e método jurídico e

que “[...] a história não se separa em nada deste método”. Muito embora o ofício do historiador compreenda regras diferentes daquelas do trabalho do jurista, que pode entregar-se à ficção – entenda-se mentira – em seus raciocínios. Nerhot desenvolve ainda alguns conceitos relevantes, como as diferenças entre historicismo (explicações históricas que descrevem verdades passadas) e historicidade (a abertura de sentido dessas verdades); o problema ou função da História (abrir o sentido do presente, por meio da argumentação ou exposição fundamentada dos fatos, com o que então se reconhece o *estatuto da verdade*); e, por fim, as relações das idéias apresentadas com a epistemologia e a hermenêutica.

4. Hermenêutica jurídica e História

É esse texto de Nerhot que nos traz a idéia da aplicabilidade da hermenêutica à História, ciência em que os fatos são vistos a partir da documentação existente e escolhida pelo historiador, ou seja, por meio de obras subjetivamente escolhidas. Por causa dessa referência, julgamos útil trazer à colação as lições de Betti (1975) sobre as categorias hermenêuticas da Jurística Romana. Jurística romana legou à Hermenêutica Jurídica, a partir do trabalho de Betti, três categorias para a interpretação das normas do Direito. Tais regras hermenêuticas foram historicamente elaboradas como uma disciplina do agir, isto é, da aplicação do direito. Têm-se, assim, os cânones do direito romano, em número de três: a *objetividade* ou *autonomia* da obra; a *totalidade* ou *coerência*; e a *atualidade*.

O primeiro cânone refere-se ao dever de tratar o objeto da interpretação como *autônomo*, “[...] segundo sua própria lei de formação e conforme à sua interior necessidade, coerência e racionalidade”. Sua existência é, pois, objetiva e independente do intérprete, mas sua interpretação jamais prescinde da cultura em que se insere o sujeito. Tratando-se da obra humana, tem-se que ela preexiste ao hermeneuta, freqüentemente pertence a outra cultura ou a um momento cultural diverso e exige a interiorização de seu significado no mundo de quem a interpreta. É por este último aspecto que se afirma que a interpretação é o rompimento da distância entre o horizonte cultural em que foi elaborada e o horizonte cultural presente quando de sua interpretação. Além disso, o objeto da obra humana insere-se num mundo de significações que diferirão seu sentido de tal modo que seu próprio autor passará à simples condição de intérprete. Verifica-se, pois, um movimento dialético, do qual restará nova obra humana, modificada por novo trabalho espiritual. Permanece a obra, entretanto, objetivamente existente, autonomamente considerada, sujeita a outras interpretações, embora acrescida de significado. Muitos exemplos podem ser aduzidos, mas bastaria este para ilustrar a autonomia ou a objetividade da obra humana objeto de interpretação: o Código Penal de 1940 é lei vigente, posta pelo poder competente à observância de todos. Como norma jurídica editada há várias décadas, já foi objeto

do esforço interpretativo de muitos autores, trabalhos dos quais resultou o acréscimo de significado àquela obra. Entretanto, como lei vigente, permanece como objeto autônomo, pronto às novas interpretações que queiram dar todos aqueles que a esse trabalho se propõem.

O *segundo cânone*, o da *totalidade ou coerência*, significa que a obra deve ser interpretada como um todo sistemático. Não se deve interpretar um artigo de lei sem a consideração, v.g., do título ou da seção em que se insere, tal como não se deve interpretá-los sem a consideração de toda a lei e, em última instância, de todo o ordenamento jurídico. Há, nas palavras de Betti (1975, p. 46), uma reciprocidade hermenêutica que transita entre a unidade do todo e os singulares elementos de uma obra, reciprocidade tal que permite articular a interpretação, ora assumindo o entender a unidade do todo por meio das partes singulares, ora assumindo o entender o valor das partes singulares em virtude da unidade do todo. Complementaridade, pois, entre o sentido das partes constituintes do sistema e este, porque “[...] o matiz de uma palavra não pode ser entendido senão no contexto em que foi dita”.

O *terceiro cânone*, a *atualidade da obra*, corresponde ao dever de adequação da interpretação à evolução, ao desenvolvimento sociocultural da realidade à qual será aplicada. Assim, a interpretação da obra humana deve dar-se à luz da conjuntura cultural à qual se destinará. Uma lei, nesse sentido, deve ser compreendida em referência à realidade a que deve aplicar-se, sendo, pois, atualizada pelo intérprete. O cânone da atualidade é, portanto, aquele pelo qual o hermenêuta “[...] é chamado a recorrer por si mesmo ao processo criativo, e deste modo a reviver por dentro e a resolver, em todo caso, na própria atualidade um pensamento, uma experiência de vida que pertence ao passado” (BETTI, 1975, p. 50). O Código Penal de 1940, como lei vigente, deve servir também às situações de hoje, numa conjuntura tão diferente daquela em que foi concebido, o que é feito pela atualização que deve guardar sua interpretação. São esses, em suma, os cânones da *jurística romana* que se tornaram categorias da teoria geral da *Hermenêutica*, elaborados originalmente para o direito romano e aplicáveis à ciência hermenêutica.

Há ainda uma frase de Betti (1975, p. 152) que aplica essas idéias, razão pela qual é útil proceder à sua análise; “Toda a dialética do processo interpretativo surge da antinomia entre a subjetividade do entender e a objetividade do sentido a atribuir como, por outra parte, da antinomia da atualidade do sujeito e a alteridade do objeto brota a dialética de todo processo cognoscitivo”. A interpretação da assertiva acima transcrita pode fundamentar-se em sua construção eminentemente lógico-dialética. Com efeito, Betti produz uma analogia em que, primeiramente, dois elementos são afirmados como constitutivos de um processo e, em seguida, têm sua estrutura antinômica comparada a outra antinomia entre dois outros elementos de um segundo processo. Tal analogia

contém elementos que podem ser, outrossim, dialeticamente comparados entre si.

Afirma o autor que há uma antinomia essencial que origina a dialética do processo interpretativo, entre a *subjetividade do entender* e a *objetividade do sentido*. Compreende-se o primeiro elemento como a característica presente naquele que interpreta, no sujeito da interpretação. Assim, o intérprete é imbuído de um arcabouço cultural que informa sua visão de mundo e, por via de consequência, do objeto que interpreta. Sua subjetividade filtra o entendimento do objeto. Entretanto, o mesmo objeto é autônomo e tem seu sentido objetivado na realidade. Um objeto em primeiro lugar *é*; somente depois *será* alguma coisa para o intérprete. O sentido que encerra encontra-se, pois, objetivamente posto à interpretação, uma vez que, sendo referido à obra humana, na experiência do espírito humano universal se insere. Assim é que mesmo o autor da obra passa a ser mero intérprete quando ela está posta, pois o sentido que o criador quis atribuir-lhe relaciona-se aos inúmeros outros sentidos da obra humana na História. Verifica-se, portanto, uma patente antinomia entre a subjetividade do entendimento do hermeneuta e a objetividade do sentido da obra, que forma a dialética fundamental do processo de interpretação.

De outro lado, também o processo cognoscitivo é dialético, e o contraste dá-se, segundo Betti (1975), pela antinomia entre a *atualidade do sujeito* e a *alteridade do objeto*. Quando conhece, o sujeito está inserido em um âmbito cultural que, conforme afirmamos, determinará sua visão das coisas. Assim, no momento em que se desenvolve o processo cognoscitivo, o sujeito é atual em relação ao objeto, que, ao contrário, já foi posto no mundo da cultura que pertence, de certa forma, ao passado. Por outro lado, o objeto está posto em um mundo cultural diferente daquele no qual vive o sujeito; o objeto está em estado de alteridade, de diferença em relação ao sujeito. Como, para conhecer, é preciso que ocorra a introjeição do objeto na cultura do sujeito, há antinomia entre tais elementos do processo cognoscitivo.

A dialética da assertiva também pode dar-se com os elementos antinômicos dos processos, uns com os outros. Nesse sentido, vê-se que *subjetividade do entender* e *atualidade do sujeito* são ambos referidos ao sujeito dos processos, representando suas características necessárias. O conhecimento é *subjetivo* e se dá em relação com o *atual* estado cultural do sujeito. Também a *objetividade do sentido* e a *alteridade do objeto* são caracteres presentes na parte objetiva dos processos. O objeto é *objetivamente* posto, assim como o seu sentido (se for levada em consideração a autonomia do objeto, como explicada acima). Ora, se os elementos constitutivos de sua dialética essencial são relacionáveis, os processos devem igualmente sê-lo. Assim é que, e.g., todo processo interpretativo pressupõe conhecimentos prévios, para que possa desenvolver-se. Não é possível conhecer sem já ter conhecido. Do mesmo modo, os novos conceitos produzidos pelo processo interpretativo influenciam o processo de

conhecimento, visto que haverá novos sentidos da obra humana a compreender.

Todas essas idéias parecem aplicar-se bem à História, tendo em vista não apenas o texto de Nerhot, mas também o de Schaff (1978). As discussões apresentadas por esse autor quanto às correntes positivistas e presentistas da História ficam mais claras com a contribuição de Betti, ainda mais quando se considera que se trata de duas ciências sociais cujos objetos de estudo não são exatos. Ao afirmar que Hegel foi um *precursor inesperado* da escola presentista, Schaff (1978, p. 107) cita duas passagens do livro de Hegel, *Leçons sur la Philosophie de L'Histoire*, que parecem ilustrar a aplicação dos cânones da atualidade e da autonomia da obra:

O essencial é aqui a elaboração do lado histórico, o trabalhador [o historiador] aplica-lhe seu espírito, que difere do espírito do conteúdo.

[...].

Quando se trata do passado e nos ocupamos de um mundo longínquo, abre-se um presente para o espírito que este tira da sua própria atividade em recompensa de seu esforço... Reflexões pragmáticas, por mais abstratas que sejam, são assim de fato o presente e dão a narrativas do passado a animação da vida atual.

Outro historiador, Duby (1989, p. 12), também faz referência à atualidade da obra, ao tratar sobre o casamento e o amor na Idade Média:

O medievalista [tem uma] posição [...] muito menos segura do que a dos etnólogos que analisam sociedades exóticas e mesmo do que a dos historiadores da Antigüidade – pois a cultura que ele estuda é em grande parte a sua, quer ele se esforce por examiná-la com um certo distanciamento, quer permaneça relutantemente prisioneiro de um ritual e de um sistema de valores que não apresentam diferenças fundamentais em relação àqueles que examina e deseja desmistificar.

Vejamos, a seguir, como a aplicação dos conhecimentos proporcionados pela Ciência Jurídica pode conduzir a uma interpretação crítica de um objeto que se encontra eminentemente nos domínios da História.

5. Hermenêutica do julgamento de Nuremberg

Talvez seja possível aplicar as categorias hermenêuticas já expostas a um fato histórico escolhido. Tentemos como exercício desvendar os juízos de valor expressos pelo Tribunal de Nuremberg, o Tribunal Militar Internacional que funcionou entre 1945

e 1946 na cidade alemã de Nuremberg, com o fim de julgar prisioneiros de guerra nazistas. A legitimidade daquele juízo pode ser abordada de forma crítica com o uso de critérios minimamente objetivos, tais como alguns dos princípios jurídicos postos pelo direito internacional público e pela teoria do processo. É por esse motivo que o acontecimento será analisado, em seguida, à luz de princípios do direito processual.

Em primeiro lugar, o princípio do juízo natural pode servir como sustentação a uma crítica ao Tribunal de Nuremberg. Tratava-se de um tribunal *ad hoc* (para o ato), uma vez que se destinava a julgar fatos precedentes. Além disso, o julgamento foi conduzido por pessoas que não eram investidas de autoridade jurisdicional internacional, segundo as normas de direito internacional público então vigentes. Essas características infirmam a juridicidade do Tribunal e fazem nele sobrelevar contornos do que se pode denominar *luta de moralidades*, bem evidenciada, aliás, no filme *Julgamento de Nuremberg* (WARNER BROTHERS, 2000), na passagem em que o Promotor Jackson afirma a necessidade de se empreender o julgamento da moral nazista, com a conseqüente afirmação dos valores dos julgadores.

É preciso ainda realçar que as pretensas autoridades que conduziram o julgamento advieram dos Estados integrantes da chamada Grande Aliança, o que materializa fato contrário ao princípio da imparcialidade do juízo, porque esses Estados eram, obviamente, interessados na condenação dos réus. Desse modo, uma vez impostas as condenações resultantes dos julgamentos, ocorre a perfeição de dois fatores que, na leitura de Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 21), configurariam a autotutela: “a) a ausência de juízo distinto das partes; b) a imposição da decisão por uma das partes à outra [...]”. Adicionam os autores que a autotutela, no plano internacional, “[...] é representada pela agressão bélica, pelas ocupações, invasões, intervenções (inclusive econômicas), ou ainda pelo *julgamento de inimigos por tribunais de adversários* [...]” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1999, p. 24, grifo nosso).

Se de fato existisse à época entidade legítima e imparcial para julgar as violações de direitos humanos perpetradas na Segunda Guerra Mundial, militares dos Estados Unidos também seriam levados a julgamento, sobretudo em razão dos acontecimentos de Hiroshima e Nagasaki¹. Seriam as autoridades dos Estados Unidos capazes de julgar a si próprias? Nesse marco, ressurgem um dos principais desafios do Direito Internacional Público: a ausência de uma entidade de expressão global que, com validade e efetividade, solucione os conflitos, senão com justiça, ao menos com objetividade, ou seja, fundada em critérios que não provenham da subjetividade do julgador. No cenário internacional, ainda prima a força como regente das relações

¹ Dentre os crimes previstos no instrumento jurídico fundante do Tribunal de Nuremberg, a Carta do Tribunal Militar Internacional, há os crimes de guerra, que compreendem, dentre outras condutas, a *destruição temerária de cidades* (*wanton destruction of cities*).

entre os Estados. Diz Ascensão (1987, p. 66) a esse respeito:

[...] como esses Estados só emprestam a sua força para o que for de seu interesse, é difícil distinguir a chamada ‘imposição de sanções internacionais’ da própria prossecução da política dos grandes blocos, sob a máscara de deliberação internacional. Pelo menos, é seguro que a uma grande potência nunca se impõe nada pela força – e as grandes potências violam o Direito Internacional com maior facilidade do que as outras, por estarem certas da impunidade.

Algumas fontes históricas primárias que recolhemos sustentam essas críticas. O fato de o Tribunal de Nuremberg ter sido instituído no pós-guerra é confirmado pelo Acordo de Londres assinado em 8 de agosto de 1945 – três meses após encerrada a Guerra na Europa – entre os governos dos Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e União Soviética, que autorizou seu funcionamento. A Carta do Tribunal Militar Internacional previa a existência de quatro tipos penais, os crimes contra a paz, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e a conspiração para cometer o primeiro ou o terceiro desses delitos (INTERNATIONAL, 2006a). As sanções estavam previstas no artigo 27, mas de forma bastante aberta: o Tribunal tinha o direito de impor a um réu a pena de morte ou qualquer outra punição que considerasse justa. Conhecimentos básicos de Direito Penal seriam suficientes para verificar a extravagância dessas disposições: pelo princípio da legalidade (não há crime sem *lei anterior* que o defina; não há pena sem *prévia* cominação legal), *lex gravior*, que criminaliza condutas ou piora a situação do réu, não retroage, *i. e.*, não alcança situações anteriores. Assim, como seria admissível criminalizar condutas após sua ocorrência? O princípio basilar do direito penal é o da legalidade, que é explicado da seguinte maneira por Hungria (1955, p. 11-12, grifo nosso):

A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. *Sub specie juris*, não existe crime ‘sem lei anterior que o defina, nem lei sem prévia cominação legal’. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo costume. [...] Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo ao *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, [...] o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal.

Em uma das seções do julgamento, argüiu-se, quanto a esse ponto, que os crimes de guerra (o segundo tipo penal da Carta, portanto) já eram reconhecidos pelo direito internacional, nomeadamente pela Convenção de Hague, de 1907, e pela de Geneva, de 1929. Admitiu-se, entretanto, que o artigo 2º daquele primeiro tratado estatuiu que suas normas não se aplicavam senão à partes contratantes e somente se todos os beligerantes fossem partes da Convenção. Nesse caso, muitos dos países beligerantes não o eram. O Tribunal pronunciou-se do seguinte modo: “Na opinião do Tribunal não é necessário decidir essa questão. As regras da guerra terrestre, expressas na Convenção, indubitavelmente representaram um avanço do direito internacional quando de sua adoção. [...] As regras dessa Convenção *foram reconhecidas por todas as nações civilizadas*” (INTERNATIONAL, 2006a, grifo nosso).

Assim, ao Tribunal pareceu suficiente impor a retroatividade de novos tipos penais sob o argumento de que representavam os padrões adotados pelas *nações civilizadas*. Um outro dispositivo tão extravagante quanto os desses artigos encontra-se no artigo 29 da Carta, segundo o qual o Conselho de Controle para a Alemanha podia, a qualquer tempo, reduzir ou alterar as sentenças do Tribunal, embora não pudesse aumentar sua severidade. As decisões do Órgão jurisdicional não são, aqui, definitivas. Referimos linhas atrás que o Promotor Jackson – no filme citado – entende necessário julgar a moral nazista e afirmar os valores dos julgadores. Muitas passagens de uma declaração e dois relatórios redigidos por essa personagem histórica confirmam, se não a locução dessas palavras, a defesa desse ideário.

O primeiro dos relatórios foi dirigido ao presidente dos Estados Unidos, em 7 de junho de 1945 (JACKSON, 2006a). O *justice* (juiz) Robert H. Jackson foi nomeado Chefe de Conselho para os Estados Unidos com a incumbência de processar os *principais criminosos de guerra do Eixo*. Já de início, faz notar em seu relatório que as responsabilidades a ele conferidas não se estendem a inúmeros outros casos passíveis de julgamento, como o assassinio perpetrado por alemães – inclusive civis – de pilotos americanos cujos aviões foram abatidos e de prisioneiros de guerra. Assim, o “[...] número de ilícitos conhecidos deve superar em muito o número de processos, porque testemunhas raramente são hábeis a identificar satisfatoriamente soldados uniformizados cujos atos tenham testemunhado”. E aqui vem uma justificativa importante para restringir o julgamento aos maiores criminosos: “Essa dificuldade de identificar adequadamente perpetradores individuais de atrocidades e crimes faz com que seja mais importante que procedamos contra os oficiais do topo e organizações responsáveis por originar as políticas criminosas, porque só agindo assim poderá haver uma retribuição justa a muitos dos mais brutais atos” (JACKSON, 2006a, p. 2). “Temos muitos desses homens sob a nossa tutela”, continua o juiz-promotor. “O que devemos fazer com eles?” Uma das opções seria libertá-los, mas muitas vidas americanas foram sacrificadas para subjugar-los. “Libertá-los sem um julgamento

seria escarnecer dos mortos e tornar cínicos os vivos”. Por outro lado, poderiam executá-los ou puni-los de outro modo sem julgamento. “Mas execuções ou punições sem provas definitivas de culpa, lícitamente obtidas, violariam direitos repetidamente reconhecidos, e não seriam facilmente aceitas pela consciência americana ou lembradas por nossas crianças com orgulho.” Então, o único caminho a seguir é determinar a culpa ou inocência dos acusados em um julgamento, “[...] tão desapassionado quanto os tempos e horrores com que lidamos permitirem”. Todavia, esse julgamento não devia ser iluminado pelos mesmos princípios do sistema legal americano, “[...] em que a defesa é uma questão de direito constitucional”. O processo deveria ser justo, para que tivessem a certeza de estar punindo os “[...] homens certos pelos motivos certos”. Mas deveria igualmente impedir a utilização de táticas de defesa obstrutivas e dilatórias comuns nos juízos ordinários.

Jackson (2006a, p. 5-6) prevê o perigo de que esse julgamento imergisse na “[...] multidão de disputas doutrinárias que fazem parte da parafernália dos advogados” e recomenda o remédio de identificar os tipos penais adotados com as noções fundamentais daquilo que, na guerra, repugna a consciência do povo americano para, afinal, convencer a todos de que “[...] a liberdade e civilização americanas não poderiam conviver no mesmo mundo com o poder nazista.” É nessa passagem e em outras que citaremos a seguir que a ideologia de um ator importante do fato histórico analisado expressa-se melhor: “Aqueles atos que ofenderam a consciência de nosso povo eram criminosos pelos padrões aceitos em todos os países civilizados, e eu acredito que devemos punir os responsáveis em total consonância tanto com nossas tradições de honestidade quanto com os padrões de conduta justa que têm sido internacionalmente aceitos”. E continua sua justificação do julgamento pelo espírito do povo americano:

Antes de fundamentar essas ofensas em termos legais e conceitos, deixe-me rememorar o que afrontou o senso de justiça de nosso povo. [...] Nosso povo foi ultrajado pelas opressões, pelas formas cruéis de tortura, pelo assassinato em massa, pelo confisco em massa da propriedade que foram iniciados pelo regime nazista na Alemanha. Eles testemunharam perseguições da maior enormidade por motivos religiosos, políticos e raciais, o fechamento de sindicatos trabalhistas e o desprezo por todo princípio moral e religioso.[...]

Nós propomos punir atos que têm sido considerados criminosos desde o tempo de Cain e foram escritos como tais em todos os códigos civilizados (JACKSON, 2006a, p. 8).

Após fazer referência à Bíblia, num claro apelo à base da religião ocidental, recorre a outro elemento cultural estadunidense, na citação de uma frase de um de seus

presidentes: “Nosso povo tem aguardado esses julgamentos no espírito de Woodrow Wilson, que esperava ‘dar ao Direito Internacional o tipo de vitalidade que ele somente pode ter se for a real expressão de nosso julgamento moral’” (JACKSON, 2006a, p. 8). *Justice* Jackson não se limita ao discurso abertamente ideológico e inclui em seu relatório fundamentos jurídicos. É claro que o Direito pode ser usado como justificativa para posições políticas; na verdade, sua construção é sempre parcial, pois privilegia alguns interesses ou valores de alguns grupos em detrimento dos de outros. Mas sua utilização política torna-se bastante visível quando os argumentos aduzidos revelam-se frágeis. Não seria possível esperar que a fundamentação jurídica do jurista americano se desse de outra maneira.

Nessa parte, em suma, ele pondera que seria melhor restabelecer aqueles argumentos iniciais em termos jurídicos mais técnicos. Como se viu, uma das maiores dificuldades de instalar um Tribunal Militar Internacional era o fato de constituir um juízo de exceção, julgando crimes tipificados *post factum*; em outras palavras, tratava-se de um tribunal sem legitimidade. Nesse sentido, e com o fim de suprir essa carência, é que o relatório se estende na análise de Convenções Internacionais que poderiam ser aplicáveis para punir os prisioneiros nazistas mais importantes. Mas, conforme o visto, apenas a Convenção de Hague, de 1907, e a de Geneva, de 1929, previam um dos quatro crimes estatuidos pelos Aliados em 1945 – e, note-se, apenas um deles. Mesmo assim, aquele tratado, de um lado, não poderia aplicar-se a países que não fossem seus signatários e, de outro, somente poderia ser argüido caso todos os beligerantes envolvidos fossem signatários (artigo 2º, citado).

Diante dessas dificuldades, o promotor Jackson (2006b, p. 9) recupera a doutrina de Grotius, segundo o qual há guerras justas e injustas, guerras de defesa e de agressão. Sendo a iniciativa beligerante alemã injusta e agressiva, mereceria ser de *per se* punida. Por fim, um argumento de transição entre o jurídico e o ideológico: “A não ser que estivéssemos prontos a abandonar todo princípio de crescimento do direito internacional, não podemos negar que nossos próprios dias têm o direito de instituir costumes e concluir tratados que vão eles mesmos tornarem-se fontes para um Direito Internacional renovado e mais forte” (JACKSON, 2006b, p. 9).

Em outras palavras, se não há convenções internacionais que possam ser validamente aduzidas para fundamentar o julgamento, *as quatro maiores potências do mundo* têm o direito de pactuar seus próprios acordos e fazê-los retroagir a fatos passados, ainda que se derroguem princípios jurídicos basilares como o da legalidade do direito penal. Da declaração que referimos acima como outra das fontes primárias que colecionamos, parece-nos importante destacar uma assertiva e uma motivação desse agente histórico. A primeira revela a consciência de que o julgamento poderia ser tomado como um ato político de imposição da vontade dos vencedores sobre os perdedores e, além disso,

de que era inevitável dar a roupagem jurídica a esse ato. A passagem é a seguinte:

O perigo, tanto quanto importa ao juízo moral do mundo, é que esse julgamento seja considerado como meramente político, em que o vencedor impõe vingança sobre o vencido. Ainda que isso pareça indesejável, parece não haver um modo diferente de fazer alguma coisa com esses crimes contra a paz e a humanidade, exceto aquele em que os vencedores julguem os vencidos (JACKSON, 2006b).

A motivação referida está expressa em mais de uma passagem de sua declaração (*Statement*) e diz respeito ao receio de desagradar a opinião pública americana com a provável demora no processo, complicado pela diversidade de entendimentos entre as quatro potências, pelos sistemas jurídicos diferentes (*common law*, *civil law* e soviético) e pela necessidade de traduzir todos os atos processuais em quatro línguas: inglês, francês, russo e alemão. Vê-se como a posição do promotor era extremamente política.

O segundo e último relatório que examinaremos dá conta da conclusão dos trabalhos do Tribunal de Nuremberg. A ele o *justice* Jackson dá um tom de satisfação do árduo dever cumprido; estende-se na descrição das dificuldades superadas na organização administrativa e adota ora o tom profético: “O Tribunal de Nuremberg constituirá o mais importante avanço moral fruto dessa guerra” (JACKSON, 2006c, p. 6), ora os tons ameaçador e pedagógico “Ninguém poderá a partir de agora negar ou afirmar desconhecer que os princípios sob os quais os nazistas foram condenados a perder suas vidas constituem lei e lei com sanção” (JACKSON, 2006c, p. 6). Admite, ainda, o cometimento de vários erros na condução do Tribunal, que não diz quais foram e que considera desculpáveis em virtude da grandiosidade do trabalho realizado. Seleccionamos, a seguir, alguns dos trechos mais marcantes do filme *Julgamento de Nuremberg* (WARNER BROTHERS, 2000), os quais nos chamaram a atenção ora por seu possível conteúdo de crítica ao Tribunal e à política estadunidense, ora por transparecer conclusões a respeito do regime nazista do prisma da dignidade da pessoa humana. Sobre o racismo:

Herman Goering: ‘Responda-me: o que foi Hiroshima? Um experimento científico? Os EUA bombardeariam a Alemanha como fizeram no Japão, matando o maior número possível de civis? Acho que não. Para a sensibilidade americana, uma criança caucasiana é mais humana que uma japonesa’.

H.G.: ‘E quanto a oficiais negros em seu Exército? Eles comandam tropas em combate? Usam o mesmo ônibus dos brancos? As leis de segregação do EUA e as leis anti-semitas só se diferenciam em grau’.

Sobre os resultados do julgamento:

Herman Goering: ‘Quanto ao julgamento, nossas declarações foram aceitas apenas quando apoiavam a acusação. E eram vistas como perjúrio quando se voltavam contra ela. Isso não é base de prova. Por que estou aqui sentado sendo tratado como um criminoso comum? Digo aos meus juizes: não tenham ilusões. Com as três maiores nações do mundo lutando contra nós, finalmente fomos vencidos pela enorme superioridade deles. A justiça não tem absolutamente nada a ver com esse julgamento’.

Albert Speer: ‘Como pôde uma nação tão avançada, tão instruída, tão sofisticada como a Alemanha ter sido seduzida pela maldade de Hitler? A explicação é a comunicação moderna. Um líder já não precisa delegar autoridade a seus subordinados exercitando o julgamento imparcial. Com a comunicação moderna, Hitler pôde governar pessoalmente. Assim, quanto mais técnico fica o mundo, mais a liberdade individual e as regras da humanidade se tornam essenciais. [...] É por isso que esse julgamento deve contribuir para prevenir tais guerras no futuro’.

Não se pode, é claro, falar de fidedignidade histórica dessas palavras, pois provêm de uma fonte secundária mais ou menos fantasiosa. Não conseguimos encontrar qualquer referência a alegações finais dos réus ou a discursos que tenham sido permitidos durante o julgamento. Mas essas citações foram mantidas com o intuito de aproveitar o que de positivo ressalta dos filmes, isto é, a ambientação do fato histórico que as imagens podem prover.

6. Nacionalismo e racismo: ideário comum aos povos superiores?

Como último tópico de análise, gostaríamos de destacar a idéia de nacionalismo e racismo presente tanto nesses diálogos como nas passagens assinaladas das fontes primárias consultadas. A função deste tópico é a de tentar preservar ou aplicar o cânone da totalidade ou coerência da obra, ao inserir o fato histórico anteriormente analisado em um arcabouço ideológico maior de que é subjacente. Conforme a linha de pensamento que adotamos na construção deste texto, o fato histórico *Julgamento de Nuremberg* é uma obra humana a que se pode aplicar os cânones. Até agora, essa obra teve nova interpretação com base tanto em fontes primárias quanto em fontes secundárias (o filme citado, em si, constitui outra interpretação). Aplicou-se, pois, a autonomia da obra. Já sua atualidade – a imersão no mundo do intérprete – perfaz-se desde a escolha subjetiva do tema de estudo até a utilização de recursos de uma Ciência que lhe é familiar e que representa, portanto, um ponto de apoio para adentrar as searas da História. Faltaria situar a série de recortes feitos nessas páginas em algo

que lhes desse coerência ou totalidade. É o que buscamos a seguir com a exposição das ideologias do nacionalismo e do racismo.

Segundo Catelli (1993, p. 15-16), “[...] nos países surgidos com o Tratado de Versalhes o nacionalismo se concretizou na repressão às minorias”, enquanto que, “[...] nos demais países europeus, nos Estados Unidos e no Japão ele assumiu a forma de xenofobia, racismo e anticomunismo”. Esse autor exemplifica com o caso dos Estados Unidos, “[...] em que se disseminou um nacionalismo protestante, puritano e hostil a tudo que não fosse ‘100% americano’: negros, judeus, católicos, socialistas, ateus e imigrantes em geral”. O autor afirma que a política de imigração adotada durante o século XIX e início do século XX aumentou consideravelmente a população americana; na década de 1920, entretanto, “[...] substituiu-se a imigração irrestrita por um rígido controle”, como reflexo da Primeira Grande Guerra. A justificativa para a nova política teriam sido problemas internos causados por “[...] imigrantes de procedência européia durante a guerra e, principalmente, a nova concepção de que havia povos inferiores e superiores. As novas leis de imigração estabeleciam cotas que limitavam a entrada dos considerados inferiores”². A nova política imigratória assumiu formas variadas, mas pode-se destacar duas: a lei seca e, em um âmbito muito mais amplo, o movimento eugênico. Segundo Catelli (1993, p. 16),

[...]entre as medidas adotadas para ‘americanizar’ a América, a mais inusitada foi a Lei Seca. Tratava-se de uma emenda à Constituição, aprovada em janeiro de 1920, que proibia o consumo de bebidas alcoólicas. Os legisladores americanos proclamavam abertamente que a nova emenda constitucional era dirigida aos ‘notórios hábitos de beber’ dos imigrantes. Seu resultado, entretanto, foi oposto ao desejado. Até a década de 30, quando a lei foi revogada, muitos imigrantes enriqueceram e se tornaram poderosos graças ao comércio ilegal de bebidas. Em Nova York, a fabricação e o contrabando de bebidas alcoólicas pertenciam a judeus, italianos, poloneses e irlandeses.

O movimento eugênico (*i. e.*, de boa origem ou genética) é apontado por Rifkin (1999) como um componente do passado recente da história norte-americana pouco conhecido, mas que contou com grande número de adeptos entre políticos, cientistas

² A historiadora Gomes (2002, p. 235, grifo nosso) também faz referência à política racial no Brasil: “Esses imigrantes eram muito desejados, não tanto porque *governos e empresários* avaliassem que tínhamos pouca quantidade de mão-de-obra disponível para o trabalho, e sim porque *acreditavam que nossos trabalhadores, negros e ex-escravos, não eram tão adequados ao progresso material e moral de nossa economia e sociedade. Segundo as idéias cientificistas muito compartilhadas na época*, o ideal de uma ‘boa’ sociedade seria alcançada com o branqueamento de sua população, o que já vinha ocorrendo no Brasil com a mestiçagem, mas que podia ser acelerado com a entrada de imigrantes brancos, considerados mais capazes e dedicados ao trabalho”.

e membros da sociedade civil. Eis uma das declarações de um deles:

Um dia perceberemos que o principal dever, o dever inevitável de um cidadão correto e digno, é o de deixar sua descendência no mundo; e também que ele não tem o direito de permitir a perpetuação do cidadão incorreto. O grande problema da civilização é assegurar o aumento relativo daquilo que tem valor, quando comparado aos elementos menos valiosos ou nocivos da população [...]. O problema não será resolvido sem uma ampla consideração da imensa influência da hereditariedade [...]. *Eu desejo muito que se possa evitar completamente a procriação de pessoas erradas*; e é o que se deve fazer, quando a natureza maligna dessas pessoas for suficientemente flagrante. *Os criminosos devem ser esterilizados, e aqueles mentalmente retardados devem ser impedidos de deixar descendência [...]* a ênfase deve ser dada à procriação de pessoas adequadas (ROOSEVELT apud RIFKIN, 1999, p. 123, grifo nosso).

Rifkin (1999) afirma que não seria surpreendente se se tomassem essas frases como proferidas por algum militar nazista. Na verdade, foram escritas por Roosevelt, presidente americano. Várias leis eugênicas foram promulgadas pelos estados americanos e, como resultado disso, “[...] dezenas de milhares de cidadãos norte-americanos foram compulsoriamente esterilizados”. A primeira lei de esterilização foi aprovada pelo estado de Indiana em 1907 e instituía “[...] a esterilização obrigatória de pessoas confirmadamente criminosas, mentalmente retardadas e outras”. A Suprema Corte declarou a constitucionalidade dessas leis ao decidir que a esterilização era da alçada do poder estadual (RIFKIN, 1999, p. 128). Em 1925, ainda segundo Rifkin, oficiais alemães escreveram aos governos estaduais norte-americanos em busca de informações a respeito da legislação sobre esterilização. Um dos então importantes defensores da eugenia na Alemanha observou: “O que nós, higienistas raciais, propomos não é novo ou inédito. Nos Estados Unidos da América, uma nação cultural de primeira grandeza, aquilo que buscamos foi implantado há muito tempo” (BECKWITH apud RIFKIN, 1999, p. 133). Anos mais tarde, ainda segundo Rifkin,

[...] o Führer decretou a Lei de Saúde Hereditária, uma legislação sobre a esterilização eugênica, que seria o primeiro passo para um programa de eugenia em massa que aniquilaria milhões de pessoas nos 12 anos seguintes. Em resposta ao início da campanha eugênica de Hitler, os eugenistas norte-americanos observaram que a Alemanha ‘caminhava para uma política que estava de acordo com os melhores princípios de eugenistas de todos os países civilizados’ (POPENOE apud RIFKIN, p. 133).

Quanto ao racismo, Catelli (p. 17) o aponta como “[...] outro componente importante da nova ideologia nacionalista”. Segundo o autor, os judeus foram sua vítima preferencial na Europa Central e Oriental, enquanto, nos Estados Unidos, foram os negros. Nesse país, a Ku Klux Klan ressurgiu em 1915 e reuniu pessoas que, “[...] contrárias à recente abolição da escravidão, [...] esmeravam-se em aterrorizar os negros, por meio de extrema violência, para os impedir de ocupar novo lugar na sociedade”. Quando de seu ressurgimento, “[...] suas vítimas passaram também a incluir judeus, comunistas e estrangeiros”. Em 1921, a organização já reunia mais de cem mil súditos e representava o imaginário xenófobo de “[...] políticos medíocres e pequenos negociantes do Sul dos Estados Unidos”. E acrescenta: “Durante seu apogeu nos anos 20, a Ku Klux Klan serviu para refletir as fobias do pós-guerra e os ódios professados por patriotas fanáticos, fundamentalistas religiosos e partidários da supremacia branca”. Dessa maneira, ainda segundo Catelli, o protecionismo econômico e o nacionalismo exacerbado integrantes da nova ordem mundial surgida com as Guerras Mundiais e a Revolução Russa são fenômenos comuns aos países desenvolvidos. O nacionalismo e o racismo são ideologias que encontraram o máximo de sua realização no nazismo. Hitler – mas também Stalin – levou o ideal de nacionalidade presente na Europa e nos Estados Unidos a extremos.

7. Conclusão

O que se pode concluir dessas semelhanças ideológicas entre os povos tidos como superiores? Com exceção das fontes primárias que compulsamos (sem as quais o fazer História pode resvalar em mera especulação com base nas opiniões de autores), não é possível afirmar que os fatos referidos no item anterior sejam totalmente verdadeiros. A Ku Klux Klan e suas atividades o são. Mas e as frases citadas por Rifkin, que as retira de outros autores? O Tribunal de Nuremberg foi uma ocasião de julgamento entre povos tidos como superiores e civilizados. Se foi uma imposição de moralidades ou de ideologias, quais foram elas? É o que se tentou responder e caracterizar no tópico precedente. Pode-se perguntar qual é a opinião do autor sobre o que deveria ter sido feito com os perpetradores dos horrores do regime nazista, ao invés de enforcá-los. Eu não sei a resposta.

O que incomoda a um advogado nesse caso é o fato de o Direito ter sido usado como mero disfarce para uma luta política, em que nenhum dos adversários poderia ser considerado inocente: os nazistas mataram em escala e organização industriais; os americanos, de forma instantânea e tecnológica; os britânicos, franceses e russos entraram na guerra por seus impérios. Mas, depois da Guerra, os vencedores jamais seriam julgados. Os nazistas foram os melhores réus, pois documentaram vastamente, em foto e vídeo, muitos dos horrores que cometeram. Entretanto, como é possível aceitar a imposição da pena de morte à maioria dos réus por um juízo de exceção?

Como aceitar a condenação à morte em si, ainda que por um juízo legítimo? Essa é a verdadeira motivação da contestação que aqui se fez.

Talvez o *justice* Jackson estivesse com a razão ao afirmar que o único meio de promover uma *retribuição justa* era determinando a culpa ou a inocência dos acusados em um julgamento tão *desapaixonado quanto os tempos e os horrores* com que lidavam permitissem. Essa única opção afirma, mais uma vez, a instrumentalidade do Direito: ainda que a Ciência Jurídica avance e construa parâmetros normativos e principiológicos mais perfeitos, seu confronto com a realidade política o reduz a mero instrumento. Tanto quanto as ideologias, o Direito legitima os atos e tranqüiliza os corações. Hobsbawm (1995, p. 17) diz que a democracia foi salva pela “[...] aliança bizarra entre o capitalismo liberal e o comunismo” e que,

sem a vitória do Exército Vermelho sobre a Alemanha, um feito do regime instalado na Rússia pela Revolução de Outubro, o mundo hoje (com exceção dos EUA) provavelmente seria um conjunto de variações sobre temas autoritários e fascistas, mais que variações sobre temas parlamentares liberais. Uma das ironias deste estranho século é que o resultado mais duradouro da Revolução de Outubro, cujo objetivo era a derrubada global do capitalismo, foi salvar seu antagonista, tanto na guerra quanto na paz, fornecendo-lhe o incentivo – o medo – para reformar-se após a Segunda Guerra Mundial e, ao estabelecer a popularidade do planejamento econômico, oferecendo-lhe alguns procedimentos para sua reforma. (Hobsbawm, 1995, p. 17)

A metodologia adotada, por sua vez, apresenta restrições de alcance: pode-se fazer apenas recortes que, ainda que esclarecedores das motivações dos agentes históricos, não esgotam os fatos ou não os tratam com a amplitude e situação que outras metodologias podem proporcionar. A História fica, assim, uma ciência de reduções de uma realidade complexa demais para ser totalmente abrangida. Caso não se consultem fontes primárias, a História das Idéias resume-se a meras especulações sobre as *dimensões essenciais do espírito humano que movem os homens à ação*, sobre os valores. Mas, considerando que o passado jamais pode ser inteiramente recuperado, não haveria grande legitimidade de fazer esse tipo de pesquisa? É a História mais que uma Ciência de recortes, como de resto todas as ciências sociais o são?

8. Referências bibliográficas

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. Lisboa: Verbo, 1987.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1975.

CATELLI, Roberto. *O mundo contemporâneo*. São Paulo: DBA Artes Gráficas, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DUBY, George. *Idade Média, idade dos homens: do amor e outros ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

FALCON, Francisco. História das idéias. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo. *Domínios da história*. Rio de Janeiro: Campus, 1977.

GOMES, Ângela de Castro; PANDOLFI, Dulce Chaves; ALBERTI, Verena. *A república no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Charter of the International Military Tribunal*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2006a.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. *Judgment: the law relating to war crimes and crimes against humanity*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2006b.

JACKSON, Robert H. *Report to the president on atrocities and war crimes*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jack01.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2006a.

JACKSON, Robert H. *Statement by justice Jackson on war trials agreement*. Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2006b.

JACKSON, Robert H. *Report to the president by Mr. Justice Jackson*. Disponível em:

<<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2006c.

NERHOT, Patrick. No princípio era o direito. In: BOUTIER, Jean; JULIA, Dominique. (Org.). *Passados recompostos: campos e canteiros da História*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 1998.

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

RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. Tradução e revisão técnica da Arão Sapiro. São Paulo: Macron Books, 1999.

SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

WARNER BROTHERS. *Julgamento de Nuremberg*. 2000. Filme.

2.4 ASPECTOS SOBRE A INTENCIONALIDADE DO DIREITO A PARTIR DE UMA APROXIMAÇÃO ÀS REGRAS DOS JOGOS DE LINGUAGEM DE WITTGENSTEIN

ISAAC SABBÁ GUIMARÃES

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra
Promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina

RESUMO: O presente artigo tem por escopo investigar a possibilidade de estabelecer aproximações filosóficas do sistema de Wittgenstein ao mundo lingüístico-jurídico que, pelo fato de não ser conceitual e de tangenciar uma linguagem do homem comum (para além de uma linguagem *paracientífica* adstrita precipuamente à práxis forense, o jurista recorre a expressões da linguagem comum, que evidenciam sua vinculação à área fenomênico-social), apresenta inúmeras imprecisões. Ao compreender-se o direito, no entanto, como fenômeno social e meio de realização da Justiça, interdita-se uma interpretação das expressões jurídicas carregada de valores ideológicos e morais. Assim, a aproximação proposta tende a autonomizar a palavra em relação àqueles tipos de valores e das concepções individuais do jurista, inserindo-a em *jogos-de-linguagem* e estabelecendo uma gradação de significados a partir das *semelhanças-de-família*, parte do intrincado sistema wittgensteiniano.

PALAVRAS-CHAVE: fundamentos do direito, fontes do direito, jogos-de-linguagem, interpretação jurídico-legal.

ABSTRACT: This paper aims at investigating the possibility of establishing a philosophical approach between Wittgenstein's system and the legal-linguistic world, which presents many inaccuracies due to the fact that it is not conceptual but rather deals with the everyday-man's language. Besides being this legal-linguistic world a non-scientific language, but one of strict forensic usage, jurists commonly use expressions of the everyday language that show their attachment to social phenomonic area. As we understand law as a social phenomenon and the right way to achieve Justice, we avoid an interpretation of legal expressions overcharged with ideological and moral values. So, this approach attempts to give autonomy to the speech *vis-à-vis* in relation to the individual values and conceptions of jurists, inserting the language into language puzzles and establishing a gradual scale of meanings from family resemblance, a part of the intricate Wittgenstein's philosophical system.

KEY WORDS: Foundations of Law, The Roots of Law, *Jeux de Langage*, Legal-Juridical Interpretations.

SUMÁRIO: Introdução. I. O conceito de direito. I.1 Princípios do direito. II. Fundamentos e fontes do direito. II. 1. Fundamentos do direito. II.2 Fontes do direito. II.2.1 A constituição do direito. III. A experiência jurídico-jurisdicional e as observações sobre seguir regras de Wittgenstein. III.1 Os jogos de linguagem. III.2 Jogos de linguagem jurídicos. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O direito é daqueles fenômenos sociais envolvidos por circunstâncias de alta complexidade, não permitindo, por isso mesmo, nenhuma predisposição conceitual de reducionismo. Bem compreendiam isso os gregos e os romanos, que davam um aspecto mítico à sua origem, os primeiros representando a administração da justiça através da figura da deusa Dikê, de pé, olhos abertos, espada na mão direita e uma balança na outra (os dois mecanismos principais do direito, o uso da coerção e da ponderação), enquanto que o povo de quem somos tributários em matéria de direito privado talvez tenha radicado o termo *ius* a partir do deus *Iuppiter*. Há aí na representação divina um inequívoco sinal de que uma das atitudes mentais para se tentar explicar o (quase) inexplicável é exatamente esta, a da mitificação que, em certa medida, satisfaz a angústia humana. Os romanos, por seu turno, o primeiro povo que sistematizou pragmaticamente um *corpus iuris*, não usam a palavra direito, apesar de terem a perfeita noção de que sua prática recorre a um *iter directum*, aquela diretriz necessária para a obtenção da paz entre os povos. Por outro lado, reconheciam que *ubi societas, ibi ius*, que o direito será essencial a qualquer sociedade e não haverá uma sequer, por mais primitiva que seja, que prescindia de um corpo de normas a estabelecer uma noção de disciplina e de ordem, os discursos fundamentais para a compreensão da humanidade e da vocação do homem para o aperfeiçoamento (SABBÁ GUIMARÃES, 2003, p. 15). Mas é também lícito elaborar o raciocínio inverso, o de que *ubi ius, ibi societas*, de modo que a normatividade jurídica é ela própria fator de organicidade do corpo social. E neste aspecto entramos numa espécie de círculo vicioso, do qual é difícil se sair sem que invariavelmente comprometamos nosso entendimento acerca dos problemas fundamentais do direito, que são o seu conceito e limites. De fato, é quase improvável que se estabeleça uma determinação definitiva para a idéia de direito, que se nos afigura como um terreno pantanoso, que atravessamos com dificuldades, apoiando-nos no que está mais à mão: seus princípios fundamentais e a crença de que há um campo normativo decisivo de qual dimana, que é o axiológico.

Qualquer tentativa de conformar o direito em rígidas estruturas determinativas, causará alguma incompreensão ao estudioso que se depara não apenas com a realidade da *norma normada* pelo processo jurídico-legislativo – que, como realidade, será sempre evidente

por si só – mas que enfrentará, através do constante diálogo operado com o sistema histórico-sócio-político-jurídico, uma verdade indesmentível, que é a do pluralismo jurídico – que, como verdade, diria Ellul (1984), só pode ser lograda através do uso da palavra, da elaboração discursiva, do diálogo¹. Assim, o purismo juspositivista kelseniano, que nega, *tout court*, qualquer validade às expressões metajurídicas para a estruturação de um *corpus iuris* – aquelas de caráter sociológico, psicológico, ético-social, político –, pretendendo, pois, que o direito legislado seja, em última instância, o critério definidor de juridicidade dos atos, independentemente de qualquer juízo prévio, defronta-se com uma barreira intransponível: os referenciais utilizados pelo legislador. Kelsen tenta resolver a aporia decorrente de seu sistema filosófico criando uma hipótese de caráter lógico-jurídico que confere validade ao ordenamento jurídico, a *Grundnorm*. No entanto, o autor de *A teoria pura do direito* fica a dever-nos uma explicação razoável sobre esta *norma fundamental*, que não possui autojustificação como coisa feita *ex nihilo*, mas pretende manter um estatuto de independência em relação ao *pathos* social. Será possível evitar o tráfego entre os elementos *meta* e *transjurídicos* e o direito positivo (que, efetivamente, possui o cariz de validade em determinado *hic et nunc* histórico-social)? Dizem os jusnaturalistas, à guisa de resposta ao problema, que o direito natural, embora não possua o poder de coerção, serve como critério de aferição de *bondade* do direito positivo. Mas, novamente, os problemas surgem e não se compadecem com os elementos integrantes do conceito de direito natural, aquele célebre elaborado por Cícero: *Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*. E daqui arrancamos com os pressupostos de direito natural, que são a imutabilidade, a igualdade e a universalidade. Mas como tratar, por exemplo, do bem jurídico vida, o primeiro de todos os direitos naturais, relacionado ao princípio ontológico da dignidade da pessoa humana, quando a vida é hoje manipulada pelos experimentos científicos de reprodução assistida e mesmo de clonagem de órgãos? A nós nos parece que há mais intercorrências no discurso jurídico que podem imaginar os monistas de qualquer ordem, e o conceito de direito torna-se, então, como bem observa Hart, uma tarefa de todo em todo complexa para qualquer jurista que, embora tenha conhecimento de sua expressão prática, não o consegue elaborar de maneira fluida e absolutamente isenta de contestações (HART [s.d.], p. 18).

Antes de mais, entendemos que se um conceito de direito padece de dificuldades de ordem lógica, pois que ele não se conforma a qualquer expressão de reducionismo²,

¹ Para Ellul (1984), a realidade é tudo aquilo perceptível, é tudo aquilo percebido pelo homem, delimitado no tempo e no espaço. A realidade não necessita de demonstração, pois é evidente, explícita. “Não tenho necessidade de informações faladas acerca de um real imediatamente constatável” (ELLUL, 1984, p. 25). Enquanto que a verdade não é de pronto perceptível, mas deve ser procurada e dialogada. Ela é revelada, pois, através da palavra, que a põe em confronto com a realidade. “A palavra obriga-me a considerar a realidade do ponto de vista da verdade” (ELLUL, 1984, p. 129) e, concluiríamos nós, a verdade do direito é bem mais abrangente e nem sempre coincidente com a realidade do direito positivo.

² Em idêntico sentido: (CHORÃO, 1991, p. 29).

restará ao seu investigador penetrar os diversos caminhos pelos quais passa a idéia de juridicidade, todos tendentes ao vasto campo do direito, entendido aqui e ao longo do trabalho como expressão fenomênica da sociedade. Por outras palavras, pretendemos referir a existência de um pluralismo jurídico, de uma diversidade de âmbitos normativos que, a todas as luzes, integra o discurso do direito, conferindo-lhe um *lóghos* localizável na interseção dos círculos do momento histórico e do *étos* social (GUIMARÃES, 2005, p. 173-174). De maneira que a compreensão do direito ultrapassa a mera exegese jurídico-legal (que é apenas um de seus âmbitos): é ela tangenciada pelo suposto de que no *universum* jurídico há inúmeras manifestações normativas, somente apreensíveis quando o jurista adere ao diálogo com direito. Desta forma, é importante que esse diálogo se estabeleça tendo como suporte intelectual uma *Weltanschauung*, mas, também, que o jurista, sob a veste do que Kant denominou de *iuris peritus*, quando exercer a função atrelada à órbita prático-jurídica, consiga dilucidar o problema jurídico pontual, preso a determinado *hic et nunc* histórico.

Colocados assim inicialmente e em linhas muito amplas os problemas fundamentais do direito, tentaremos melhor precisar, em seguida, as diretrizes ideativas no qual ele se enforma, quando, então, poderemos estar mais aptos a tratar de uma das expressões do direito, que é exatamente a jurídico-legal. É aí que surgem as maiores tensões problemáticas relacionadas à interpretação da intencionalidade do direito, todas elas, por sua vez, intercorrentes ao problema maior: o metajurídico. Tentaremos, por meio da apresentação deste amplo quadro, algumas aproximações a uma categoria metódica de solução que decorre da filosofia da linguagem de Wittgenstein, recorrendo às noções de regras dos jogos de linguagem.

2. O conceito de Direito

Como deixamos entredito, os conceitos reducionistas não nos oferecem mais que aspectos superficiais do direito, ou, por outras palavras, a sua evidência no mundo prático-jurídico. Portanto, nem sempre será correta a afirmação conceitual sobre um direito imediatamente evidenciado, uma vez que, como resultante das tensões sociais, será possível se dizer que sua intencionalidade se manifesta antes mesmo de qualquer positivação legal. Há expressões carregadas de juridicidade na tessitura social, sob a forma de normas metajurídicas das mais diversas, que são consensualmente aceitas pelos membros da comunidade. As esferas normativas, como a da educação e da religião, às quais, como adverte Bobbio (1997, p. 3), estamos indissolivelmente ligados desde o nascimento até à morte, tendem já para uma noção de direito que se encontra fora do âmbito meramente jurídico-positivo, desde que com este não colidam. Mas ainda não são normas de direito por lhes faltar o caráter cogente e porque, dentro de uma sociedade ocidental plural, as diretivas de vida são inúmeras. Queremos com isto dizer que as normas de educação ou de religião serão assumidas e observadas

pelos membros de sociedades primárias (a família, comunidade religiosa, v.g.), mas não necessariamente por toda a sociedade civil. Aqui nesta órbita da normação social nos é lícito afirmar, tão-somente, que tais normas não contrastam com os preceitos do direito, aqueles referidos no *Digesto* por Ulpiano: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (D. 1.1.10.1). Mas, se a legalidade é apenas uma das expressões do direito e nem tudo que se acha na esfera extralegal é direito (ou pode, na melhor das hipóteses, apenas propender para o direito), qual, então, o seu conceito? A resposta não é simples e requer aturada reflexão, mas entendemos ser viável uma tentativa que parta de alguns dos princípios do direito, aqueles que normalmente os jusfilósofos, como Jellinek, categorizam como parte da idéia fundamental de mínimo ético social. Tentemos, então.

2.1. Princípios do Direito

É inegável que a intenção do direito nasce muito antes de ele se tornar positivado, onde quer que aflorem tensões sociais a requererem uma providência capaz de restaurar a normalidade do *statu quo ante*. E qualquer tentativa de creditá-lo a uma obra nascida *ex nihilo*, pela simples inventividade do legislador, enfrentará dificuldades imensas como a da teoria kelseniana, que tem como suposto legitimador uma norma hipotética, uma *Grundnorm*, que, no entanto, não satisfaz aos questionamentos feitos acerca da gênese do direito, que precede em muito o momento da decisão de legislar e, em verdade, localizamo-la no espaço fenomênico social (LUHMANN, 1983, p. 167). As tensões sociais, portanto, aquelas com potencial força de comprometerem a *pax publica* e a harmonia do grupo social, são fenômenos inevitáveis ao homem na sua veste de *zoón politikón*, que vive, realiza-se e aperfeiçoa-se na *pólis*, mas nela também cria suas angústias que só podem ser solucionadas, enquanto problemas típicos de um *ser-em-sociedade*, por mecanismos sociais.

Por um lado, o homem, do ponto de vista antropológico, é um ser caracterizado pela incompletude, desprovido de mecanismos instintivos, de maneira que ele não se basta a si: deve abrir-se, necessariamente, para o outro e é assim que logrará a autopreservação (MACHADO, 1996, p. 7), como há muito tempo já havia observado Aristóteles (A Política, I, 1). Mas é também na *pólis* que o homem vive as angústias de sua condição, de *ser* inacabado e imperfeito e que é sempre volvido por uma constante procura que ou desemboca em realizações, ou gera-lhe problemas. Estas noções comuns a todos os homens talvez tenham sido bem compreendidas pelo estoicismo que, se não chega a apresentar soluções de ordem pragmática para os dramas existenciais, ao menos funda alguns princípios, mais tarde identificados por jurisprudentes romanos como aquela parte que se intui do direito (e, digamos nesta breve interpolação, que a vida do direito, que é dinâmica e brota da dimensão histórica do homem, este *ser-em-sociedade* e, portanto, historicamente referido, é, na sua forma mais elementar, intuitiva).

Pois bem, Ulpiano, o legislador romano que traz a indelével marca do estoicismo, ao referir que *viver honestamente* é um preceito inerente ao direito, indica-nos um de seus princípios, que é o referido à necessidade de concordância prática entre a vida do homem (em sociedade) e o sistema jurídico. Mas há aqui, também, de forma subjacente, uma nota de relevo: se o direito exige uma vida honesta, pautada pela retidão, isto induz-nos a reconhecer a existência de uma esfera da experiência humana em que se realizam juízos de valor a respeito das condutas humanas. Tais juízos – morais – são independentes da ordem jurídico-legal, uma vez que “*Non omne quod licet honestum est*” (D. 50.17.144.1). Nem tudo que é lícito converge para a idéia de honesto, mas não há dúvidas de que o direito pretende do homem uma vida honesta, mesmo que as condutas regradas pela esfera normativa moral não estejam expressamente previstas em lei. E a partir deste divisor de águas estabelecido entre as duas ordens normativas, encontramos uma outra fundamental nota do direito: a de que nem todos os preceitos morais têm importância para o mundo jurídico. Isto devido ou ao fato de o direito ser uma ordem normativa fragmentária e, portanto, não poderá se ocupar do regramento absoluto da vida do homem em sociedade, ou porque muitas das normas morais não adquirem dignidade jurídica. Assim, poderemos dizer, de modo exemplificativo, que a honestidade expressada pela verdade nas relações pessoais está em concordância com a idéia do direito, mas ela será jurídico-normativamente indiferente se sua inobservância não representar prejuízo para outrem. Por outras palavras, o preceito da honestidade, embora esteja conformado à idéia do direito, só será jurídico-normativamente relevante de forma subsidiária, quando dele depender a preservação de interesses com dignidade jurídica.

Disso decorre o segundo preceito referido por Ulpiano, que determina um modo de vida não lesivo a terceiros. *Non laedere* é igualmente uma determinação que permeia os âmbitos normativos moral e jurídico. No plano da moral, e segundo a perspectivação de um ferrenho opositor da ética kantiana do dever, como foi Nietzsche, o homem adquire a *má consciência*, que tolda a idéia de liberdade natural – aquela que é ampla, amplíssima dando vazão às mais diversas pulsões humanas, como a tanática – fazendo com que, por um lado, renuncie às expressões da vida desbragada e sensual, e, por outro, que por esta espécie de *abnegação*, construa sua vida em torno do *valor* do não-egoísmo (NIETZSCHE, 1998, p. 76). O recurso a esta alegoria nietzscheana é apenas para deixar assente a idéia de que uma moral comum, como a que se desenvolve no tronco cultural judaico-cristão, serviu para atenuar os rigores dos costumes, através de regras como a da solidariedade e da humildade, que são de todo em todo contrárias às propensões destrutivas existentes no homem. E novamente aqui, encontramos não uma sobreposição do direito ao âmbito estritamente moral, mas uma situação de mera conformação. Mesmo que vivamos nos tempos de um *welfare State* e nossa Lei Fundamental construa um modelo jurídico tendente à realização da democracia material, nela não localizamos qualquer injunção de condutas conformes

à solidariedade ou à humildade (embora no plano pessoal a dignificante adoção de uma vida voltada para o outro e humilde não contraste com o direito).

Mas para uma idéia inicial acerca do direito, não podemos deixar de lado a eloquente fórmula do jurisprudente romano, segundo a qual o direito é a *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere* (D. 1.1.10)³, que resume sua intencionalidade e põe a claro uma das formas de como opera. Esta missão de dar a cada um o que é seu significa, no discurso jurídico, o caráter distributivo do direito como meio de realização da Justiça. Terá múltiplas relações com os valores axiológicos que permeiam a idéia de direito e, para uma posição kantiana, o *constituens* deste mecanismo de solução das tensões sociais será sempre um *Sollen*, um dever-ser. Daí, por um lado, poder se dizer que o direito é um “[...] conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio de outro [...]”, priorizando sempre uma lei geral de liberdade (KANT, 1997, p. 46), mas, também, que a conduta não conforme ao direito representa um verdadeiro obstáculo à liberdade, autorizando-se o uso da coação, que é seu elemento fundamental (KANT, 1997, p. 47). Por outro lado, entendemos que o mesmo preceito determina um dever de atuação ao juiz, na mesma medida em que lhe veda qualquer escusa para deixar de exercer a *iurisdictio*.

Esse rápido esboço de alguns dos princípios do Direito, permite-nos já estabelecer as seguintes premissas: a) o direito é uma das expressões normativas da sociedade, cujo âmbito é entrecortado por outros fenômenos normativos, como o da moral; b) no entanto, as sobreposições não determinam a normatização jurídica, uma vez que o direito é fragmentário e se ocupa apenas daquelas situações nas quais sua tutela é essencial para a manutenção da harmonia e da paz social; c) de maneira que, embora consensualmente admitidas pela sociedade, algumas expressões normativas não adquirem dignidade jurídica, sendo jurídico-normativamente indiferentes; d) pois que, como mecanismo social dotado de força coativa, é o direito algumas vezes desproporcional em relação a certas ordens de problemas que surgem na sociedade; e) de maneira que só será inevitável quando demonstrada a necessidade de tutela jurídica em relação a algum interesse da sociedade; f) manifestar-se-á no plano abstrato e geral como norma positiva, ou casuístico e concretamente quando se assume no plano prático-político-jurídico, preenchendo aqui a noção distributiva. É de observar-se, no entanto, que mesmo que se reconheça o pluralismo jurídico, ou seja, a existência de outros âmbitos normativos para além da lei positivada, é inegável que o método jurídico parte desta que é a sua principal fonte. Isto porque a lei, como já reconheciam os iluministas franceses – a *Intelligentsia* que fomentou a Revolução que depôs o *Ancien Régime* em 1789 – favorece a segurança jurídica, além de demarcar os limites da liberdade⁴. E nela a discursividade jurídica

³ Na íntegra: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”.

⁴ O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão esclarece que “*Ces bornes [da liberdade] ne peuvent être déterminées que par la loi*”.

enreda-se em problemas variados, concernentes ao momento político-jurídico de seu nascimento e ao da aplicação, quando o processo dialógico do direito esbarra nas questões exegéticas. É o que tentaremos expor adiante.

2.2. Fundamentos e fontes do Direito

2.2.1. Fundamentos do Direito

Numa de suas célebres máximas, o jurisprudente Modestino refere que “*Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*” (D. 1.3.40), dando-nos as pistas sobre os fundamentos e fontes do direito. Nesta fórmula, em que resta subentendida a referência ao processo eminentemente dialógico, a formação do direito decorre ou da aceitação consensual de certas normas pelos membros da sociedade, quase o que os pensadores setecentistas denominaram de pacto social de constituição do Estado; ou da necessidade, assim entendida através da atividade político-jurídica, em que o papel do legislador adquire especial relevo; ou dos costumes confirmados ao longo de gerações e que para um Savigny, quem criou a figura do *Volksgeist*, determinaria uma assunção jurídico-legal de certas normas presentes na realidade social. A fórmula, no entanto, sugere-nos apenas algumas indicações para o problema dos fundamentos do direito, que não é de fácil solução, mormente quando se coloca em jogo o seu fator primário, o psicológico. Não pode ser tratado como manifestação natural, aquilo que a natureza ensinou aos animais e permitiu ser depreendido pelo homem (D. 1.1.1.3), ou como pretenderam os jusnaturalistas modernos, um conjunto de direitos de liberdades inatos que demarcam a esfera de atuação humana. Também os precedentes do positivismo jurídico, como o historicismo, que reduz o fenômeno do direito a uma expressão espontânea do espírito popular (*Volksgeist*) e o sociologismo, que trata do direito apenas como efeito da sociedade, não satisfazem aos estudiosos dos fundamentos. Além do mais, a questão axial que repercute no problema dos fundamentos poderia ser reconduzida à própria *ratio* do direito que, antes de ser apenas estatal, aparece já no momento constitutivo da sociedade, ou seja, quando o grupamento de pessoas passa a ser uma entidade orgânica e, pois, estabelecida sob normas. *Ubi societas, ibi ius*, diziam os romanos com toda propriedade. Assim, uma das aproximações que se pode fazer em torno do problema do direito relacionado com o fator psicológico, aquele que determina uma certa ordem e disciplina para o homem, parte do seu fundamento ontológico, que transcende a noção de *ser artificial*, produto da sociedade. Mas não pretendemos, obviamente, radicar a discussão do problema no jusnaturalismo do idealismo alemão, cujo maior representante foi, sem dúvida, Kant, pois que as bases de um conceito *a priori* do Direito negam o âmbito da experiência humana ao conceberem uma legislação universal cujas normas provêm do imperativo categórico. A nós nos parece de certa forma plausível e digna de defesa, contudo, a vertente neokantiana de Del Vecchio, quem não descarta dos fundamentos do direito

a influência fenomênico-social⁵. Tentemos, então, ingressar nela.

Para a teoria do fundamento racional do direito do neokantista italiano (VECCHIO [s./d.], 491), as normas positivas passam por uma constante evolução, idéia em a qual se compreende, também, sua substituição por outras ao longo dos tempos. O direito, tal como a vida do homem, é renovável, já que “[...] é um produto do espírito humano” (VECCHIO [s./d.], p. 476), idéia que permite distinguir no homem (como ser-em-sociedade) o sentido de busca de desenvolvimento. Além disto, avultam no processo de (re)definição do direito as variações das condições de vida e das circunstâncias de tempo e lugar, “[...] porque todos os fenômenos e em especial os da vida social (entre os quais está também o fenômeno jurídico) estão conectados entre si” (VECCHIO [s./d.], p. 476), do que já se depreende a assertiva do direito como fenômeno social, que só tem explicação dentro de um quadro de relações heterônomas.

No entanto, o jusfilósofo alerta que esta dinâmica renovação do direito deve respeitar certos elementos constantes, que permanecem incólumes neste processo “[...] porque são inerentes à natureza humana e estão implícitos na mesma noção de direito”. Assim, em qualquer estágio do direito há de ser reconhecida a existência de sujeitos numa relação de recíproca liberdade, que, no entanto, não pode ser ilimitada. Daqui decorrem dois elementos fundamentais: um *certo respeito à personalidade humana* e uma *certa limitação do arbítrio individual* (VECCHIO [s./d.], p. 476). Del Vecchio não chega a entender o direito como sistema orgânico destinado à preservação da harmonia e da paz social, mas, sim, como sistema que considera a pessoa humana – ser de especial dignidade que não autoriza sua redução à condição de *ser da* coletividade, mas já consentâneo com a idéia de *ser na* sociedade, contingência natural que não se sobrepõe ao valor de cada pessoa humana em *si*. Mas quando expõe sobre a limitação do arbítrio individual, o professor da Faculdade de Direito de Roma remete os estudiosos à compreensão de que isto se dá para que se favoreça a “[...] possibilidade da convivência social [...]”, em meio à qual se desenvolve “[...] *aquela coordenação objetiva do obrar de vários sujeitos*, que é essencial ao Direito” (VECCHIO [s./d.], p. 477)⁶, onde, entendemos nós, deve ser incluída aquela característica específica do direito, que é a de preservação da paz e harmonia social.

Fixadas as premissas de que o direito é um sistema dinâmico determinado pelo espírito humano, mas que respeita nos planos temporal e espacial certos elementos constantes, o autor *d’o conceito do direito* referirá que a evolução jurídica passa da elaboração *espontânea, instintiva e inconsciente* à elaboração *deliberada, reflexiva e consciente* que determinará o aparecimento do direito positivo. A razão deste processo é que o costume pouco a pouco vai perdendo seu caráter absoluto, dando margem a variações

⁵ Sobre a crítica à teoria do neokantista italiano, ver: (GUIMARÃES, 2003, p. 62).

⁶ O destaque consta no original.

que, ao fim e ao cabo, determinam o surgimento de novas regras e reelaboração das já existentes. É neste estágio da vida do direito que se recorre à razão e à necessidade de eliminarem-se as naturais tensões radicadas na consciência individual. Aqui, a lei impõe-se num processo de consenso coletivo.

No processo evolutivo do direito, observa Del Vecchio, dá-se a transformação do seu caráter de *particularidade* para o da *universalidade*, de forma que o direito primitivo estritamente nacional ou particular evolui para um direito dos povos. Ocorre um estreitamento de relações entre os povos, que favorece a assimilação recíproca de parte de seus sistemas e determina, em outro momento, a ampliação e enriquecimento das instituições originárias (VECCHIO [s./d.], p. 479)⁷. Há causas intrínsecas que realçam a *humanização* do direito neste processo de sua ampliação, liberando-o aos poucos dos vínculos com *circunstâncias acessórias*, [...] que correspondem a impressões particulares dos sentidos [...]", elevando-se a máximas universais determinadas pela razão (VECCHIO [s./d.], p. 479). O exemplo patente desta universalização ocorreu com o direito romano, que de um conjunto de normas de agricultores "[...] converte-se num Direito humano, quase cosmopolita, adaptável por sua generalidade às mais variadas condições de vida, tanto que pôde ser acolhido por muitos povos (como, por exemplo, o germânico)" (VECCHIO [s./d.], p. 480). É aqui que encontramos o ponto de onde o jusfilósofo arranca para explicar o fundamento racional do direito.

Para além das causas intrínsecas de humanização do direito, Del Vecchio afirma que o homem possui uma *faculdade originária* que lhe permite distinguir o justo do injusto. É por isso que não se pode entender que é o Estado a instância superior que efetua a valoração do justo e do injusto: "O certo é que nenhuma proibição poderia impedir à consciência humana o proceder de modo autônomo em tal juízo, nem poderia destruir nossa faculdade natural de sentir como justa ou injusta uma determinada lei, ainda que esteja vigente" (VECCHIO [s./d.], p. 492). Esta característica é o que Del Vecchio denomina de *sentimento jurídico*, que se constitui em "[...] uma força viva, originária e autônoma, e a fonte primeira do desenvolvimento do Direito" (VECCHIO [s./d.], p. 492).

A tese do *sentimento jurídico* contrasta radicalmente com o cepticismo e o realismo jurídicos, com o historicismo, o teologismo e o utilitarismo, adquirindo um estatuto

⁷ Um exemplo bem acabado disto que é afirmado pode ser encontrado na garantia fundamental da liberdade física. O *habeas corpus* não é obra original dos ingleses, e nem é certo que possamos ver na sua *Magna Charta Libertatum* a fonte universal deste verdadeiro direito-garantia constitucional, uma vez que vários povos, desde os romanos, engendraram mecanismos jurídicos para a salvaguarda da liberdade física. Mas não há dúvida que os influxos filosófico-políticos que entraram nas colônias inglesas da América do Norte e mais tarde na Europa continental, fizeram surgir melhoramentos jurídicos e que por causa da Revolução Francesa respingaram por todo o mundo ocidental e aqui entre nós, o *habeas corpus* de influência norte-americana foi potencializado de maneira espetacular. Sobre a matéria, ver Guimarães (2000, p. 151).

especial dentro dos sistemas filosóficos, porque não redutível aos fatores circunstanciais da existência humana. O utilitarismo, v.g., nega o fundamento absoluto do direito na medida em que considera o justo como idêntico ao útil. O *suum cuique tribuere* é mais que um ideal utilitarista do direito, já que a consciência moral e jurídica muita vez determina que façamos a distinção entre a vantagem puramente material e o imperativo do dever, sacrificando um interesse individual em favor de um direito alheio. E afirma:

Tais motivos éticos, altruístas (não utilitários), notam-se também nas fases primitivas da vida humana. O direito alheio é respeitado não porque isto pareça útil (pois, amiúde, isto significa uma desvantagem), mas porque se reconhece no Direito um valor independente da utilidade. (VECCHIO [s./d.], p. 501)

Pois bem, repelidas as teses contrastantes, Del Vecchio arremata a sua radicando-a no pressuposto de uma natureza humana com capacidade de determinar o direito. Arranca da crítica à concepção causal da natureza, que é incapaz de ultrapassar a explicação das causas determinantes dos fenômenos, nunca, porém, oferecendo a compreensão do princípio ou do fim da série de fenômenos. O jusfilósofo foge, pois, do determinismo e encontra a fundamentação do direito no primado do *eu* e no imperativo ético.

Ao superar o determinismo da concepção causal da natureza humana, o autor localiza a fundamentação do direito no caráter absoluto da pessoa humana, afirmando que “O único princípio que permite a reta e adequada visão do mundo ético é precisamente o *caráter absoluto da pessoa, a supremacia do sujeito sobre o objeto*” (VECCHIO [s./d.], p. 513), permitindo que se abstraia da natureza e localize na reflexão sobre o *eu* uma explicação sobre sua natureza específica. Esta faculdade da pessoa humana converte-se numa *suprema norma* (um *imperativo ético*), que determina:

Obra não como meio ou veículo das forças da natureza, mas como ser autônomo, com qualidades de princípio e fim; não como compelido ou arrastado pela ordem dos motivos, mas como senhor deles; não como pertencente ao mundo sensível, mas como partícipe do inteligível; não como indivíduo empírico (homo phaenomenon), determinado por paixões e afeições físicas, mas como eu racional (homo noumenon), independente delas; opera, enfim, na consciência da pura espontaneidade de tuas determinações, do absoluto e universal de teu ser, e, portanto, (pois isto não significa outra coisa), de tua identidade substancial com o ser de todo outro sujeito. (VECCHIO, s/d, p. 513-514)

Del Vecchio, apoiando-se no sistema kantiano, propõe, portanto, que o homem deve participar da constituição do direito não como um ser da experiência empírica sujeito às paixões, mas como ser que se orienta pelo uso da razão; que não seja apenas uma peça da cadeia fenomênica de causas a postular a normativização do direito, mas como ser autônomo, explicável em si mesmo e detentor de um senso ético comum. Parece-nos que o jusfilósofo pretende aqui que a juridicidade seja um caráter autônomo de todo homem, mas comunicável, de maneira a constituir uma lei ética universal capaz de fundamentar o direito.

A lei fundamental de *operar*, obrar, manifesta-se em duas formas distintas que correspondem às categorias éticas universais da moral e do direito. No primeiro âmbito, há um dever de cada homem agir conforme à consciência, mas na relação com o outro, prescindindo “[...] do que constitui sua individualidade na ordem empírica [...]” (VECCHIO [s./d.], p. 515) colocando-se como *sub specie aeternitatis*. E mais. Arrimando-se claramente no imperativo categórico de Kant, o jusfilósofo determina: “[...] obra como se nela obrasse a Humanidade, como se qualquer outro sujeito estivesse em seu lugar”. Por outras palavras, e na fórmula kantiana, o homem deve conduzir-se de forma que a máxima de sua ação possa servir como princípio de uma legislação universal.

No entanto, Del Vecchio transpõe o significado subjetivo do princípio ético geral e aponta para a existência de um significado objetivo ou *jurídico* do princípio, que se concretiza pela capacidade de extrair daquela autonomia do obrar do homem a faculdade de fazer-se valer em relação a todos, não sendo impedido por outros nesta sua qualidade (VECCHIO [s./d.], p. 516). Há, como princípio do direito, uma prerrogativa *perpétua e inviolável* da pessoa humana, mas há, também, uma correlativa obrigação de cada um em respeitar essa condição, sob pena de sofrer uma legítima oposição da outra parte (VECCHIO [s./d.], p. 517). Arranca Del Vecchio a partir disso a distinção entre as ordens normativas:

O Direito, portanto, tem seu princípio na essência ou natureza do homem, como ocorre em relação à Moral; mas se distingue desta pela *objetividade da relação*, na qual aquela ordem normativa põe e consagra o caráter absoluto da pessoa. Este caráter adquire um significado e um valor *jurídico* desde o momento em que se toma como critério e eixo das relações de convivência. (VECCHIO [s./d.], p. 518)

Portanto, o autor destaca que o conceito de direito *a priori* se radica naquelas coisas de valor incontestável, por isso mesmo relacionando-se com o caráter absoluto da pessoa. Entram em jogo nessa valoração as relações ou interferências entre as pessoas inerentes ao desenvolvimento humano, disso surgindo as normas de direito essenciais à convivência social.

Esses postulados não são, a todas as luzes, pacificamente aceitos e existem variadas linhas argumentativas que tentam pôr cobro à teoria de Del Vecchio, cujo ponto mais sensível reside na sustentação de uma natureza humana de onde dimanam a idéia de valor absoluto da pessoa humana e aquelas suas expressões de intrínseca juridicidade. Mas, se não podemos demonstrar a existência dessa essência do homem (como aquilo que lhe é predeterminado), ao menos nos será lícito afirmar que o homem é mais que um produto histórico-cultural ou a carga de experiências acumuladas: seu étimo fundante está, inequivocamente, na liberdade e talvez nesta sua característica encontremos a essência hominal que é *concertada* com as demais circunstâncias da vida através do direito (CUNHA, 2001, p. 50). Assim, os fundamentos do direito se encontram numa zona da fenomenologia social bem distinta daquela em que se gestam as normas jurídico-positivas e que é anterior a esta. Mas, por um lado, são integrados por certos elementos constantes ao longo de toda a existência humana (v.g., a vocação para o aperfeiçoamento como componente racional de autopreservação e a comunicabilidade), que são intrínsecos ao *lôghos* e ao *constituens* do direito e, por outro lado, pela idéia de absolutização da pessoa humana, aquilo que leva o direito a se concretizar respeitando a prerrogativa *perpétua e inviolável* da pessoa humana. Disso decorre, segundo entendemos, “[...] uma compatível abertura do atuar humano naquela relação do *Eu para com o outro*, respeitando-se a pessoa humana como valor absoluto, mas entendendo-a como ser detentor de liberdade” (GUIMARÃES, 2003, p. 78). Por isso que as zonas de consensualidade ético-jurídicas que fundam o direito não poderão ser imiscuídas com os discursos ideologizantes e doutrinadores, por mais que se considere este âmbito normativo um instrumental da harmonia e da paz social. Daqui podemos, à guisa de arremate, dizer:

1) que as zonas de consenso ético-jurídicas da sociedade humana decorrem não propriamente do processo histórico-cultural como coisa a *produzir-se*, mas como resultado da auto-compreensão do Homem do qual tomam parte tanto elementos exógenos (socioculturais, v.g.) como elementos endógenos (referidos à natureza humana), e, portanto, como coisa a revelar-se; 2) que estas zonas de consensualidade ético-jurídicas, iniludivelmente reflexos da auto-compreensão do Homem, servem como fundamentos do direito [...]; 3) que estas zonas de consensualidade ético-jurídicas não podem ser obtidas através de interferências ideologizantes ou doutrinadoras oficiais, como outrora ocorreu, v.g., durante o regime nazista quando se legislou no sentido de preservação de uma determinada moral sexual e da pureza do nazismo (que não estavam, obviamente, numa zona de consenso). (GUIMARÃES, 2003, p. 78).

É claro que os fundamentos ontológicos do Direito estão num plano suprapositivo e são, enquanto noção de juridicidade, apenas uma pretensão de estruturação, na expressão

de Castanheira Neves, de um *válido dever-ser que é*, cujo característico é a *normativa obrigatoriedade*. Revelam-se num processo comunicativo entre os membros de uma sociedade, mas não estabelecem, só por si, normas de obrigatoria vinculação. O dever-ser determinado pelo direito só se liga ao substantivo da coação – elemento conceitual do direito – através das experiências jurídico-legais e jurídico-jurisdicionais, que têm na lei normativamente positivada o seu mecanismo de realização.

2.2.2. Fontes do Direito

Os problemas fundamentais do Direito não se localizam apenas em sua questão genésica, no porquê de o homem se enredar no fenômeno normativo, mas, também, no âmbito de sua valoração a partir dos critérios de justiça, de validade e de eficácia dos mecanismos pelos quais se manifesta (BOBBIO, 1997, p. 20; NEVES, 1995). E este problema, que supõe a obrigatoria vinculação às normas intencionalmente criadas para propiciarem paz e harmonia social, é sensivelmente relacionado ao conhecimento das fontes do direito. Ou seja, o problema se remete não já ao âmbito ontológico que envolve o direito, mas à esfera fenomênico-normativa, compreendida dentro dos limites da atuação criativa do homem histórico-culturalmente referido. Por outro lado, o desdobramento problemático ultrapassa o momento germinal e atinge a própria vida do direito, quando, efetivamente, é direito posto, normativamente vinculante e capaz de *transformar*, *alterar* ou *modificar* a vida social. Quando adentramos este amplo átrio onde se dão as concretizações jurídicas, onde, efetivamente, ocorre o *comércio* do direito, estaremos já diante de um problema referenciado inelutavelmente ao quadro histórico-cultural de uma sociedade e somente através de sua perspectivação é que poderemos analisar as fontes do direito. Penetremos, portanto, esse átrio.

2.2.3. A constituição do Direito

Como antes referimos, subjazem à idéia constituinte do direito expressões diversas daquela via de regra mencionada pela corrente do positivismo jurídico, às quais Castanheira Neves denomina de categorias da experiência jurídica, que são: a *consuetudinária*, a *legislativa* e a *jurisdicional*.

A) A experiência jurídica consuetudinária não pode ser entendida como aquela que se manifesta meramente através do costume arraigado em determinado sistema jurídico, cujas normas não decorrem de prescrições legais (um *ius non scriptum*). Tem de ser entendida, adverte o catedrático de Coimbra, como “[...] o comportamento socialmente estabilizado (i.é, constante e repetido), seja em termos de conduta, seja em termos decisórios, em que imediatamente se exprime um normativo vínculo jurídico ou que em si mesmo se impõe como um normativo critério jurídico” (NEVES, 1995, p. 18). Isso quer nos indicar que esta categoria de experiência jurídica se opera através da prática social, que implica em convocar as pessoas para o cumprimento dos costumes

e reafirmar por esse cumprimento a subsistência do jurídico costume. E arremata o jusfilósofo conimbricense:

[...] a afirmação consuetudinária do jurídico tem um carácter impessoal e anónimo (de providência oculta, na expressão de Savigny) – carácter que, com Virally, também se dirá objectivo e não voluntarista – e que ao converter-se, pelas próprias permanência e continuidade consuetudinárias, numa social ‘segunda natureza’”, exclui mesmo a idêia de criação e modificação ao nível de consciência explícita, pois passa como que a identificar-se com o próprio ‘ser’ (como o ser da realidade social). Depois, o seu sentido normativo é manifestamente imanência social (radica nas intenções sociais e existe como realidade social) e a exprimir uma originária autonomia normativa (os *socii*, os próprios interessados e destinatários do costume, são os responsáveis pela sua constituição e subsistência). (NEVES, 1995, p. 18-19).

Daqui arrancamos com a certeza de que a experiência jurídica consuetudinária implica a existência do consenso da comunidade jurídica a respeito das normas costumeiras com eficácia e vinculatividade. No entanto, a aparente redução da idêia de direito consuetudinário ao *factum*, ou o reconhecimento de uma “força normativa do fato”, é rejeitada pelo autor da *Digesta*. Seu entendimento é de que o direito consuetudinário é mais que uma expressão sociológica: é uma idêia que transcende normativamente o fato. E afirma: “[...] o mero costume não é costume jurídico, do mesmo modo que o comportamento normalizado numa constância social não tem normatividade se exprimir apenas o sociológico normal e não o dever-ser – se não assumir o regulativo de uma *norma*” (NEVES, 1995, p. 20). De forma mais explícita, pode se dizer que o direito consuetudinário só será expressão de regulação de costumes com força vinculante se traduzir “[...] um *transcendente* fundamento axiológico que constitua e justifique regulativamente a sua normatividade como normatividade – como uma exigência de comportamento e um critério de dever-ser” (NEVES, 1995, p. 20).

B) A experiência jurídico-legislativa é aquela que passou por uma clivagem bem definida com o surgimento do Estado de direito, podendo encontrar-se o divisor de águas entre os dois momentos históricos principais na Revolução Francesa de 1789, quando é deposto o *Ancien Régime*. Pois bem, ao tempo de Bodin (séc. XVI) a idêia jurídico-legislativa estava intrinsecamente vinculada à de soberania, de modo que esta expressão máxima de poder político de uma sociedade nada mais era do que o poder de fazer e de revogar leis (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 1180)⁸. No entanto, nesse período que vai até fins do século XVIII, a soberania confundia-se com o

⁸ Verbete “Soberania”.

próprio poder político exercido pelo príncipe, quem, ao menos na Europa continental, usava da prerrogativa legiferante. O soberano não estava juridicamente limitado, mas apenas respeitava certas regras religiosas e morais na medida em que tivesse a preocupação de não desagradar à igreja (CAETANO, 1996, p. 282-284). A intenção do legislador de então ultrapassava, na prática, a tese hobbesiana de concentração de poder nas mãos do soberano com a finalidade de garantir segurança e paz sociais: o príncipe personificava todo poder político e tinha na lei e na realização do direito instrumentos de preservação de sua dignidade⁹. Para além disto, as manifestações legais tendentes à manutenção de paz social eram ditadas com o iniludível intuito de firmar a supremacia hierárquica exercida pelo príncipe, como se percebe, v.g., nas Posturas de Afonso II de Portugal (1211) (GUIMARÃES, 2000, p. 146). Com a revolução burguesa que incendiou a França de 1789 – alimentada pelos ideais iluministas, especialmente de Locke e Montesquieu – a situação modifica-se por completo. A lei já não será instrumento de poder, mas, antes, expediente jurídico-normativo pelo qual, ao menos no modelo de Estado liberal, se reconhece um regime de igualdade natural entre os homens “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”, a esfera de atuação estatal, principalmente no sentido de garantir direitos e garantias individuais, e as liberdades civis “*Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas*” (*Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen*, art. 1º, apud CLAVERO, 1992). A lei assume, pois, um caráter eminentemente declarativo e, nesse sentido, tem a função constituinte do Direito. Quando refere que a experiência jurídico-legislativa exercida por uma *auctoritas* oficial tem o condão de fazer coincidir – no plano formal – normas legais com o direito, Neves (1995, p. 24-27) destaca algumas notas:

1) Na legislação afirma-se, em primeiro lugar, um modo deliberado e racional de produção do direito, já que actua mediante a *prescrição de regras ou normas*, numa intenção de regulamentação e programática relativamente à realidade social, ou político-social que é seu objecto [...]. Dir-se-á assim que na legislação se institui potencialmente um sistema normativo que prévia e abstractamente define a sua própria unidade, visando impor à realidade humano-social essa sua mesma racionalidade, antecipada e logicamente construída. 2) Só que esta racionalidade que a legislação sempre pretende trazer ao direito não deixa de ser associada, em segundo lugar, a um não menos evidente voluntarismo ou decisionismo. É que na base da prescrição legislativa, que se pretende originariamente constitutiva, está sempre uma *decisão*, determinada pela

⁹ Ao tratar dos suplicios públicos impostos ao condenado, Foucault refere que se tratava de um verdadeiro ritual político, quando se manifestava em toda sua crueldade o poder do príncipe. “O crime – aduz o filósofo francês –, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe. (FOUCAULT, 1996, p. 45).

opção explícita entre possíveis regulamentações [...]. 3) Uma outra nota bem característica da legislação é, em terceiro lugar, a sua manifestação textual ou em forma escrita [...]. 4) A decisória prescrição normativa formalmente imposta num texto como regra antecipada à acção e para a regulamentar, remete-nos, por essa sua heteronomia normativa, a um poder legitimado para essa imposição: se a regra-norma se separa e autonomiza da acção (e da realidade social) para a regulamentar abstractamente, terá também o poder de se destacar das mesmas acção e realidade para lhes impor essa regra-norma prescrita [...] a legislação, ou o direito como legislação de que é titular o poder político, vê-se naturalmente determinada por motivos e orientada por intenções não puramente jurídicas, mas sobretudo por motivos e intenções de outra índole, de índole jurídico-política, se não só ideológico-política. Deste modo foi possível que o direito, através da legislação, se tornasse um instrumento de planificada intervenção política e em termos de os Estados actuais governarem por leis [...]. 5) Uma outra nota seja ainda para referir que a experiência jurídica legislativa também pela sua dimensão de tempo e pela concepção do direito que pressupõe se distingue dos outros tipos de experiência jurídica: sua dimensão de tempo é o *futuro* [...] e o direito é para ela *regra de conduta* (uma planificada ordenação social do comportamento como objecto).

A comunicação, ou declaração, levada a efeito pelo direito legislado, deve, nos moldes do Estado de direito material, pressupor uma correlação com a realidade histórico-social, de maneira que esta face do direito é — ou deve ser —, em suma, dinâmica. Não se opera, então, por mero decisionismo da *auctoritas*, ou seja, por um discurso do poder. Mas realiza-se através de mediações dialógicas, mesmo quando o direito se afasta de uma certa *ratio* político-jurídica e forja normas de valor meramente simbólico¹⁰.

C) Na experiência jurídico-jurisdicional percebemos não uma iniciativa de criação de direito novo (e mesmo no sistema do *Common Law* não se poderá dizer que as decisões judiciais são a criação do direito *par excellence*, uma vez que os *acts of parliament* registram a história jurídico-legal do modelo anglo-saxônico e têm cada vez mais peso em seu mundo jurídico), mas um fator de transformação do direito. Obviamente isto não ocorre de forma imediatamente perceptível, pois que a política jurídica ditada pelas decisões depende de sua consolidação ao longo da história jurisprudencial. Mas não temos qualquer dúvida de que as circunstâncias jurídico-jurisdicionais integram o diálogo com a *auctoritas* política, conduzindo-a para a (re)definição do direito. Que é, em boa verdade, um processo constante e diretamente referido às dimensões

¹⁰ Pense-se na Lei dos Crimes Hediondos, de eficácia duvidosa, mas que reflete os reclamos da sociedade brasileira nos anos de 1990.

axiológica, histórica e cultural de uma sociedade. Tentemos melhor explicar.

O âmbito jurídico-normativo é, como se sabe, fragmentário, ocupando-se das regulamentações de maior relevo para a comunidade. Por outras palavras, nenhum *codex* terá alcance absoluto sobre o inextrincável mundo dos fenômenos sociais, como desde os romanos se reconhece e mesmo o *Code Napoléon* (de 1804), que se pretendeu o mais completo possível, admite (em entrelinhas) a falibilidade do direito estritamente legal. Mas, por outro lado, o Estado, monopolizador do direito, não pode se recusar a emitir um juízo sobre os problemas que lhe são postos à apreciação, nem mesmo sob o pretexto de inexistência de *norma normada* (jurídico-legal). Era o que dispunha o direito romano ao tempo de Justiniano, e mais tarde a regra transmigrou para o Código Civil Napoleônico¹¹ e para os demais códigos modernos. Desta forma, o juiz assume um papel no jogo jurídico que transcende os postulados da pura exegese do texto jurídico-legal, tendo de consultar nos demais escaninhos do amplo departamento da vida social outros códigos normativos (metajurídicos ou transjurídicos) que possam preencher as brechas do direito legal. Assim, tanto pode ele valer-se das regras de experiência, como pode colocar em jogo a ponderação de interesses em conflito, tornando-se, por este meio, um agente comunicador de novas realidades sociojurídicas ao legislador.

Não se pode também perder de vista o fato de que o momento constituinte jurídico-jurisdicional é aquele em que um problemático conflito jurídico é posto sob a apreciação do juiz. Que já não será somente o mero intérprete de uma norma jurídica abstrata e geral para aplicação numa disputa de pretensões jurídicas, mas quem efetivamente estabelece uma norma concreta e casuística: a sentença. Tal norma, portanto, só ocorre quando requerida pelas partes em conflito. A ação judicial não é nada mais que um conflito de interesses, do qual emerge o requerimento de constituição do direito concreto através da ação mediadora do juiz. Sobre esta atividade judicial, refere Neves (1995, p. 30) que:

[...] a mediação jurisdicional [...] deverá considerar-se ainda duplamente: como normativa mediação objectiva entre a normatividade postulada e a normatividade concreta; e como mediação subjectiva entre as partes ou sujeitos da controvérsia, em termos agora de um “terceiro imparcial” que releve o mérito das razões que cada um deles invoque para a concreta resolução do problema normativo (*audiatur et altera pars*).

Numa suma do que foi dito, podemos agora concluir que das três experiências jurídicas, a consuetudinária teve subsistência até o século XVIII e vem perdendo expressão

¹¹ “Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. (apud CLAVERO, 1992, p. 210).

dentro do quadro do Estado moderno, que requer um sistema político-jurídico claro e que forneça maiores margens de segurança aos jurisdicionados. Já as duas outras modalidades de experiências jurídicas são realidades assumidas pelas sociedades de após derrubada do *Ancien Régime* e cabem melhor ajustadas à moldura do Estado de direito democrático. Por outras palavras, observa-se que as experiências jurídicas jurisdicional e legislativa “[...] repartem entre si, ou continuam a repartir entre si, o actual universo jurídico” (NEVES, 1995, p. 35). Mesmo no sistema do *common law*, no qual se percebe uma prevalência da experiência jurídico-jurisdicional na constituição e realização do direito, através da *rule of precedent*, tem crescido a importância da *statutory law*, que se forma a partir da vinculação jurídica aos precedentes dos tribunais superiores (*House of Lords* e *Courts of Appeal*), aproximando-se, portanto, do feitio de direito abstrato e geral. O entendimento de que as experiências jurídicas se radicam em normas jurídicas gerais e abstratas elaboradas pelo legislador e na normação concreta através do papel mediador exercido pelo juiz, conduz-nos a reconhecer na lei a fonte do direito.

No entanto, a constituição do direito através da atividade jurídico-jurisdicional coloca em jogo, como se percebe, uma série de infundáveis problemas, muitos deles relacionados diretamente à fonte jurídico-legal. Aliás, o que antes foi dito nos permite afirmar que as experiências jurídico-legislativa e jurídico-jurisdicional se imbricam e se tornam interdependentes: a lei só passa a ter algum significado para a sociedade na medida em que ela comece a ser empregue e interpretada pelos tribunais (WALDRON, 2003, p. 11); os órgãos jurisdicionais, por sua vez, confrontam-se com as dificuldades relacionadas ao *lôghos* das normas jurídico-legais (DWORKIN, 2003)¹² e muita vez a palavra empregue numa norma é já fonte de imprecisões quanto à intencionalidade legal. O que fazer então? A que espécies de consultas deverá o juiz recorrer para descobrir a intenção da lei ao mesmo tempo em que, com esta operação, pode ele ser o verdadeiro mediador do direito e não um seu burocrata que se compraz em interpretar gramaticalmente a norma por ele manejada? Sabendo, por outro lado, que as palavras assumem significações diversas de acordo com o discurso, com o momento histórico e mesmo devido às partes que a usam (e já não será demais lembrar que a sabedoria judaica afirma que o homem só é senhor da palavra quando não a pronuncia), como o juiz resolve o problema da caducidade ou da perda de eficácia da norma jurídico-legal ou de sua atualização em relação a determinado momento histórico-político-jurídico? É óbvio que o tema é dos mais intrincados e não poderia ter um tratamento superficial (nem um certo pudor nos permitiria avançar sobre a matéria nos quadrantes deste artigo). De modo que tentaremos nesta nova etapa apenas uma aproximação à problemática partindo dos jogos de linguagem de Wittgenstein.

¹² Cap. IX em que trata da intenção legislativa e mais precisamente sobre os problemas relacionados à interpretação.

3. A experiência jurídico-jurisdicional e as observações sobre seguir regras de Wittgenstein

A ciência jurídica e mais propriamente a epistemologia do direito têm se ocupado do problema da interpretação da norma jurídico-legal. Não, obviamente, como ocorreu no período da *École de l'exégèse*, que superdimensionou a lei, considerando-a não só fonte formal, mas, também, material do direito. De maneira que o direito, para os seguidores desta escola, era pensado a partir dos comentários dos códigos, em vez de ser tratado com uma expressão sócio-cultural limitada temporalmente. Hoje o problema da interpretação da “vontade da lei” tem alcances muito variados, atingindo não apenas o valor semântico (ROSS, 2003, p. 139-ss.) e as implicações filológicas da norma (RADBRUCH, 1997, p. 229-ss.), como, também, sua correlação com o legado histórico do processo legislativo (DWORKIN, 2003)¹³. Contudo, transparece em todos os matizes teóricos uma acerba preocupação com o valor dos símbolos lingüísticos, cujo sistema representa o mais desenvolvido e o mais eficaz dos meios de comunicação, mas também o mais complicado (ROSS, 2003, p. 140), sendo que as palavras, por isso mesmo, chegaram a ser consideradas como detentoras de poder mágico, “[...] independente do pensamento daqueles que a proferiam” (RADBRUCH, 1997, p. 232).

A palavra, segundo entende Ross (2003, p. 142), “[...] tem, por assim dizer, uma zona central sólida em que sua aplicação é predominante e certa e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual sua aplicação é menos usual e no qual se torna mais duvidoso [...]” seu emprego. Na linguagem jurídica, em que são recorrentes termos cotidianos e, portanto, radicalmente diferentes dos termos conceituais usados no jargão científico, as dificuldades interpretativas somam-se ao próprio fim do direito, que é o da realização da Justiça. Por outras palavras, o emprego do discurso jurídico deve procurar a realização da Justiça – esta deve ser sua intenção – e a noção disto pode estar circunscrita por uma tênue linha de imprecisão, que permitirá ao jurista interpretações díspares em razão da influência de certas circunstâncias, como a ideológica, como ocorreram, v.g., em vários julgados dos juízes alternativistas do Rio Grande do Sul nas questões possessórias envolvendo ações de trabalhadores sem-terras. O problema da interpretação aqui referido pode submeter-se à reflexão através do método filosófico de Wittgenstein, mais especificamente aquele contido na segunda fase de seu trabalho, expresso nas *Investigações Filosóficas*.

3.1. Os jogos de linguagem

As reflexões acerca da palavra vêm sendo realizadas desde longa data pela filosofia e teremos em Aristóteles o representante maior dos pensadores que as localiza no

¹³ Capítulo IX.

escrutínio das potências da alma. Tomás de Aquino, o mais conhecido dos aristotélicos e inequivocamente o principal dos filósofos da alta Idade Média, quem rompe os muros da igreja para se projetar na filosofia universal, trata da palavra numa longa *quaestio disputata*, partindo, como muito mais tarde faria Wittgenstein, do estudo da posição agostiniana. E o *Doctor Angelicus* admite de arrancada, tal como Santo Agostinho, que a palavra, como uma espécie de signo, é sempre *ratio* “[...] e semelhança da coisa conhecida pelo intelecto” (TOMÁS DE AQUINO, 1999, p. 289), ou, de outra forma, a palavra é *ratio* da coisa conhecida. É em decorrência disso que o autor da *Suma Teológica* afirma que “É evidente, pois, que para o entendimento de qualquer realidade intelectual o cognoscente tenha de formar a palavra, pois é da própria essência da intelecção que o intelecto forme algo e este algo formado é a palavra” (TOMÁS DE AQUINO, 1999, p. 289). Tomás, contudo, vai além da posição agostiniana que vê na palavra um signo para expressar os objetos de nossa intelecção, pois que, como potência do homem, “[...] a nossa [palavra] é imperfeita [...]. E isto porque nós não podemos expressar em uma única palavra tudo o que há em nossa alma e devemos valer-nos de muitas palavras imperfeitas e por isso, exprimimos fragmentária e setorialmente tudo o que conhecemos” (TOMÁS DE AQUINO, 1999, p. 293). Este apotegma é, em boa verdade, o *leitmotiv* de toda filosofia da palavra, mas que em Wittgenstein serve para fundamentar o que se passou a chamar de terapia da *doença filosófica*.

O autor das *Investigações filosóficas* parte, como Tomás, da reflexão agostiniana sobre a palavra, sem, no entanto, se preocupar em realizar uma aturada crítica daquele modelo filosófico. O intuito é outro, que é o de ter um ponto de apoio para tratar do conhecimento da linguagem e assim induzir uma proposta de dissolução dos problemas filosóficos, aqueles que fazem parte da *philosophia perennis* e são estabelecidos mais pela natureza das coisas do que pela natureza de nossa linguagem (CHAUVIRÉ, 1991, p. 123)¹⁴. Enquanto o alcance do sistema agostiniano é limitado à compreensão de elementos da comunicação (através do emprego das palavras), Wittgenstein pretende entrar nos amplos domínios da linguagem (que transcende, através dos inumeráveis jogos, a mera comunicação oral ou escrita). De forma que a palavra seja mais que um designativo de algo e seu uso uma etiquetagem de objetos, na medida em que nos deparamos com suas diferentes funções (§ 11) (WITTGENSTEIN, 1975, p. 17)¹⁵. A assertiva de que a palavra

¹⁴ A autora ressalta que Wittgenstein “[...] denunciou na filosofia tradicional essas tentativas de eternizar um jogo de linguagem relativo apenas à nossa cultura e à nossa história. Se os problemas filosóficos resultam, como ele afirmou, de certas derrapagens lingüísticas, não são as ‘próprias coisas’, mas nossa linguagem que, ‘girando em vão’, suscita o questionamento filosófico”. E mais adiante arremata: “[...] abandonando qualquer apelo à idéia normativa de uma lógica subjacente à linguagem, Wittgenstein [o segundo] orientou-se para uma outra crítica dos problemas filosóficos, oriundos a seu ver de um uso patológico da linguagem comum [...] e formulou o programa de uma filosofia terapêutica. A doença filosófica deveria corresponder uma terapia: esta consistiria em clarificar a ‘gramática’ de expressões correntes que nos desviaram para questões filosóficas ilegítimas” (CHAUVIRÉ, 1991, p. 123-125).

¹⁵ De agora em diante, as citações das *Investigações* partem desta edição.

possui diferentes funções, permite referir que seu significado não está adstrito ao objeto ao qual se refere e num de seus aforismos, Wittgenstein evidencia que ela é mais que um referente de um objeto ou um signo daquilo que designa, de maneira que “Se o Sr. N. N. morre, diz-se que morre o portador do nome, e não que morre a significação do nome. E seria absurdo falar assim, pois se o nome deixasse de ter significação, não haveria nenhum sentido dizer-se: “O Sr. N. N. morreu”” (§ 40). Por outras palavras, o filósofo recusa uma concepção referencial da palavra, pois que “[...] a função do nomear não constitui a única função das palavras [...]”, como afirma Dias (2000, p. 49). A referência a um objeto é apenas um dado que não nos permite atingir à significação da palavra, que só pode ser apreendida no contexto dos jogos de linguagem.

A noção de jogos de linguagem – inicialmente depreendida de um exemplo de linguagem primitiva (a referencial) no § 2, em que se demonstra que o processo de uso das palavras é semelhante àquele recorrido para ensinar às crianças uma língua –, não se limita, portanto, à etiquetagem de objetos. Há, em realidade, uma pluralidade de jogos de linguagem, que são tantos quantas são as expressões de uma *forma de vida*. “E representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida” (§ 19). Por outras palavras, há tantos jogos de linguagem quantas expressões das atividades humanas, e podem ser agrupados pelas semelhanças de funções que desempenharem na linguagem. Para demonstrar a diversidade deles e o próprio sentido de jogo, Wittgenstein refere sobre a necessidade de dar exemplos. Descrevem-se jogos e depois constroem-se outros por analogia aos antecedentes, de maneira a formar família de jogos (que dá a idéia mais próxima da complicada rede de semelhanças que se envolvem e se entrecruzam). Assim explica o filósofo:

Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão ‘semelhanças de família’; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento, etc., etc. – E digo: os ‘jogos’ formam uma família. (§ 67).

Sobre este método de Wittgenstein, refere Chauviré que “Os exemplos usados para explicar ‘jogo’ são presumidamente *paradigmáticos*, isto é, centro de variações” e são profusos à medida em que vão se desdobrando em novos jogos (CHAUVIRÉ, 1991, p. 93). Essa noção de família de jogos reforça, assim, a premissa de que “[...] há inúmeras espécies diferentes de emprego daquilo que chamamos de ‘signo’, ‘palavras’, ‘frases’. E essa pluralidade não é nada fixo, um dado para sempre” (§ 23). De outra forma, podemos dizer que as palavras assumem diferentes significações de acordo com o contexto (*o jogo de linguagem*) em que são colocadas.

Como jogo que é, o arranjo das palavras em nossa linguagem pode ser estabelecido

a partir de regras criadas pela prática das atividades humanas. As regras são, por assim dizer, espécies de auxílio no ensino do jogo, ou ferramentas do próprio jogo (§ 54). Mas o problema que as envolve se remete sempre à tensão existente na relação entre a regra do jogo e sua aplicação (CHAUVIRÉ, 1991, p. 95). Assim, o conhecimento que se tem do significado das palavras se confronta inevitavelmente com suas aplicações concretas. Isto porque seguir regra não nos garante que as coisas se passem como se poderia supor (§ 125). Os jogos de linguagem não se submetem a uma fixidez de parâmetros e sujeitam-se a inúmeras circunstâncias, assim como o fato de dominar as regras do jogo de xadrez não é a garantia suficiente para se lograr o lance de xeque-mate. Daqui já podemos localizar na filosofia wittgensteiniana algumas premissas acerca dos jogos de linguagem: a) a idéia de jogo de linguagem é essencialmente estabelecida como parte de uma atividade ou de uma forma de vida (§ 23); b) as regras dos jogos de linguagem são como ferramentas que auxiliam seus participantes (os interlocutores), mas seguir uma regra é algo que se desenvolve como semelhantemente ocorre com os hábitos: “Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são *hábitos* (costumes, instituições)” (§ 199); c) mas a compreensão de uma linguagem é, para o sistema filosófico de Wittgenstein, dependente de uma técnica: “Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§ 199), que bem pode ser, entendemos nós, a técnica de ter uma visão panorâmica (*Übersicht*) sobre as proposições ou contextos frasais (em os quais podemos ter uma efetiva noção da significação das palavras); d) se as coisas ocorrem realmente assim e se a determinação de um significado da palavra depende do contexto em que ela está inserida, pode se concluir que não existe uma linguagem ideal, precisa, inequívoca: “Se acreditamos que devemos encontrar aquela ordem, a ideal, na linguagem real, ficaremos insatisfeitos com aquilo que na vida cotidiana se chama ‘frase’, ‘palavra’, ‘signo’” (§ 105).

3.2. Jogos de linguagem jurídicos

Os juristas – no sentido mais lato da expressão, e, portanto, não apenas, os chamados operadores do direito, que hoje vêm se tornando cada dia mais aplicadores da lei e repetidores daquilo que se é interpretado pelos tribunais do que propriamente profissionais dotados de desenvolvido raciocínio jurídico – têm um jargão próprio e, por isso, determinados termos têm significação conceitual apenas dentro de seu meio. O emprego de expressões como *competência*, *termo*, *legitimidade*, *inépcia*, *culpa*, *imperícia*, *domínio*, dentre tantos outros típicos de uma linguagem *paracientífica* do direito, estabelece padrões de significação absolutamente distintos para as categorias de interlocutores do direito e para os não juristas. A idéia de competência utilizada no direito processual, v.g., é incompreensível para aquele que ainda não penetrou os meandros da *práxis* jurídica e que nem tenha um mínimo de conhecimento desta área jurídica. Desta forma, seguir regras nos jogos de linguagem estritamente jurídicos

requer, antes de tudo, um acurado conhecimento técnico dos mecanismos lingüísticos colocados à disposição dos interlocutores. “Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§ 199). E no conjunto de signos *paracientífico* a máxima de Wittgenstein justifica-se perfeitamente, na medida em que esta categoria de linguagem reduz o âmbito dos interlocutores àqueles que dominam uma técnica, permitindo, assim, um diálogo profícuo e sem margens para dúvidas. No entanto, o *universum* jurídico antes de ser um dado pronto e acabado, um algo estanque, é amplo e está em ininterrupto fazimento, para além de tangenciar as variadas extensões do humanismo, já que inúmeros fenômenos sociais repercutem diretamente neste constante *faciendum*. A bem da verdade, são justamente os fenômenos humanos que dão corpo à idéia de direito. De maneira que vários dos termos recorrentes aos jogos de linguagem jurídicos se imbricam com significações via de regra *datadas* e *circunscritas a um determinado meio social*. Mas que em outras circunstâncias sócio-históricoculturais podem sofrer radicais alterações. Ou seja, é possível aqui destacar que o fato de dominar determinada regra não implica na obtenção de resultados idênticos para situações espaço-temporalmente variáveis. Esta primeira aproximação aos múltiplos jogos de linguagem jurídicos (os de linguagem jurídica *stricto sensu* e os de linguagem recorrente), já nos permite concordar, na esteira de Dall’Agnol, com o sistema wittgensteiniano que

[...] recusa tanto o que se poderia considerar um platonismo-de-regras, quer dizer, a posição que sustenta que as normas, sejam elas morais ou jurídicas, são como *trilhos mecânicos* para o agir, que são independentes do que pensamos e fazemos e cuja apreensão do significado é suficiente para determinar a sua correta aplicação, quanto o ceticismo-de-regras, ou seja, a tese de que não há regras objetivas e que, por conseguinte, sempre será necessária uma *nova interpretação* sobre a ação a ser executada (DALL’AGNOL, 2005, p. 96).

A negação de um platonismo-de-regras e do ceticismo-de-regras não deve, no entanto, nos levar a crer que o jurista está sempre a sobrenadar num mar de incertezas, uma vez que ele poderá seguir corretamente uma regra para colimar a realização da Justiça (aqui entendida segundo determinados referenciais ético-sociais) a partir da consulta ampla aos jogos de linguagem localizáveis circunstancialmente. Não queremos com isto insinuar que as regras a serem seguidas pelo jurista se vinculam à corrente realista de inspiração norte-americana, segundo à qual a idéia do direito se radicaria naquelas profecias de um tribunal (Holmes), ou seja, nas decisões jurídico-judiciais e nas suas influências extrajurídicas, inclusive a educação do juiz, sua saúde, e origem social (LATORRE, 1978, p. 191-192). Tal atitude implicaria um retorno ao sociologismo, muita vez carregado de impurezas ideológicas. Mas podemos determinar regras para

jogos jurídicos localizando o equacionamento do problema lingüístico-jurídico na noção de *semelhanças-de-família*, estabelecendo uma espécie de gradação valorativa dos termos recorrentes. Tentemos melhor explicar através de uma proposição.

O Código Civil de 1916 regulava no art. 551 a possibilidade de adquirir-se a propriedade de um imóvel através de usucapião ordinário, instituto este que é integrado por requisitos objetivos (o lapso temporal do exercício da posse, v.g.) e subjetivos. Dentre eles, temos a *boa-fé*. Esta é expressão das mais difíceis, porque mergulhada no subjetivismo das concepções pessoais que transitam no meio do homem médio e na própria variação de significados do *bom*. Tanto é assim que os romanos, em que pese seu extremo pragmatismo, preferiram conceituar *bona fides* a partir de um raciocínio *contrario sensu*. “*Bona fides* – escreveu Gaio – *non patitur, ut bis idem exigatur*” (D. 50.17,57). Sabia-se o que não constituía *bona fides*, mas não se ousava conceituá-la. Pois bem, a *boa-fé* exigida para o cumprimento do usucapião não se relaciona, obviamente, com interdição de dúplice cobrança de um crédito, como era entendida entre os romanos, mas estreita-se, no caso específico de que estamos a tratar, com a idéia de ausência de *malícia* no exercício da posse. Ainda assim, teremos dificuldades em alcançar uma perfeita compreensão do termo, uma vez que os limites entre *má-fé* e *boa-fé* são frágeis, dando causa à interseção de significados. Assim, digamos, o usucapiente pode ter exercido a posse do bem imóvel mantendo uma constante vigilância armada. Esta enunciação do fato implica em negação de *boa-fé*? Ou, de outra forma, há uma significação de *má-fé* no jogo de linguagem em que se declara que o possuidor vigiava armado as terras por ele ocupadas? Não necessariamente, uma vez que o jogo de linguagem pode nos levar a entender que o possessor estava a *zelar* pelo bem, e em relação a ele tinha uma espécie de *ciúme*. As expressões *zelo* e *ciúme* empregues na intenção de adquirir um bem independentemente de título dominial, por outro lado, parecem estabelecer uma família de significações semelhantes à de *boa-fé* ou que se enfeixam no significado deste termo. De maneira que, em determinado *jogo-de-linguagem* jurídico sobre a *boa-fé* as asserções de *zelo* e de *ciúme* são gradações valorativas da idéia de *boa-fé*. Wittgenstein dá-nos a entender, no § 77 de suas *Investigações*, que a noção de *bom* só será apreensível quando inserimos a palavra dentro de uma família de significações, no que aproxima sua filosofia a um experimento da vertente filosófica *cognitivista*. Contudo, a regra aqui estabelecida para o *jogo-de-linguagem* proposto não poderá ser tomada como um seu equacionamento definitivo e infalível, seja porque a *boa-fé* pode ser inserida em outros *jogos-de-linguagem* (quando o termo aparece, v.g., como requisito de validade do pagamento a credor putativo, previsto no art. 309, do novel Código Civil), seja porque uma outra gradação das *semelhanças-de-família* pode levar a um significado absolutamente distinto em relação ao exemplo dado (a vigilância armada poderá ser hipótese de declarada intenção de esbulho).

4. Conclusão

O direito, como fenômeno social, só pode ser entendido como um processo de constante fazimento, que tem marcha ininterrupta, e é levado a efeito dialogicamente. Seus fundamentos ontológicos, como aquele determinado pelo sentimento jurídico, não podem prescindir da idéia ingênita de comunicabilidade humana. E as posições teóricas mais pragmáticas de sua explicação, como a do historicismo e a do utilitarismo, *a fortiori*, radicam-se nessa premissa maior. O direito é, pois, essencialmente um processo comunicativo em o qual o homem coloca em discussão todo seu drama existencial.

Mas o caráter discursivo do direito ganha foros de maior relevo quando se colocam em jogo os lanços de política jurídica, especialmente aqueles que tratam de estabelecer uma norma jurídico-jurisdicional concreta, casuística e que tenha a representação de solução de um determinado problema jurídico decorrente de uma disputa de pretensões. É quando se lança mão não apenas de meios interpretativos da *ratio* legal, mas se investiga o significado de uma linguagem recorrente ao mundo jurídico e que, a todas as luzes, não tem os níveis de exatidão da gramática *paracientífica*. E sempre o jurista se deparará com expressões cujos significados possuem contornos imprecisos e vulneráveis, pois que podem ser contaminadas por impressões de ordem ideológica, moral, cultural e política. A boa-fé, os bons costumes, o dever de vigilância, a negligência, são apenas alguns dos inumeráveis recursos lingüísticos do direito, que estão naquela zona da linguagem comum com a qual o jurista se depara com grande freqüência. Não há regras seguras para se estabelecer um significado preciso e isento dos fatores idiossincráticos para tais termos. E mesmo que se domine o campo semântico, corre-se o risco de cometerem-se avaliações equivocadas. De maneira que a procura do significado de certas expressões jurídicas não obedece a um rigoroso equacionamento lingüístico (e uma tal tarefa será impraticável na medida em que as expressões assumem significações distintas de acordo com o jogo jurídico em que estiver inserida a palavra), mas antes através do estabelecimento de famílias de significados dessumidas dos jogos lingüísticos. Cada questão problemática colocada no jogo de linguagem jurídica só poderá ter um início de solução se contextualizada e aferida a partir de sua inserção numa família de significados aproximados referidos pelos interlocutores.

5. Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Teoria general del derecho*. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriallet al . Brasília: Editora da Universidade de

Brasília, 2000.

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

CHAUVIRÉ, Christiane. *Wittgenstein*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de direito*. Coimbra: Almedina, 1991.

CLAVERO, Bartolomé. *Institución histórica del derecho*. Madri: Marcial Pons, 1992.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes: natureza, direito natural, direitos humanos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

DALL'AGNOL, Darlei. As observações de Wittgenstein sobre seguir regras e a tese da indeterminação do direito. *Habermas em discussão: anais do Colóquio Habermas*. Florianópolis: NEFIPO, 2005.

DIAS, Maria Clara. *Os limites da linguagem*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELLUL, Jacques. *A palavra humilhada*. Tradução de Maria Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulinas, 1984.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. 13. ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1996.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Direito penal sexual: fundamentos e fontes, a tentativa de estabelecer um diálogo entre o direito e a moral*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *Habeas corpus: crítica e perspectivas, um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *Metodologia do ensino jurídico: aproximações ao método e à formação do conhecimento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian [s./d].

JUSTINIANO I. *Digesto de Justiniano, liber primus*: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Tradução de Felipe González Vicen. Madri: Marcial Pons, 1997.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Coimbra, 1978.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

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

NEVES, Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra, 1995.

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

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acrescida. Coimbra: Armênio amado Editor, 1997.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

TOMÁS DE AQUINO. *Verdade e conhecimento*. Tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

VECCHIO, Giorgio Del. *Filosofia del derecho*. 9. ed. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch [s./d.].

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril, 1975. (Coleção Os Pensadores).

2.5 APROVAÇÃO E OBRIGATORIEDADE POR TRATADOS, NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO: UM RESUMO

ALEXANDRE SCIGLIANO VALERIO

Doutor em Direito Econômico pela UFMG

Professor do Centro Universitário de Belo Horizonte (Uni-BH)

RESUMO: Ainda nos dias de hoje verifica-se, por parte de estudantes e juristas, considerável falta de domínio sobre o Direito Internacional. Tal desconhecimento é incompatível com a importância do Direito Internacional na teoria e prática jurídicas, bem como com o relevo almejado, pelo Brasil, na Sociedade Internacional. O presente trabalho é uma tentativa de descrever, de forma ao mesmo tempo clara, concisa e precisa, os procedimentos, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito interno brasileiro, pelos quais um tratado passa antes de se tornar obrigatório no Brasil. Foram identificadas quatro fases principais, normalmente presentes, e que foram assim denominadas: a) “aprovação internacional”; b) “aprovação interna”; c) “obrigatoriedade internacional”; e d) “obrigatoriedade interna”. Tais termos, expressões e distinções são submetidos à comunidade científica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Público; tratado; aprovação; obrigatoriedade; ratificação.

ABSTRACT: Despite the increase in international relations in the contemporary society, amongst law students and legal scholars there remains a considerable lack of domain regarding International Law. Such a lack of knowledge is incompatible with the importance of International Law in legal theory and practice, as well as the role Brazil aspires to play in the international society. This article is an attempt to describe, in a clear, concise and precise manner, the international and domestic procedures through which a treaty is submitted before it becomes obligatory in Brazil. Four main phases were observed as being present at most times, and were identified as such: a) “international approval”; b) “internal approval”; c) “international obligatoriness”; and d) “internal obligatoriness”. Such terms, expressions and distinctions are submitted to the scientific community.

KEY WORDS: International Law; treaty; approval; obligatoriness; ratification.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aprovação internacional. 3. Aprovação interna. 4. Obrigatoriedade internacional. 4.1. Formas. 4.2. Data. 4.3. Obrigatoriedade internacional para um Estado. 5. Obrigatoriedade interna. 5.1. Forma. 5.2. Data. 6.

“Constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca” da aprovação e obrigatoriedade por um tratado. 7. Conclusão e figura-resumo. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ainda nos dias de hoje verifica-se, por parte de estudantes e juristas, considerável falta de domínio sobre o Direito Internacional. Assim, é geralmente desconhecida a não ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (a seguir, *Convenção de Viena*, simplesmente) e a não aplicação da Convenção de Direito Internacional Privado (em anexo à qual está o chamado *Código de Bustamante*) em Estados que simplesmente não a ratificaram – ambos os erros induzidos, em verdade, pela nossa literatura jurídica.

Outros exemplos podem ser dados: a) o Brasil assinou um tratado¹, mas não o ratificou? É possível que a assinatura, por si só, implique em obrigatoriedade, dispensando a ratificação; b) o Brasil não assinou um tratado? Ele pode mesmo assim ser obrigatório para o nosso País, caso tenha havido adesão; c) o tratado está em vigor para o Brasil? É necessário distinguir-se a entrada em vigor internacional da entrada em vigor interna, pois um Estado estar obrigado pelo tratado no Direito Internacional (isto é, perante outros sujeitos de Direito Internacional) não implica em estar obrigado pelo mesmo no direito interno (isto é, dever o tratado ser observado pelos setores público e privado do Estado nas suas relações internas); d) o tratado está em vigor para o Brasil no âmbito internacional? É necessário verificar-se a partir de quando, pois a data da entrada em vigor internacional de um tratado para o Brasil pode não coincidir com a data da entrada em vigor internacional do mesmo para outros Estados; e) o tratado está em vigor para o Brasil no âmbito interno? Isso só ocorre após a sua promulgação e publicação; por isso, ao se invocar internamente qualquer dispositivo do tratado é indispensável a menção ao decreto de promulgação (!)

Tais exemplos demonstram que várias considerações são necessárias para a correta aplicação dos tratados. O desconhecimento disso é incompatível com a importância do Direito Internacional na teoria e prática jurídicas, bem como com o relevo almejado, pelo Brasil, na Sociedade Internacional.

O presente trabalho é uma tentativa de descrever, de forma ao mesmo tempo clara, concisa e precisa, os procedimentos, tanto no âmbito internacional quanto no âmbito

¹ Irei utilizar-me da palavra “tratado” no sentido de qualquer acordo formal concluído entre Estados, organizações internacionais e outros sujeitos de Direito Internacional e que cria direitos e obrigações no Direito Internacional. Cf. art. 2, par. 1, “a”, da Convenção de Viena, Mello (2004, p. 212-214) e United Nations ([2006], p. 64-65). Para a diferença entre tratado e memorando de entendimento (*memorandum of understanding* – *MOU*), esse último sinônimo de “acordo de cavalheiros” e “acordo político”, cf. Aust (2005, p. 53-57).

interno brasileiro, pelos quais um tratado passa antes de se tornar obrigatório no Brasil.² Antes, algumas observações devem ser feitas:

a) a descrição é relativamente simplificada, pois os procedimentos relativos a tratados, tanto no direito internacional como no direito interno brasileiro, admitem variações³; b) a linguagem utilizada na literatura, normativa e jurisprudência é bastante díspar e torna praticamente impossível qualquer uniformização. Após muita reflexão, foram adotadas aqui duas palavras essenciais (e radicalmente distintas entre si) e que de forma alguma correspondem a algum consenso já existente: *aprovação*⁴ e *obrigatoriedade*.⁵ São as palavras que, na minha opinião, expressam da melhor forma a realidade do objeto de estudo;

c) foram identificadas quatro fases principais, normalmente presentes, pelas quais um tratado passa antes de se tornar obrigatório em um Estado. De acordo com a terminologia adotada (alínea “b” acima), essas quatro fases foram assim denominadas: i) *aprovação internacional*; ii) *aprovação interna*; iii) *obrigatoriedade internacional*; e iv) *obrigatoriedade interna*. Tais termos, expressões e distinções são submetidos à comunidade científica.⁶

2. Aprovação internacional

Os Estados que aprovam internacionalmente um tratado são aqueles que manifestam, através da assinatura ou de outro modo,⁷ a concordância com o mesmo. Os Estados que participam da negociação para a conclusão de um tratado não têm o dever de

² A única *fase* não descrita é a da negociação.

³ A título exemplificativo, cf. nota de rodapé 7 abaixo.

⁴ Outra palavra possível é *adoção*, utilizada no art. 9 da Convenção de Viena. Observe-se, desde logo, que, embora o Brasil não se tenha obrigado internacionalmente pela Convenção de Viena, ela é considerada uma codificação do costume internacional (AUST, 2005, p. 52. MALANCZUK, 1997, p. 130. SILVA; ACCIOLY, 2002, p. 28).

⁵ Outras palavras possíveis são *vinculação*, *executoriedade* e *vigência*. A Convenção de Viena fala, no art. 2, par. 1, “b”, e 11, entre outros, em *consentimento em se vincular* (no original: “consent to be bound”).

⁶ A Organização das Nações Unidas (UNITED NATIONS, [2006], p. 19) e muitos autores fazem uma distinção entre ratificação em nível internacional e ratificação em nível interno, mas a segunda indica, na verdade, a aprovação interna. Aust (2005, p. 63) diz que a palavra “ratificação”, usada para designar a aprovação parlamentar, induz a erro, já que ratificação é um ato internacional.

⁷ “A assinatura dos participantes tem sido algumas vezes dispensada nos tratados concluídos em grandes conferências e é considerada suficiente a do presidente da conferência. Por outro lado, quando a conferência elabora vários textos eles são reunidos na ata final que é a única a ser assinada (René-Jean Dupuy).” (MELLO, 2004, p. 228) “A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.” (art. 9, par. 2, da Convenção de Viena)

concordarem com ele.⁸ Por outro lado, se os Estados negociadores concordarem, Estados que não participaram da referida negociação podem aprová-lo.

A assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, pode ou não implicar em obrigatoriedade pelo mesmo na ordem internacional (sobre obrigatoriedade internacional, cf. seção 4 abaixo).

Assim, há que se ter cuidado com as expressões *Estados signatários*, *Estados contratantes* e *Estados partes*, pois elas se referem a conceitos diferentes. *Estados signatários* são os que assinaram um tratado (independentemente de terem com isso se obrigado internacionalmente por ele ou não). *Estados contratantes* são os que se obrigaram internacionalmente por um tratado, independentemente de ter esse tratado entrado em vigor internacional ou de ter entrado em vigor internacional para eles. *Estados partes* são os que se obrigaram internacionalmente por um tratado que tenha entrado em vigor internacional para eles (art. 2, par. 1, “f” e “g”, da Convenção de Viena. UNITED NATIONS, [2006], p. 57 e 62).

Caso a assinatura implique em obrigatoriedade na ordem internacional, fala-se em “assinatura definitiva” (ou “assinatura não sujeita a ratificação”) e, em caso contrário, em “assinatura simples” (ou “assinatura sujeita a ratificação”) – (art. 12, par. 2, “b”, da Convenção de Viena. UNITED NATIONS, [2006], p. 5-6 e 64).

Mesmo não implicando na referida obrigatoriedade, a assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, tem efeitos importantes, conforme nos relata Jiménez de Aréchaga ([s. n. t.]), citado por Mello (2004, p. 226-227):

- a) autentica o texto do tratado;
- b) atesta que os negociadores estão de acordo com o texto do tratado;
- c) os dispositivos referentes ao prazo para a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação e a adesão são aplicados a partir da assinatura;
- d) os contratantes “devem se abster de atos que afetem substancialmente o valor do instrumento assinado” [...];⁹
- e) a assinatura pode ter valor político; [...]

A Convenção de Viena contém, no art. 12, par. 1, regras para se aferir se a assinatura

⁸ “A não-assinatura por parte do Estado que integrou os trabalhos negociais [...] pretende ter, no plano político, efeito publicitário da insatisfação daquele com o texto acabado, e, pois, de sua dúvida sobre a utilidade de firmar o que provavelmente não será ratificado.” (REZEK, 2005, p. 44)

⁹ É o que diz o art. 18 da Convenção de Viena. Aust (2005, p. 66) interpreta o dispositivo no sentido de que o Estado não pode realizar nada que comprometa a sua *habilitade* em cumprir integralmente o tratado.

de um tratado implica em obrigatoriedade por ele ou não (cf. seção 4.1, “a”, abaixo).

A assinatura não precisa dar-se num único dia, podendo prever-se um período de tempo para tanto (“assinatura diferida”) ou, ainda, estipular-se a possibilidade de assinatura a qualquer tempo (caso de alguns tratados de direitos humanos) – (MELLO, 2004, p. 227. UNITED NATIONS, [2006], p. 5).¹⁰

3. Aprovação interna

Aqui já estamos na órbita do direito interno brasileiro. O Brasil, de forma soberana, estabelece, na sua Constituição e em atos normativos infraconstitucionais, o procedimento para negociação, aprovação e obrigatoriedade por tratados.

Ao longo da nossa história republicana, as normas constitucionais sobre o tema pouco variaram. Sempre foi competência do Executivo a negociação e a aprovação internacional de tratados, cabendo ao Legislativo a sua aprovação interna.¹¹ A prática, entretanto, nem sempre se adequou às constituições ou foi uniforme.¹² Isso explica, por exemplo, a ausência de aprovação interna, pelo Brasil, de alguns tratados, tais como a Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis Sobre a Nacionalidade e Protocolos, de 1930.

Segundo a Constituição Federal de 1988, é competência do Presidente da República a negociação e a aprovação internacional de tratados, estando os mesmos, entretanto, “sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII).

A competência para a aprovação interna, portanto, é do Congresso Nacional, segundo o confirma o art. 49, I: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Cabe menção, ainda, ao art. 52, V, segundo o qual “compete privativamente ao Senado Federal autorizar operações

¹⁰ A prática da assinatura diferida a tem tornado bastante semelhante à adesão (cf. seção 4.1, “d”, abaixo) – (MELLO, 2004, p. 227).

¹¹ Constituição de 1891: art. 34, 12º e 48, 16º; Constituição de 1934: art. 40, “a”, 56, § 6º e 91, 1, “f”; Constituição de 1937: art. 54, “a” e 74, “d” e “n”; Constituição de 1946: art. 66, I e 87, VII; Constituição de 1967: art. 47, I e parágrafo único e 83, VII; Constituição de 1967 após a Emenda Constitucional 1/1969: art. 44, I, e 81, X. O mesmo diz Fraga (2004, p. 313). Na primeira constituição republicana, o procedimento de aprovação interna era um pouco diferente: “Na vigência da Constituição de 1891, a aprovação do tratado se fazia por uma resolução do Congresso, sancionada por decreto do Presidente. Isso porque, ao contrário do que hoje se observa, ao Chefe do Executivo Federal competia, privativamente, ‘sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para a sua fiel execução’ (art. 48, 1º).” (mesma obra, p. 314-315) Após a ratificação do tratado, adotava-se novo decreto do Executivo promulgando-o.

¹² O relato de FRAGA (2004) sobre a promulgação de tratados pelo Executivo é um exemplo.

externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios”.

No primeiro caso, isto é, aprovação interna pelo Congresso Nacional, adota-se um decreto legislativo. No segundo caso, isto é, aprovação interna pelo Senado Federal, adota-se uma resolução (MELLO, 2004, p. 238).

Em ambos os casos, o Poder Legislativo depende da iniciativa do Poder Executivo, isto é, é poder discricionário do Executivo participar da negociação de um tratado, aprová-lo internacionalmente e submetê-lo à aprovação interna pelo Poder Legislativo. A realização de cada uma dessas fases não implica em obrigatoriedade da realização da seguinte.

O procedimento de aprovação interna dos tratados é assim descrito por Rezek (2005, p. 65):

A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por *mensagem* do presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores. [13]

A matéria é discutida e votada, separadamente, primeiro na Câmara, depois no Senado. A aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isto vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado, em tais circunstâncias.

Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra das casas, pelo menos duas das respectivas comissões: a de relações exteriores e a de constituição e justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de finanças, economia, indústria e comércio, defesa nacional, minas e energia. A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças — a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores —, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. [...] Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional.

¹³ “Caso não haja texto original em português, no caso de atos multilaterais, a tradução do texto é obrigatória.” (BRASIL, 2008)

O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um *decreto legislativo*, promulgado pelo presidente do Senado, que o faz publicar no Diário Oficial da União.

O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Não se produz esse diploma quando o Congresso rejeita o tratado, caso em que cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao presidente da República.

A prática internacional revela a existência do chamado *acordo de forma simplificada* ou *acordo do executivo*, como tal denominado o acordo que dispensa a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo de um Estado para que esse se obrigue pelo mesmo na ordem internacional (cf. seção 4.1, “c”, abaixo). Quanto à possibilidade da adoção de um tal acordo pelo Brasil assim se pronuncia Mello:

No Brasil, a doutrina se dividiu em duas grandes correntes: a) a primeira sustenta a validade dos acordos do Executivo dentro do nosso sistema constitucional (Accioly, Levi Carneiro, João Hermes Pereira de Araújo e Geraldo Eulálio Nascimento e Silva); b) a segunda nega esta validade (Haroldo Valladão, Marota Rangel, Afonso Arinos, Pontes de Miranda, Themístocles Cavalcanti e Carlos Maximiliano). (MELLO, 2004, p. 236)

Os defensores da segunda corrente se vêem obrigados a propor alteração no texto constitucional. (MELLO, 2004, p. 282, nota 55)

A nossa opinião é favorável à primeira corrente, porque ela é a que melhor atende às finalidades práticas da questão. (MELLO, 2004, p. 237)

4. Obrigatoriedade internacional

Em virtude do princípio da soberania no direito internacional,¹⁴ os tratados não são “leis” que obrigam todos a quem se dirigem; estão mais próximos dos contratos, só obrigando aqueles que consintam em tanto (AUST, 2005, p. 77).

¹⁴ “A soberania não é apenas uma idéia doutrinária [...] Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU [Organização das Nações Unidas] diz, em seu art. 2, § 1, que a organização ‘é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros’. A Carta da OEA [Organização dos Estados Americanos] estatui, no art. 3, f, que ‘a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados.’ De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte da Haia [Corte Internacional de Justiça], é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência.” (REZEK, 2005, p. 224-225)

Um Estado pode se obrigar internacionalmente por um tratado de várias formas, as quais são mencionadas a seguir (cf. art. 2, par. 1, “b” e 11 da Convenção de Viena).

Antes, deve ser observado que, mesmo após a aprovação interna de um tratado por um Estado, pode o mesmo desistir do objetivo de obrigatoriedade internacional por ele e não comunicar a referida aprovação aos demais Estados.

4.1. Formas

a) *Assinatura*

Conforme dito acima (seção 2), a assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, pode ou não implicar em obrigatoriedade pelo mesmo na ordem internacional.

Segundo o art. 12, par. 1, da Convenção de Viena:

O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse Estado:

- a) quando o tratado dispõe que a assinatura terá esse efeito;
- b) quando se estabeleça, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou
- c) quando a intenção do Estado interessado em dar esse efeito à assinatura decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.

Já Silva e Accioly (2002, p. 34) afirmam que:

A dispensa da ratificação ocorre quando o próprio tratado assim disponha; nos acordos celebrados para cumprimento ou interpretação de tratado devidamente ratificado; nos acordos sobre assuntos puramente administrativos que prevêem eventuais modificações, como no caso de acordos de transporte aéreo; nos *modus vivendi* que têm por finalidade deixar as coisas no estado em que se acham ou estabelecer simples bases para negociações futuras. Nos tratados sobre o meio ambiente tem surgido a prática de assinar tratados-base (*umbrella treaties*) que traçam as grandes linhas e que devem ser completados por protocolos ou pela modificação de anexos em que a ratificação pode ser dispensada.

A assinatura definitiva pode ser permitida a qualquer Estado ou a somente alguns

deles, por exemplo, aos que pertençam a uma determinada organização internacional ou a uma mesma região geográfica.

b) Troca dos instrumentos constitutivos

Segundo a Convenção de Viena, a troca dos instrumentos constitutivos do tratado é uma forma de Estados manifestarem o seu consentimento em obrigar-se internacionalmente pelo mesmo (art. 11 e 13).

O “manual de tratados” da Organização das Nações Unidas – ONU (UNITED NATIONS, [2006], p. 60) assim explica o procedimento, que é mais usado em tratados bilaterais:

A característica básica desse procedimento é que a assinatura de ambas as partes aparecem não em uma carta ou nota, mas em duas cartas ou notas separadas. O acordo, portanto, consubstancia-se com a troca dessas cartas ou notas, cada uma das partes retendo uma carta ou nota assinada pelo representante da outra parte. Na prática, a segunda carta ou nota (usualmente a carta ou nota dada em resposta) reproduzirá o texto da primeira.¹⁵

c) Ratificação

Ratificação é o ato pelo qual um sujeito de Direito Internacional que aprovou internacionalmente um tratado comunica, diretamente aos demais sujeitos que também o fizeram ou ao depositário, que ele se obriga pelo mesmo na ordem internacional.

A ratificação (e também outros meios de se obrigar internacionalmente por um tratado) pode se exprimir de várias maneiras: a) troca dos instrumentos de ratificação; b) depósito do instrumento de ratificação; c) notificação aos demais Estados contratantes; e d) notificação ao Estado ou organização internacional depositária (art. 16 da Convenção de Viena).

A ratificação surgiu como forma de controle, por parte das autoridades de um Estado, dos tratados aprovados internacionalmente pelos seus representantes. Assim, antes de se obrigar por um tratado na ordem internacional, o Estado devia aprová-lo internamente. A partir da Idade Moderna, com a difusão da teoria da separação dos

¹⁵ Original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “The basic characteristic of this procedure is that the signatures of both parties appear not on one letter or note but on two separate letters or notes. The agreement therefore lies in the exchange of these letters or notes, each of the parties retaining one letter or note signed by the representative of the other party. In practice, the second letter or note (usually the letter or note in response) will reproduce the text of the first”.

poderes, tornou-se a ratificação, em muitos países, uma maneira de o Poder Legislativo controlar os tratados aprovados internacionalmente pelo Poder Executivo. Em outras palavras, um tratado negociado e aprovado internacionalmente pelo Poder Executivo só obrigaria um Estado na ordem internacional após a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo. Outras vantagens do instituto da ratificação são: a) possibilitar a discussão sobre o tratado, seja pelas autoridades de um Estado, seja pelo seu povo; b) sendo o Poder Legislativo constituído por representantes eleitos pelo povo, fazer o tratado passar pelo crivo desses; e c) possibilitar a adoção de medidas internas para o cumprimento do tratado (AUST, 2005, p. 63. MALANCZUK, 1997, p. 132. MELLO, 2004, p. 229-230. REZEK, 2005, p. 50-51. UNITED NATIONS, [2006], p. 8-9).

Segundo Mello (2004, p. 231):

A principal característica da ratificação é que ela é um ato discricionário, do que decorrem duas conseqüências: a) a indeterminação do prazo para a ratificação e b) a licitude da recusa da ratificação. A indeterminação do prazo para a ratificação significa que ela poderá ser realizada pelo Estado no momento que assim julgar oportuno; isto, entretanto, não ocorre quando os tratados fixam um prazo determinado para ela.

Por um período, a ratificação foi essencial à obrigatoriedade de um Estado por um tratado na ordem internacional, tendo isso se tornado princípio na jurisprudência internacional. Entretanto, modernamente, a ratificação vem sendo às vezes dispensada, pois, afirma-se, o Poder Legislativo é menos ágil do que o Poder Executivo. Daí surgir, na órbita dos direitos internos, o chamado “acordo em forma simplificada” ou “acordo do executivo” (*executive agreement*), que, conforme acima definido (seção 3), é aquele acordo que dispensa a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo de um Estado para que esse se obrigue pelo mesmo na ordem internacional (em regra, a aprovação internacional do tratado pelo Poder Executivo é suficiente para tanto; mas o conceito abrange a hipótese de necessidade de ratificação ou outra forma de manifestação da obrigatoriedade internacional, desde que tal faculdade seja exclusiva do Poder Executivo) – (mesma obra, p. 234-235).

d) Adesão ou acesso

Estados que *não* aprovaram um tratado no âmbito internacional – seja porque ele restringia a sua aprovação a uma categoria de Estados, seja porque o prazo para a sua aprovação se expirou – podem se obrigar por ele no referido âmbito se o tratado o permitir expressamente¹⁶ ou se as partes com isso concordarem (cf. art. 15 da

¹⁶ Os que o fazem são designados “tratados abertos” e os que não o fazem são designados “tratados fechados”. (MELLO, 2004, p. 220)

Convenção de Viena).

Segundo Mello (2004, p. 284, nota 68):

A distinção entre adesão (menos solene – o Estado adere apenas a algumas partes do tratado) e acessão (mais solene – necessitava do consentimento das partes e o Estado acedia ao tratado integralmente) é bem nítida no século XVIII para no século XIX as duas noções se confundirem.

A semelhança entre adesão e acessão, por um lado, e ratificação, por outro, é que ambas são formas de um Estado se obrigar internacionalmente por um tratado; já a diferença é que, na primeira forma, não há aprovação prévia, enquanto na segunda o há.¹⁷

Sobre a prática de adesão seguida de ratificação, explica Mello (mesma obra, p. 245) que:

A maioria dos doutrinadores (Quadri, Sette Câmara) se tem manifestado no sentido de que a adesão não deve estar sujeita a ratificação, uma vez que o Estado, ao aderir ao tratado, já o encontra pronto e deve ter “meditado” sobre ele. Todavia, a prática internacional tem consagrado a adesão sujeita a ratificação [...] O Secretariado da ONU, quando recebe uma adesão com reserva de ratificação, considera o instrumento simplesmente como uma notificação da intenção do Governo de se tornar parte no tratado. A Comissão de DI [Direito Internacional] considera a adesão sujeita a ratificação como anômala, mas freqüente.¹⁸

A adesão ou a acessão pode ser feita mesmo antes da entrada em vigor do tratado na ordem internacional.

¹⁷ Diz o “manual de tratados” da ONU: “A acessão tem o mesmo efeito legal que a ratificação. Entretanto, ao contrário da ratificação, que precisa ser precedida pela assinatura para criar obrigações jurídicas sob o direito internacional, a acessão requer somente um passo, nomeadamente o depósito do instrumento de acessão. O Secretário-Geral, como depositário, tem tendido a tratar instrumentos de ratificação que não tenham sido precedidos de assinatura como instrumentos de acessão, e os Estados envolvidos têm sido aconselhados de acordo.” (UNITED NATIONS, [2006], p. 10; original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “Accession has the same legal effect as ratification. However, unlike ratification, which must be preceded by signature to create binding legal obligations under international law, accession requires only one step, namely, the deposit of an instrument of accession. The Secretary-General, as depositary, has tended to treat instruments of ratification that have not been preceded by signature as instruments of accession, and the States concerned have been advised accordingly.”)

¹⁸ Cf. também Rezek (2005, p. 87). No que tange à adesão, o Brasil não adota um procedimento uniforme: “ora dá sua adesão definitivamente, autorizado o Executivo pelo Congresso Nacional, ora o faz ‘ad referendum’, subordinando-a a posterior aprovação do Poder Legislativo.” (MELLO, 2004, p. 245)

Assim como a assinatura, a adesão ou a acessão pode ser permitida a qualquer Estado ou a somente alguns deles, por exemplo, aos que pertençam a uma determinada organização internacional ou a uma mesma região geográfica.

e) Aceitação e aprovação

A aceitação e a aprovação são a obrigatoriedade internacional de um Estado por um tratado após um modo simplificado de aprovação interna (VELLAS, [s. n. t.] citado por MELLO, 2004, p. 281, nota 54). Na aceitação, por exemplo, dispensa-se o prévio consentimento do Poder Legislativo do Estado (MELLO, 2004, p. 235-236). A rigor, portanto, a distinção refere-se ao direito interno.

Segundo Malanczuk (1997, p. 134), “a principal razão da popularidade desses termos é que eles permitem a um Estado escapar de dispositivos da sua própria constituição que exigem o consentimento do Legislativo para a ratificação”.¹⁹

A aceitação e a aprovação (no sentido da presente alínea) que se seguem à aprovação (no sentido da seção 2 acima) têm o mesmo efeito legal e estão sujeitas às mesmas normas que regem a ratificação (art. 14, par. 2, da Convenção de Viena). Mas se elas se derem sem a prévia aprovação (no sentido da seção 2 acima), a elas se aplica o regime da adesão ou acessão (UNITED NATIONS, [2006], p. 9).

f) Outros meios acordados

O art. 11 da Convenção de Viena diz que “o consentimento de um Estado em obrigarse por um tratado pode manifestar-se [...] por quaisquer outros meios, se assim acordado”. Segundo Aust (2005, p. 64-65), “é assim possível que um tratado seja adotado sem assinatura ou qualquer outro procedimento específico, e que entre em vigor instantaneamente para todos os Estados adotantes”.²⁰

4.2. Data

Modernamente, os tratados indicam quando eles devem entrar em vigor internacional. Com base no princípio da autonomia da vontade, inúmeras regras são aqui possíveis (art. 24, par. 1, da Convenção de Viena). Um tratado pode entrar em vigor internacional, por exemplo, numa data específica, ou determinado número de dias ou meses após

¹⁹ Original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “The main reason for the popularity of these terms is that they enable a state to evade provisions in its own constitution requiring the consent of the legislature for ratification.”

²⁰ Original em inglês; tradução minha; no original lê-se: “Thus it is possible for a treaty to be adopted, without signature or any other particular procedure, and enter into force instantly for all the adopting states.”

dois, três ou todos os Estados se obrigarem por ele.²¹ No silêncio do tratado, ele entra em vigor internacional quando todos os Estados que o aprovaram se obrigarem por ele (art. 24, par. 2, da Convenção de Viena).²²

O tratado pode prever a sua aplicação provisória (art. 25 da Convenção de Viena). Os Estados podem assim proceder mesmo antes de aprovar internamente o tratado e mesmo que ele não tenha entrado em vigor internacional para nenhum Estado (UNITED NATIONS, [2006], p. 11 e 62).

4.3 Obrigatoriedade internacional para um Estado

A obrigatoriedade internacional de um tratado para um Estado pode dar-se após a obrigatoriedade internacional do mesmo para outros Estados. Isso ocorrerá, por exemplo, se o tratado previr que a sua entrada em vigor internacional se dará quando um determinado número de Estados declararem a sua obrigatoriedade internacional pelo mesmo e o Estado em questão só fizer tal declaração após a referida condição ter sido preenchida por outros Estados.

Por outro lado, a obrigatoriedade internacional de um tratado para um Estado não se pode dar enquanto não houver obrigatoriedade internacional do mesmo para nenhum Estado. Assim, se um tratado previr que a sua entrada em vigor internacional se dará quando um determinado número de Estados declararem a sua obrigatoriedade internacional pelo mesmo, e se o Estado em questão fizer tal declaração *antes* de a referida condição se preencher, o tratado não será ainda obrigatório para o mesmo na ordem internacional,²³ senão somente depois de ocorrida a mencionada condição.

5. Obrigatoriedade interna

5.1 Forma

A fim de tornar um tratado obrigatório na ordem interna, o Presidente da República adota

²¹ “A cláusula ‘si omnes’ é aquela em que a convenção só é aplicada se todos a ratificarem [...]” (MELLO, 2004, p. 246).

²² A Convenção de Viena utiliza a expressão “Estados negociadores”, mas por isso se entendem os Estados que participaram das negociações para a conclusão de um tratado e o aprovaram (art. 2, par. 1, “f”).

²³ Entre nós, isso ocorreu, por exemplo, com a Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis Sobre a Nacionalidade e Protocolos, de 1930, e com a Convenção Interamericana Sobre a Restituição Internacional de Menores. Errou, portanto, o Decreto 1.212, de 3 de agosto de 1994, que “promulga a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideu, em 15 de julho de 1989”. Se a referida Convenção só entraria em vigor “no trigésimo dia a partir da data em que houver sido depositado o segundo instrumento de ratificação” (art. 36), se o Brasil foi o primeiro a fazer o mencionado depósito (em 3 de maio de 1994) e se o México foi o segundo a fazê-lo (em 5 de outubro de 1994), o Tratado só entrou em vigor internacional, e para o Brasil, em 4 de novembro de 1994, e não em 1 de junho de 1994, como indica o preâmbulo do Decreto.

um decreto promulgando-o, decreto esse que é publicado no Diário Oficial da União – DOU acompanhado do texto do mesmo (BRASIL, 2008).²⁴ Caso o tratado dispense a sua aprovação interna pelo Poder Legislativo, ele é objeto apenas de publicação (mesma obra).

Enquanto um tratado não for promulgado e publicado, não pode ele ser observado internamente por nenhum dos três Poderes e nem por particulares (FRAGA, 2004, p. 317 e 320. MELLO, 2004, p. 224 e 240-242. REZEK, 2005, p. 78-79). Castro (2005, p. 100-101) chama o decreto que promulga um tratado de “ordem de execução” e anota, com muita propriedade, que a fonte direta da obrigatoriedade de um tratado no âmbito interno é o decreto que o promulgou.

Normalmente, a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado dá-se após a obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil. Portanto, pode haver um intermédio de tempo, mais ou menos longo, no qual o Brasil está obrigado por um tratado na ordem internacional, mas ele ainda não é obrigatório na ordem interna.²⁵ Nesse período, o Brasil está sujeito à responsabilidade internacional.²⁶

Mas o contrário também pode ocorrer: se a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado se dá antes da obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil, ele obriga na ordem interna mas não na ordem internacional (isso ocorreu, por exemplo, com os seguintes tratados: Convenção Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis Sobre a Nacionalidade e Protocolos, de 1930, Convenção Interamericana Sobre a Restituição Internacional de Menores e Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional).

5.2 Data

É o decreto do Presidente da República que promulga o tratado que determina a partir de quando ele deve obrigar na ordem interna. Modernamente, o decreto determina a obrigatoriedade interna do tratado a partir da data da sua publicação no DOU. Em caso de silêncio sobre o assunto, aplica-se o período de *vacatio legis* previsto nas

²⁴ Segundo Fraga (2004, p. 316-317), quando as constituições republicanas atribuem ao Presidente a competência para promulgar “lei” (na Constituição atual: art. 84, IV), tal palavra pode ser entendida “no sentido amplo de fonte positiva do direito. Assim, a promulgação do tratado por decreto não é mera prática brasileira, encontrando [...] arrimo em comando constitucional”.

²⁵ A Convenção Destinada a Regular Certos Conflitos de Lei em Matéria de Cheques e a Convenção Destinada a Regular Conflitos de Leis em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias, por exemplo, só foram promulgadas mais de vinte anos depois da sua obrigatoriedade internacional para o Brasil.

²⁶ Confirma essa idéia Aust (2005, p. 79-80).

normas de introdução ao Código Civil vigentes à época da adoção do decreto.

A revogada Introdução ao Código Civil, presente na mesma Lei pela qual se adotou o Código Civil de 1916 – Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916 – assim dispunha sobre o assunto:

Art. 2º A obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo, começará no Distrito Federal três dias depois de oficialmente publicadas, quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta dias nos Estados marítimos e no de Minas Gerais, cem dias nos outros, compreendidas as circunscrições não constituídas em Estados.

Parágrafo único. Nos países estrangeiros a obrigatoriedade começará quatro meses depois de oficialmente publicadas na Capital Federal.

Já a Lei de Introdução ao Código Civil atualmente em vigor – Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – assim rege a questão:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada.

[...]

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

6. “Constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca” da aprovação e obrigatoriedade por um tratado

A aprovação e a obrigatoriedade por um tratado podem gerar problemas de “constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca”.

Cada Estado define soberanamente (normalmente na sua constituição) o seu órgão que tem competência para obrigá-lo internacionalmente por um tratado. A ratificação feita por um órgão que, segundo o direito interno do Estado, é incompetente para tanto, chama-se “ratificação imperfeita”, dando origem à discussão sobre a “constitucionalidade extrínseca” (ou formal) de um tratado. A validade da ratificação para a ordem internacional é, nesse caso, controversa (MELLO, 2004, p. 239-240).

A rigor, o problema em questão pode surgir também na aprovação e na obrigatoriedade por um tratado por quaisquer das suas outras formas. Assim, podemos falar em “adesão imperfeita” (mesma obra, p. 246) e até mesmo em “assinatura imperfeita”.

A aprovação e a obrigatoriedade por um tratado também podem fazer surgir dúvidas quanto à sua “constitucionalidade intrínseca” (ou substancial), isto é, à conformidade do seu conteúdo com o da constituição do Estado.

Entretanto, o direito internacional não pode depender a sua validade e eficácia de questões afetas aos direitos internos dos Estados membros da Sociedade Internacional. Assim é que a Convenção de Viena determina, no seu art. 27, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Esse princípio do Direito Internacional deve ser aplicado a ambos os tipos de análise de constitucionalidade. Portanto, a opinião de Mello (mesma obra, p. 240), expressa para a questão da “constitucionalidade intrínseca”, vale também para a “constitucionalidade extrínseca”:

Os problemas de “constitucionalidade intrínseca” levantados pela ratificação não são propriamente questões de ratificação [...] As dúvidas que podem surgir dizem respeito à execução do tratado na ordem interna, mas não na ordem internacional, onde ele é perfeitamente válido. [...] não compete ao Estado estrangeiro averiguar se o tratado é conforme à Constituição daquele Estado, sendo sua função apenas verificar se a ratificação foi feita pelos órgãos competentes.

Assim, para o Direito Internacional, a legitimidade de um órgão para representar um Estado e aprovar e obrigar por um tratado deve ser aferida segundo as suas próprias regras (cf., por exemplo, art. 7 da Convenção de Viena). Se as regras do Direito Internacional forem observadas, a aprovação e a obrigatoriedade são válidas perante o mesmo direito, independentemente do que dizem os direitos internos dos Estados membros da Sociedade Internacional sobre forma e conteúdo de tratados.

7. Conclusão e figura-resumo

1. Foram adotadas aqui duas palavras essenciais (e radicalmente distintas entre si) e que de forma alguma correspondem a algum consenso já existente: “aprovação” e “obrigatoriedade”. São as palavras que, na minha opinião, expressam da melhor forma a realidade do objeto de estudo.
2. Foram identificadas quatro fases principais, normalmente presentes, pelas quais

- um tratado passa antes de se tornar obrigatório em um Estado. De acordo com a terminologia adotada, essas quatro fases foram assim denominadas: a) “aprovação internacional”; b) “aprovação interna”; c) “obrigatoriedade internacional”; e d) “obrigatoriedade interna”. Tais termos, expressões e distinções são submetidos à comunidade científica.
- 3.
 4. Os Estados que aprovam internacionalmente um tratado são aqueles que manifestam, através da assinatura ou de outro modo, a concordância com o mesmo.
 5. No Brasil, a competência para a aprovação interna de tratados é do Congresso Nacional, segundo o dispõe o art. 84, VIII e o confirma o art. 49, I da Constituição Federal de 1988. No caso de aprovação interna pelo Congresso Nacional, adota-se um decreto legislativo.
 6. Várias são as formas de um Estado se obrigar internacionalmente por um tratado: a) assinatura; b) troca dos instrumentos constitutivos; c) ratificação; d) adesão ou acessão; e) aceitação e aprovação; e f) outros meios acordados.
 7. A assinatura de um tratado, ou a sua aprovação por outro modo, pode ou não implicar em obrigação pelo mesmo na ordem internacional. A Convenção de Viena contém, no art. 12, par. 1, regras para se aferir se a assinatura implica em obrigação ou não. Modernamente, a ratificação vem sendo às vezes dispensada.
 8. A semelhança entre adesão e acessão, por um lado, e ratificação, por outro, é que ambas são formas de um Estado se obrigar internacionalmente por um tratado; já a diferença é que, na primeira forma, não há aprovação prévia, enquanto na segunda o há.
 9. Modernamente, os tratados indicam quando eles devem entrar em vigor internacional. Com base no princípio da autonomia da vontade, inúmeras regras são possíveis.
 10. A obrigação internacional de um tratado para um Estado pode dar-se após a obrigação internacional do mesmo para outros Estados. Por outro lado, a obrigação internacional de um tratado para um Estado não se pode dar enquanto não houver obrigação internacional do mesmo para nenhum Estado.
 11. A fim de tornar um tratado obrigatório na ordem interna, o Presidente da República adota um decreto promulgando-o, decreto esse que é publicado no DOU. Enquanto um tratado não for promulgado e publicado, não pode ele ser observado internamente por nenhum dos três Poderes e nem por particulares.

12. Normalmente, a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado dá-se após a obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil. Mas o contrário também pode ocorrer: se a obrigatoriedade (entrada em vigor) interna de um tratado se dá antes da obrigatoriedade (entrada em vigor) internacional do mesmo para o Brasil, ele obriga na ordem interna mas não na ordem internacional.
13. É o decreto do Presidente da República que promulga o tratado que determina a partir de quando ele deve obrigar na ordem interna. Modernamente, o decreto determina a obrigatoriedade interna do tratado a partir da data da sua publicação no DOU.
14. A aprovação e a obrigatoriedade por um tratado podem gerar problemas de “constitucionalidade extrínseca” e “constitucionalidade intrínseca”. Entretanto, perante o Direito Internacional, se as suas regras forem observadas, a aprovação e a obrigatoriedade são válidas, independentemente do que dizem os direitos internos dos Estados membros da Sociedade Internacional sobre forma e conteúdo de tratados.

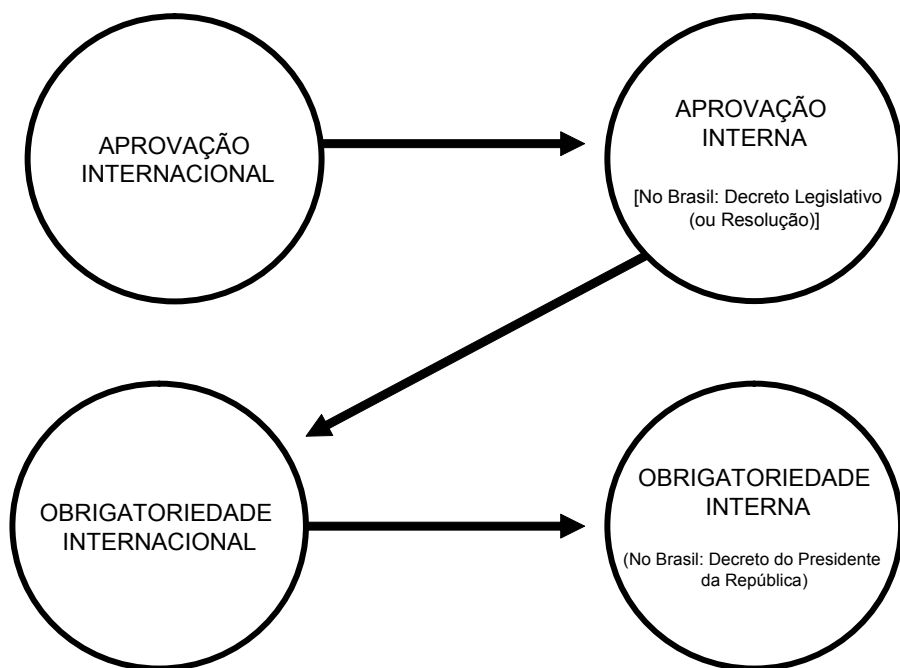


Figura 1 – Resumo

Fonte: elaborado pelo autor.

8. Referências bibliográficas

AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Tramitação dos atos internacionais*. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/005.html>>. Acesso em: 21 maio 2008.

CARTA das Nações Unidas. São Francisco, 26 jun. 1945. Em: BRASIL. *Decreto-lei n. 7.935, de 4 de setembro de 1945*: aprova a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional da Justiça. Rio de Janeiro, 4 set. 1945. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=29888>>. Acesso em: 21 maio 2008.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Viena, 22 maio 1969. Em: BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Decreto Legislativo nº 214-C, de 1992*. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 8 dez. 1995, p. 08398-08422. Disponível a partir de: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=19048>>. Acesso em: 21 maio 2008.

FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. *Revista de Informação Legislativa*, (Brasília), a. 41, n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. [s. n. t.] citado por MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to International Law*. Nova York; Abingdon: Routledge, 1997.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, G. E. do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

UNITED NATIONS. Office of Legal Affairs. Treaty Section. *Treaty Handbook*. [Nova York]: United Nations Publication, [2006]. (Sales No. E.02.V2.) Disponível em: <<http://untreaty.un.org/English/TreatyHandbookEng.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2008.

VELLAS, Pierre. [s. n. t.] citado por MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

3. PALESTRA

VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A RECONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DO BRASIL¹

LUÍS ROBERTO BARROSO

Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Mestre em Direito pela *Yale Law School*

Doutor e livre-docente pela UERJ

SUMÁRIO: I. Introdução: da vinda da família real à Constituição de 1988; II. A ascensão e o ocaso do regime militar; III. Convocação e atuação da Assembléia Constituinte; IV. O sucesso institucional da Constituição de 1988. V. Um balanço preliminar. VI. O desempenho das instituições. VII. Conclusão.

I. Introdução: da vinda da família real à Constituição de 1988²

Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às idéias libertárias que vicejavam na América

²⁷ Palestra proferida durante a comemoração da Semana do Ministério Público, na Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 11 de setembro de 2008.

²⁸ O presente texto é a versão condensada de artigo escrito por solicitação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, intitulado *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*, elaborado para integrar volume contendo a análise crítica das Constituições brasileiras e para publicação na *Revista de Direito do Estado* nº 10.

e na Europa^{3e4}.

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil⁵. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre “Fala” de 3 de maio de 1823⁶. Nela, manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu⁷. O Projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do Rei, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no Decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado, tendo sido outorgada em 25 de março de 1824.

Percorremos um longo caminho. Duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e a comemoração do vigésimo aniversário da Constituição de 1988. Nesse intervalo, a colônia exótica e semi-abandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada,

³ Sobre o tema, v. Oliveira Lima, *Dom João VI no Brasil*, 1945; Pedro Calmon, *História do Brasil*, v. IV, 1959; Boris Fausto, *História do Brasil*, 2003; Patrick Wilcken, *Império à deriva*, 2005; Francisco Iglesias, *Trajatória política do Brasil 1500-1964*, 2006; Laurentino Gomes, *1808*, 2007; Jorge Pedreira e Fernando Dores Costa, *D. João VI: um príncipe entre dois continentes*, 2008; Ricardo Lobo Torres, *A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991; Waldemar Ferreira, *História do direito constitucional brasileiro*, 1954; Afonso Arinos de Mello Franco, *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. II, 1960; Marcelo Caetano, *Direito constitucional*, v. 1, 1987; Manoel Maurício de Albuquerque, *Pequena história da formação social brasileira*, 1981; Aurelino Leal, *História constitucional do Brasil*, 1915, edição fac-similar; e Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991.

⁴ A crítica severa não nega, por evidente, o passado de glórias de Portugal e o extraordinário Império marítimo que construiu. Não desmerece, tampouco, o grande progresso trazido ao Brasil com a vinda da família real. Nem muito menos interfere com os laços de afeto e de afinidade que ligam os brasileiros aos portugueses.

⁵ Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união “com a grande família portuguesa”. A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.

⁶ “Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, *se fosse digna do Brasil e de mim*. (...) [E]spero, que a Constituição que façais, *mereça a minha imperial aceitação*...” (grifos acrescentados). V. A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte. In: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 25.

⁷ Marcello Cerqueira, *A Constituição na história: origem e reforma*, 2006, p. 387.

converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não foi uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalizando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo, estigmas da formação nacional⁸. Nem tudo foram flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

II. Ascensão e o caso do regime militar

O colapso do regime constitucional, no Brasil, se deu na madrugada de 31 de março para 1º de abril de 1964, quando um golpe militar destituiu o Presidente João Goulart. Veio o primeiro Ato Institucional – primeiro de uma longa série – e, na seqüência histórica, tornou-se inevitável a trajetória rumo à ditadura, que duraria mais de vinte anos. Em 1965, foram canceladas as eleições presidenciais e prorrogado o mandato do Presidente Castelo Branco. Em 1966, foram extintos os partidos políticos. Em 1967, foi editada uma nova Constituição, votada por um Congresso pressionado e sem vestígio de soberania popular autêntica. Em 1968, baixou-se o Ato Institucional nº 5, que conferia poderes quase absolutos ao Presidente, inclusive para fechar o Congresso, cassar direitos políticos de parlamentares e aposentar qualquer servidor público. Em 1969, em golpe dentro do golpe, impediu-se a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, quando do afastamento por doença do Presidente Costa e Silva, e uma nova Constituição foi outorgada pelos Ministros militares.

Nesse mesmo ano, indicado pelas Forças Armadas, toma posse o Presidente Emílio Garrastazu Médici. Seu período de governo, que foi de 30 de outubro de 1969 a 15 de março de 1974, ficou conhecido pela designação sugestiva de *anos de chumbo*. A censura à imprensa e às artes, a proscrição da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural⁹. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral indelével e perene¹⁰. A abertura política, “lenta, gradual e segura”, teve seu início sob

⁶ Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 2001 (1ª. ed. 1957).

⁷ V. Elio Gaspari, *A ditadura escancarada*, 2002. Sobre a luta armada, v. tb.: Fernando Gabeira, *O que é isso companheiro?*, 1979; Fernando Portela, *Guerra de guerrilha no Brasil: a saga do Araguaia*, 1979; Alfredo Sirkis, *Os carbonários*, 1980.

⁸ Sobre o tema da tortura, v. *Brasil: nunca mais*, 1985, publicado pela Arquidiocese de São Paulo, com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns, ex-Cardeal Arcebispo de São Paulo e figura proeminente na defesa dos direitos humanos durante o regime militar.

a Presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974¹¹. Apesar de ter se valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais¹², Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas¹³. A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979¹⁴, deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar¹⁵.

Figueiredo deu continuidade ao processo de descompressão política, promovendo a anistia¹⁶ e a liberdade partidária¹⁷. Centenas de brasileiros voltaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais – as *Diretas já* –, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a Presidência da República, a chapa contrária

⁹ Em convenção nacional realizada em 23 de setembro de 1973, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência Ulysses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho, que se apresentaram como “anti-candidatos”. Sobre o tema, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão (coords.), *O dicionário histórico-biográfico brasileiro*, v. III, 2001, p. 2.709.

¹⁰ Em abril de 1977, o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional e outorgou as Emendas Constitucionais nºs 7, de 13.04.1977, e nº 8, de 14.04.1977, que continham, respectivamente, uma reforma do Judiciário, medidas casuísticas que asseguravam a preservação da maioria governista no Legislativo e mantinham eleições indiretas para governadores. Além disso, ao longo do seu governo, Geisel cassou o mandato de vereadores, deputados estaduais e federais.

¹¹ Sobre seu período na Presidência, v. o longo depoimento prestado pelo ex-Presidente em Maria Celina D’Araújo e Celso Castro (orgs.), *Ernesto Geisel*, 1997. V. tb. Elio Gaspari, *A ditadura derrotada*, 2003; e *A ditadura encurralada*, 2004, em que relata a parceria entre Geisel – o “Sacerdote” – e Golbery – o “Feiticeiro” – na terminologia que cunhou.

¹² O MDB lançou como candidatos à Presidência e à Vice-Presidência o General Euler Bentes Monteiro e o Senador Paulo Brossard. Na eleição realizada em 15.10.1978, venceu a chapa da situação, integrado por Figueiredo e Aureliano Chaves, que obtiveram 355 votos contra 226.

¹³ A Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.1978, revogou todos os atos institucionais e os atos complementares que lhes davam execução.

¹⁴ A anistia política foi concedida pela Lei nº 6.683, de 28.08.1979, que em seu art. 1º previa: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”.

¹⁵ Em 1979, foi reformulado o sistema partidário, com a extinção de MDB e ARENA e a implantação do pluripartidarismo.

à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney¹⁸. O regime militar chegava ao fim e tinha início a *Nova República*, com a volta à primazia do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático, Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava – mas que ajudou a sepultar ao aderir à oposição –, tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964.

III. Convocação e atuação da Assembléia Constituinte

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de uma constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985, nela se previu que “os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” reunir-se-iam em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana¹⁹. Instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembléia Constituinte elegeu em seguida, como seu Presidente, o Deputado Ulysses Guimarães, que fora o principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. Da constituinte participaram os parlamentares escolhidos no pleito de 15 de novembro de 1986, bem como os senadores eleitos quatro anos antes, que ainda se encontravam no curso de seus mandatos. Ao todo, foram 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores – reunidos unicameralmente. Não prevaleceu a tese, que teve amplo apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos²⁰.

A ausência de um texto que servisse de base para as discussões dificultou de modo significativo a racionalização dos trabalhos²¹, que se desenvolveram em três grandes

¹⁶ Por 480 votos a 180, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), derrotou Paulo Maluf, candidato do Partido Democrático Social (PDS), que era o partido de sustentação política do governo militar, sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA).

¹⁷ Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.1985: “Art. 1º - Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º - O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º - A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte”.

¹⁸ Relator da Proposta de Emenda Constitucional nº 43, de 1985, que previa a convocação da Assembléia Constituinte, o Deputado Flavio Bierrenbach apresentou substitutivo no qual propunha que, mediante consulta plebiscitária, o povo se manifestasse diretamente sobre dois pontos: (i) se delegava o poder constituinte originário a uma assembléia exclusiva ou ao Congresso Nacional; (ii) se os senadores eleitos em 1982 poderiam exercer funções constituintes. O substitutivo não foi aprovado. Sobre o tema, v. Flavio Bierrenbach, *Quem tem medo da constituinte*, 1986.

¹⁹ Nem o Presidente da República, José Sarney, nem tampouco o Presidente da Assembléia Constituinte, Ulysses Guimarães, quiseram encampar o Anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”.

etapas: (i) das Comissões Temáticas; (ii) da Comissão de Sistematização; e (iii) do Plenário²². O processo constituinte teve início com a formação de oito Comissões Temáticas²³, cada uma delas dividida em três Subcomissões, em um total de 24²⁴. Coube às Subcomissões a apresentação de relatórios, que foram consolidados pelas Comissões Temáticas, surgindo daí o primeiro projeto de Constituição, que foi encaminhado à Comissão de Sistematização. Na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Deputado Mário Covas, que produziu um texto “à esquerda do Plenário”²⁵: nacionalista, com forte presença do Estado na economia e ampla proteção aos trabalhadores. Em Plenário, verificou-se uma vigorosa reação das forças liberal-conservadoras, reunidas no “Centro Democrático” (apelidado de “*Centrão*”), que impuseram mudanças substantivas no texto ao final aprovado²⁶.

Em 5 de outubro de 1988, após dezoito meses de trabalho, encerrando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política ordinária²⁷, foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil. Aclamada como “Constituição cidadã”²⁸ e precedida de um incisivo *Preâmbulo*²⁹,

²⁰ V. José Roberto Rodrigues Afonso, *Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: as finanças públicas*. In: www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1102.pdf.

²¹ Para uma descrição detalhada dos trabalhos da Assembléia Constituinte, v. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 449 e s. V. tb. José Adércio Leite Sampaio, “Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 36.

²² No âmbito das Subcomissões realizaram-se incontáveis audiências públicas, com ampla participação de setores econômicos, movimentos sindicais e entidades de classe.

²³ Nelson de Azevedo Jobim, A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004, p. 12.

²⁴ Enviado à Comissão de Redação, o Projeto ainda sofreria acréscimos de natureza material, que obrigaram a uma nova votação em Plenário, em dois turnos e por maioria absoluta.

²⁵ A Assembléia Constituinte, que teve a maioria de seus membros eleitos no embalo do sucesso temporário do Plano Cruzado, em novembro de 1986, teve o final dos seus trabalhos marcado pela disputa presidencial do ano de 1989 e pelos múltiplos interesses que ela engendrava.

²⁶ *Constituição cidadã* foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na Presidência da Assembléia Constituinte, em 27 de julho de 1988, onde afirmou: “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”. V. íntegra do texto em http://www.fugpmdb.org.br/frm_public.htm. A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado *Constituição coragem*. V. http://www.fugpmdb.org.br/frm_public.htm. Acessos em: 5 abr. 2008.

²⁷ No texto do *Preâmbulo*, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

a Carta constitucional foi promulgada com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, e setenta disposições transitórias.

IV. O sucesso institucional da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, realizaram-se cinco eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como “mensalão”. Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro.

Até aqui, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contra-golpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, Vice-Presidente da República, deixou de convocar eleições – como exigia a Constituição – após a renúncia de Deodoro da Fonseca, permanecendo indevidamente na Presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona Comunista, de 1935, bem como o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contra-golpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares vetaram a posse do Vice-Presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul. Em 1964, veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional nº 5. Em 1969, o impedimento à posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e a outorga de uma nova Constituição pelos Ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas esclarecedora.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional

brasileira. Nos últimos vinte anos, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

V. Um balanço preliminar³⁰

1. Alguns avanços

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos *direitos fundamentais*, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma idéia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até tornar-se uma realidade concreta. Nada obstante isso, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação, e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que ainda não para todos³¹. Os direitos sociais têm enfrentado

²⁸ Vejam-se alguns balanços anteriores, aos dez e aos quinze anos da Constituição, em: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *Uma Década de Constituição: 1988 – 1998*, 1999; Alexandre de Moraes (coord.), *Os 10 anos da Constituição Federal*, 1999; Uadi Lammêgo Bulos, Decênio da Constituição de 1988, *Revista de Processo* 98:307, 2000; Luís Roberto Barroso, Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), *Revista Forense* 346:113, 1999; Fernando Facury Scaf (org.), *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*, 2003; Ordem dos Advogados do Brasil, *15 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988: comemoração: palestras: Carmen Lúcia Antunes Rocha, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva; Paulo Roberto Soares de Mendonça, A Constituição de 1988, a globalização e o futuro, Revista de EMERJ* 25:22, 2004.

²⁹ V. Luís Roberto Barroso, *Discurso de despedida como Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana*, mimeografado, 2005: “O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é uma janela privilegiada de onde se avistam imagens de um Brasil real, tristemente real. Atávico, primitivo, violento. O Brasil dos excluídos. O País dos grupos de extermínio, de ponta a ponta, tolerados, incentivados; da violência policial – mas não de uma violência policial autônoma: a polícia serve os designios da sociedade –; o País das chacinas variadas, de índios, de crianças, de pobres em geral; o País do sistema penitenciário sórdido. (...) Desprestigiadas, desequipadas, mal-treinadas e mal-remuneradas, as forças policiais protagonizam, rotineiramente, espetáculos desoladores de truculência. São de triste e recente memória as chacinas do Carandiru, de Eldorado dos Carajás e de Vigário Geral, ocorridas na última década do século XX. E quando estes episódios começavam a se embotar na memória, a chacina de dezenas de pessoas nos Municípios de Queimados e de Nova Iguaçu, menos de um ano atrás, vieram nos lembrar, mais uma vez, que muitos brasileiros são vítimas daqueles que deveriam protegê-los. (...) Mas o Estado brasileiro tem faltado à causa dos direitos humanos não apenas por ação, mas também por omissão. Nas grandes cidades brasileiras, parcela da população encontra-se submetida ao arbítrio do tráfico de drogas. O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear”.

trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina³² e da jurisprudência³³. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público³⁴.

A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atribuições e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências *político-administrativas* de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação *comum* dos entes estatais. A partilha das receitas *tributárias*, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, o que colaborou ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram, em sua grande maioria, encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, uma lógica

³⁰ V. Ricardo Lobo Torres, A jusfundamentalidade dos direitos sociais, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro* 12:1, 2003, e A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, 2003; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998; e Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, *Ajuris* 31:103, 2004; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990; e Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003;

³¹ V. Rogério Gesta Leal, A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional, *Revista de Direito do Estado* 8:91, 2007; e Luís Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *Interesse Público* 46:31, 2007. V. o mesmo texto em http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=52582 e em <http://conjur.estadao.com.br/pdf/estudobarroso.pdf>. Sobre o mesmo tema, v. Fátima Vieira Henriques, *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – Limites e possibilidades*, mimeografado, dissertação de mestrado, UERJ, 2007; e Fábio César dos Santos Oliveira, Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário, *Revista dos Tribunais* 865:54, 2007.

³² Questões envolvendo escolhas difíceis entre bens jurídicos protegidos pela Constituição, como o desenvolvimento nacional, de um lado, e a preservação do meio ambiente, de outro, estiveram presentes na imprensa e nos tribunais, como a transposição do Rio São Francisco e a construção de usinas hidroelétricas na Amazônia.

centralizadora³⁵. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor³⁶.

A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaura e, em verdade, fortalece a autonomia e a independência do Judiciário, assim como amplia as competências do Legislativo. Nada obstante, a Carta de 1988 manteve a capacidade legislativa do Executivo, não mais através do estigmatizado decreto-lei, mas por meio das medidas provisórias. A Constituição, juntamente com suas emendas, contribuiu, também, para a melhor definição do papel do Estado na economia, estabelecendo como princípio fundamental e setorial a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho. A atuação direta do Estado, assim na prestação dos serviços públicos (diretamente ou por delegação), como na exploração de atividades econômicas, recebeu tratamento sistemático adequado.

2. Algumas circunstâncias

O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico³⁷, prolixo e corporativo³⁸. Esse defeito o tempo não curou: muitas das emendas,

³³ O STF exige que os Estados-membros observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria.

³⁴ V. Luís Roberto Barroso, A derrota da federação. O colapso financeiro de Estados e Municípios. In: *Temas de direito constitucional*, v. I, 2002, p. 141 e s.

³⁵ Para uma visão crítica severa nessa matéria, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *A revisão constitucional brasileira*, 1993, p. 5-6; e, tb., Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não-estatal), *Revista de Direito Administrativo* 210:184.

³⁶ Luís Roberto Barroso, Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), *Revista Forense* 346:113, 1999, p. 117-8: “A Constituição de 1988 convive com o estigma, já apontado acima, de ser um texto excessivamente detalhista, que em diversos temas perdeu-se no varejo das miudezas – seja no capítulo da Administração Pública, como no título da ordem tributária ou no elenco de mais de 70 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para citar apenas alguns exemplos. Não escapou, tampouco, do ranço do corporativismo exacerbado, que inseriu no seu texto regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e de registros, que bem servem como eloquente ilustração”.

inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos³⁹.

Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia se manifestar livremente, tendo se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, já narrada, das forças de centro e de direita. Ainda assim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíram os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

3. Alguns revezes

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias, decorrem conseqüências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisaram reunir apoio de maiorias qualificadas de três quintos, necessárias para emendar a Constituição, não sendo suficientes as maiorias simples próprias à aprovação da legislação ordinária. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária – *i.e.*, a implementação da vontade das maiorias formadas a cada época – se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.

Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda conseqüência da constitucionalização

³⁷ Em prática singularíssima, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi tendo novos artigos e disposições acrescentados por emendas constitucionais, passando de 70 para 89 artigos (o art. 89 foi acrescentado pela EC nº 38, de 2002), sendo que muitos deles tiveram sua redação alterada igualmente por emenda (a EC nº 56, de 2007, prorrogava prazo previsto no art. 76 do ADCT). Sobre o ponto, v. Oscar Dias Corrêa, Os 15 anos da Constituição de 1988 (breves anotações), *Revista da EMERJ* 6:15, 2003, p. 19: “E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, *normas de transição*, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora”.

excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que antes do vigésimo aniversário da Carta já somavam 56. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos: limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

VI. O desempenho das instituições

Cabe, antes de concluir, fazer uma breve anotação sobre aspectos relevantes associados ao funcionamento dos três Poderes ao longo dos vinte anos de vigência da Constituição. São examinadas, ainda que brevemente, algumas das mudanças constitucionais que repercutiram sobre a atuação de cada um deles, bem como o desempenho concreto de seus papéis constitucionais pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

No tocante ao *Poder Executivo*, o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, realizado em 21 de abril de 1993, manteve, por significativa maioria, o sistema presidencialista. Dentre as emendas constitucionais aprovadas, merecem registro a que reduziu o mandato presidencial de cinco para quatro anos⁴⁰, a que passou a admitir a reeleição⁴¹ e a que criou o Ministério da Defesa, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil⁴². As medidas provisórias, concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Executivo, tornaram-se instrumento rotineiro de o Presidente *legislar*. A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 12.09.2001⁴³. Apesar da redemocratização, não se superou integralmente o presidencialismo hegemônico da tradição brasileira, que se manifesta em domínios diversos, inclusive e notadamente, no poder de contingenciar verbas orçamentárias.

Quanto ao *Poder Legislativo*, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas após

³⁸ Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 9.06.1994.

³⁹ Emenda Constitucional nº 16, de 5.06.1997, que passou a permitir a reeleição, para um único período subsequente, do Presidente, governadores e prefeitos.

⁴⁰ Emenda Constitucional nº 23, de 3.09.1999.

⁴¹ A EC nº 32, de 2001, prevê a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação sobre ela por parte de cada casa do Congresso Nacional.

a Constituição de 1988, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância na produção de leis. De fato, além das medidas provisórias já referidas, a maior parte dos projetos relevantes resultaram de iniciativa do Executivo. Nesse cenário, a ênfase da atuação do Congresso Nacional deslocou-se para a fiscalização dos atos de governo e de administração. O principal instrumento dessa linha têm sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Por outro lado, um problema estrutural da representação política no Brasil é a desproporcionalidade da composição da Câmara dos Deputados. De fato o número máximo de setenta deputados e o mínimo de sete, determinados pelo art. 45, § 1º da Constituição, provoca a sobre-representação de alguns Estados e a sub-representação de outros⁴⁴. Por fim, a Emenda Constitucional nº 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva no regime jurídico da imunidade parlamentar, deixando de exigir prévia licença da casa legislativa para a instauração de processo criminal contra parlamentar.

O Poder Judiciário, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional. Diversas são as causas desse fenômeno, dentre as quais se incluem a recuperação das garantias da magistratura, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de novas ações pela Constituição, em meio a outros fatores. Nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas. O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia-a-dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde ou tarifa de serviço públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação.

VII. Conclusão

1. O que ficou por fazer

A comemoração merecida dos vinte anos da Constituição brasileira não precisa do falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e *deficit* dramático em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos

⁴² Sobre a questão, v. Vandrê Augusto Búrigo, Sistema eleitoral brasileiro – A técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos, *RIL* 39:177, 2002; e Fabiano Santos, Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil, *Dados* 42, 1999, p. 8.

serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra⁴³. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipoal de tributos que se superpõem, cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas.

Há, todavia, uma outra falha institucional, que, por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais. Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro, e dos sucessivos governos democráticos, foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares, bem como pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes.

É preciso desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas⁴⁶, produzindo

⁴³ V. Ilona Szabó de Carvalho e Pedro Abramovay, O custo da violência. In: *O Globo*, 14 mar. 2008, p. 7, Opinião. À época em que publicaram o artigo, os autores eram, respectivamente, Coordenadora do Programa de Segurança Humana do Viva Rio e Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Ao comentarem a Declaração de Genebra sobre Violência Armada e Desenvolvimento, averbaram: “O país perde cerca de 50.000 brasileiros por ano, vítimas de homicídio. Segundo o IPEA, as perdas econômicas para a nação com a violência são de mais de 90 bilhões de reais por ano. A maior concentração de violência ocorre nas periferias das grandes cidades, locais de enorme desagregação social, sobretudo em consequência da ausência de políticas públicas consistentes para essas regiões”.

⁴⁴ A expressão “virtudes republicanas” é aqui utilizada para designar a preservação da integridade pessoal dos agentes públicos e a observância de padrões éticos de gestão da coisa pública, que levem à promoção do interesse público, e não dos interesses particulares dos governantes ou de terceiros identificados. Tais virtudes se expressam nos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pública na ação política e administrativa. A expressão também é freqüentemente empregada, no debate político, para denotar o exercício consciente e ativo da cidadania.

alterações profundas na prática política⁴⁷. Há inúmeras propostas na matéria, apesar da pouca disposição para o debate. Uma delas defende para o Brasil, como sistema de governo, o semipresidencialismo, nos moldes de França e Portugal; como sistema eleitoral, a fórmula do voto distrital misto, que vigora, por exemplo, na Alemanha; e, como sistema partidário, um modelo fundado na fidelidade e na contenção da pulverização dos partidos políticos⁴⁸.

2. O que se deve celebrar

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das idéias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma idéia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.

⁴⁵ Com efeito, é preciso: 1. em relação à *legitimidade democrática*: a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, e maior visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos partidos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária; c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público; 2. em relação à *governabilidade*: a) facilitar a formação de maiorias de sustentação política do governo; b) institucionalizar as relações entre Executivo e Legislativo, com predomínio dos partidos e não do poder individual atomizado de cada parlamentar; c) criar mecanismos de superação de crises políticas, que impeça a longa agonia de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade; 3. em relação às *virtudes republicanas*: a) eliminar o poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos; b) tornar o debate político mais programático e menos clientelista; c) esvaziar a necessidade de loteamento de órgãos públicos e de distribuição de cargos em troca de apoio.

⁴⁶ V. Luís Roberto Barroso, A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil, *Revista de Direito do Estado* 3:287, 2006.

4. DIÁLOGO MULTIDISCIPLINAR

4.1 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

CARLOS ALBERTO DA SILVEIRA ISOLDI FILHO
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Breve relato sobre a evolução da economia mundial e brasileira desde o início do século XX, com apontamentos sobre períodos de intervencionismo estatal até o fenômeno da globalização e seus reflexos no âmbito do Direito e do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: economia - estado - intervenção - globalização – implicações jurídicas

ABSTRACT: A brief description of the evolution of the world economy with special emphasis on the Brazilian economy since the XXth century, with remarks upon the periods in which there was state interventionism up to the phenomenon of globalization and its reflexes in Law and in the Judiciary Power.

KEY WORDS: economy; State; intervention; globalization; juridical implications.

A livre ação das forças do mercado, o sistema de concorrência da propriedade privada e os estímulos ao lucro promoveram, nas primeiras décadas das revoluções liberais, uma expansão da eficiência produtiva e, como consequência, um certo crescimento do salário real das classes trabalhadoras (ROSSETTI, 1991).

Entretanto, as desigualdades econômicas tornaram-se flagrantes e insustentáveis. O crescimento do rendimento das classes trabalhadoras jamais poderia ser comparado ao rápido enriquecimento das classes empresariais, que detinham poderes de negociação consideravelmente maiores do que os da coletividade assalariada (ROSSETTI, 1991). O liberalismo vinha causando decepções desde a segunda metade do século XIX e, no primeiro quarto do século XX, efetivou-se a revolução socialista soviética.

Devido à falta de investimentos privados, durante a recessão dos anos 20, propunha-se, como solução, o aumento do investimento público mediante a criação de novas despesas financiadas por empréstimos e a manipulação das taxas de juros (FARIA, 1999). Tendo em vista a crença de que o *laissez-faire* era incapaz de propiciar, de forma

natural, o equilíbrio na alocação eficiente de recursos escassos, caberia ao governo estimular a plena ocupação da mão-de-obra, formulando estratégias de indução de investimentos, executando programas de estímulo (ou desestímulo) ao consumo, políticas fiscais compensatórias e, conseqüentemente, “[...] derrubando a prescrição ortodoxa segundo a qual o orçamento público deveria manter-se rigorosamente equilibrado” (FARIA, 1999, p. 113).

Nos anos 30, “[...] as instituições democrático-representativas liberais sofreram a concorrência do sucesso temporário das diferentes formas de fascismo, e ‘retribuindo’ proporcionalmente mais ao trabalho do que ao capital com sua pauta distributiva” (FARIA, 1999, p. 115). Essa política propiciou o aumento dos salários reais, elevação da produtividade e redução das distâncias sociais (FARIA, 1999). Nessa época, a ausência do Estado revelou-se insustentável, ocorrendo, no Brasil, o mesmo fenômeno que se manifestou na maioria das economias liberais (ROSSETTI, 1991). A “Constituição de 1934 refletiria, assim, a necessidade de criação de estatutos legais que possibilitassem novas formas de organização político-econômica, reconhecendo-se a necessidade da dilação das funções públicas, impostas sobretudo pelas graves perturbações da guerra e da depressão” (ROSSETTI, 1991, p. 392). O mencionado autor (1991, p. 393, grifo nosso) continua sua lição afirmando:

Nos anos do Estado Novo, a tendência intervencionista acentuou-se, expandindo-se consideravelmente a produção legislativa referente à participação do Estado nos domínios da economia. Em 1937, a nova Constituição tornaria mais clara e legitimaria a intervenção do Estado no domínio econômico, *para suprimir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.*

Sobre a Constituição de 1937, Silva (2000, p. 85, grifo nosso) observa que ela veio

[...] conferir ao Estado a função de orientador e coordenador da economia nacional, declarando, entretanto, ser predominante o papel da iniciativa individual e reconhecendo o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo; reconhecer e assegurar os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, acentuando, porém, que devem ser exercidos nos limites do bem público; a nacionalização de certas atividades e fontes de riqueza, proteção ao trabalho nacional, defesa dos interesses nacionais em face do elemento alienígena.

Após a II Grande Guerra Mundial, observou-se com maior intensidade, inclusive no Brasil, o fenômeno universal da conscientização do atraso econômico (ROSSETTI, 1991). Segundo o autor (1991, p. 394),

[...] revolucionaram-se as expectativas da sociedade, assumiram nova dimensão os problemas relacionados às disparidades regionais e manifestaram-se em toda a sua dramaticidade diversas debilidades setoriais, exigindo que o Estado assumisse, em complementação à iniciativa privada, boa parcela de responsabilidade pela derramagem econômica do País.

É dentro desse espírito que a Constituição de 1946 incluiria diversas indicações referentes ao planejamento nos setores da Viação, Colonização, Defesa contra as Secas e Valorização da Amazônia e do Vale do Rio São Francisco. Estabeleceria ainda a nova Carta que a União poderia, *mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade* e que a intervenção teria sempre por base o interesse público e por limites os direitos assegurados à iniciativa privada.

A democracia estava restabelecida no Brasil. Entre 1946 e 1964, foram criados diversos planos e programas que buscavam a expansão industrial e o desenvolvimento econômico e social por meio da ação estatal, que se dava em maior ou menor grau. Podemos destacar o *Plano SALTE*, no governo de Eurico Gaspar Dutra; o *Programa de Metas*, no período de Juscelino Kubitschek de Oliveira, e o *Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social*, no governo de João Goulart, o Jango (ROSSETTI, 1991).

No *Plano SALTE*, do governo de Dutra, priorizava-se a saúde, a alimentação, o transporte e a energia por meio da intervenção estatal. O governo de Juscelino Kubitschek, que tinha como meta crescer *50 anos em 5*, visava a aumentar a eficiência das atividades econômicas e fomentar a iniciativa privada (ROSSETTI, 1991). Como uma das suas justificativas para a criação do *Programa de Metas* considerava-se “[...] que cabe ao Governo alta responsabilidade como elemento propulsor e disciplinador do processo de desenvolvimento, em coordenação com a ação dos setores privados, que devem ser estimulados e amparados” (ROSSETTI, 1991, p. 395). O *Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social*, do governo de Jango, seria, segundo o entendimento de Rossetti (1991, p. 395, grifo nosso),

[...] a mais ampla tentativa até então realizada para a real coordenação, pelo Estado, de diversificado instrumental de interferência, abrangendo as principais variáveis da atividade

econômica interna. Ainda assim, todavia, a equipe técnica que o formulou entendia que *a planificação não deve estabelecer em detalhe o que deverá ocorrer no sistema econômico, cabendo-lhe apenas antecipar as principais modificações estruturais requeridas para a manutenção de determinado ritmo de desenvolvimento e indicar as medidas a serem tomadas a fim de que os investimentos, considerados essenciais àquelas modificações, sejam feitos oportunamente.*

O Brasil passara por um período de veloz industrialização, que teve como consequência a urbanização acelerada, movimentos migratórios, choques culturais (FARIA, 2000a). Isso modificou a pauta moral do brasileiro, do sentido ético de família e causou conflitos não previstos em nossa legislação (FARIA, 2000a), que continuam surgindo, gerando a necessidade de elaboração de novas leis ou modificação das já existentes para o direito positivo se amoldar à realidade social.

Aos 31 de março de 1964, houve o Golpe Militar. Foi promulgada a Constituição de 1967, que sofreu poderosa influência da de 1937 (SILVA, 2000). Sobre essa nova Carta, Silva (2000, p. 89) ensina que, de um modo geral, “é menos intervencionista do que a de 1946, mas em relação a esta, avançou no que tange ao direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores”.

Criou-se, especialmente nos anos 50 e 60, um clima político e social de muita confiança nas formas de regulação, controle, gestão, direção e planejamento estatais (FARIA, 1999). Segundo o referido autor (FARIA, 1999, p. 116), graças a essa estratégia,

[...] o Estado intervencionista por um lado dispunha de condições para amenizar tensões, neutralizar pressões e bloquear eventuais ameaças à legitimidade institucional; e, por outro, contava com a flexibilidade decisória necessária para estimular, promover, disciplinar, regular e planejar o crescimento, bem como para enfrentar os riscos de instabilidade conjuntural ou estrutural, podendo desta maneira preservar o processo econômico de problemas disfuncionais.

Dentro desse contexto, diversos foram os planos de desenvolvimento econômico e social nos governos militares como, por exemplo, o *Programa de Ação Econômica do Governo* – PAEG e os *Planos Nacionais de Desenvolvimento* (ROSSETTI, 1991, p. 396). Em linhas gerais, os planos criados durante o regime militar estabeleciam um sistema misto, baseado na liberdade empresarial e complementado pela atuação do setor público (ROSSETTI, 1991).

Entre 1968 e 1973 o país obteve taxas de crescimento superiores às que a maioria dos países industrializados jamais haviam registrado. A indústria de bens de consumo durável eliminou o problema crônico de sua capacidade ociosa e o setor financeiro consolidou-se como o agente financiador do processo de substituição de importações, iniciando-se, então, uma nova etapa do desenvolvimento industrial brasileiro. (FARIA, 1993, p. 41)

Porém, Rossetti (1991, p. 398) lembra que o “[...] período em que se concentrou a maior parte da criação recente de estatais, na esfera federal, foi o chamado *milagre econômico*, entre os anos de 1968-78”. Podemos notar que, contrariando o conjunto de intenções de índole não estatizante, a presença do Estado na economia brasileira dilatou-se nas décadas de 70 e 80 (ROSSETTI, 1991).

Nos períodos de rápido crescimento, o regime criou novos órgãos, assumiu o papel de empresário e formulou políticas de longo prazo a partir de critérios superestimados, bem como superpôs agências burocráticas, empresas públicas e gastos não-controlados, comprometendo a racionalidade da ação governamental e reduzindo a liberdade de seus governos para rever as prioridades do setor estatal (FARIA, 1993, p. 41).

“O exercício pleno da hegemonia militar-tecnocrático-empresarial exigia um processo acumulativo contínuo, algum progresso material das classes médias e um elevado grau de autoritarismo em nome da eficiência do planejamento”, o que, conforme aponta Faria (1993, p. 42), somente foi possível até o primeiro choque do petróleo, em 1973, “[...] quando a crescente redução dos excedentes econômicos abalou profundamente essa hegemonia”.

A partir dos choques do petróleo, da instabilidade monetária e da crise financeira dos anos 70, as ameaças à legitimidade institucional e os riscos de instabilidade conjuntural e estrutural passaram a ocorrer num ritmo cada vez mais intenso (FARIA, 1999). “Como consequência, os ciclos de prosperidade e estagnação se tornaram cada vez mais curtos, solapando velozmente as bases fiscais de financiamento dos gastos sociais” (FARIA, 1999, p. 116). Com o agravamento da crise fiscal surgem novos conflitos sociais, empresas quebram e os militares valem-se de meios artificiais para pacificação da sociedade (FARIA, 2000a). Nessa época,

[...] diante do advento de um movimento sindical novo, moderno e contundente na luta por reivindicações inéditas, em termos de confronto entre capital e trabalho, foram surgindo no próprio universo empresarial grupos conscientes de que a

tutela corporativa das relações trabalhistas e patronais, por um Executivo politicamente cada vez mais isolado, vinha servindo como uma camisa-de-força, impedindo o alargamento de sua influência sobre os demais setores econômicos, de um modo específico, e sobre a sociedade, de um modo geral. (FARIA, 1993, p. 42)

Nos anos 80, o descontrole financeiro do setor público brasileiro conduziu a nocivas consequências econômicas e sociais (ROSSETTI, 1991). O recesso econômico aumenta e a população urbana continua crescendo, fenômeno que gera brutal desemprego. O Brasil passava de um regime autoritário para um democrático. Os grupos reprimidos passam a ter e exigir direitos. Assim, multiplicam-se os conflitos sociais e agrava-se a crise fiscal. Rossetti (1991) destaca as seguintes disfunções ocorridas nessa década: alargamento progressivo da absorção, pelo Estado, da poupança financeira bruta nacional, para cobrir os desequilíbrios operacionais, o que reduz os recursos livres para financiamento dos investimentos do setor privado, simultaneamente à necessidade do setor público reduzir investimentos em infra-estrutura econômica e social. Esses fatores implicaram a diminuição do crescimento econômico interno, colapso nos suprimentos estratégicos de bens e serviços produzidos pelo governo e ampliação da dívida social, em razão da diminuição da capacidade da administração pública investir em áreas de interesse social e distributivo (ROSSETTI, 1991).

Vê-se que, entre os anos 40 e 80, o crescimento econômico induzido pelo Estado, sob uma estratégia de industrialização substitutiva de importações, a infra-estrutura geocupacional da sociedade brasileira foi extraordinariamente transformada (FARIA, 1993). A estrutura produtiva foi modificada, aumentou-se o assalariamento, foram ampliadas e aprofundadas as relações mercantis, constituiu-se um mercado nacional de trabalho e de consumo, tendo sido alteradas as estruturas empregatícias e de classes (FARIA, 1993). Nesse período houve um deslocamento populacional e uma reordenação social que modificaram de forma significativa os padrões de comportamentos dos agregados sociais: trabalhadores rurais, operários, classe média etc (FARIA, 1993).

Em 1988, foi promulgada uma nova Constituição que, segundo ensinamento de Rossetti (1991, p. 399, grifo nosso),

[...] cristalizou, praticamente em toda a sua extensão, a dilatação histórica das funções do Estado na economia brasileira. *Quanto a seus fundamentos, a ordem econômica prevista na Constituição em vigor manteve-se fiel a princípios liberais: a propriedade privada dos meios de produção e a livre concorrência subsistiram como as bases de funcionamento da*

economia. No entanto, o uso da propriedade e da liberdade de mercado foram condicionados a outros imperativos, de que são exemplos a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a segurança nacional.

A Constituição de 1988 manteve alguns monopólios e demarcou reservas de mercado em setores estratégicos (ROSSETTI, 1991). No tocante à disciplina intervencionista, ela estabelece que o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o privado (ROSSETTI, 1991). No entanto, segundo Faria (1999, p. 116, grifo nosso),

[...] com a aceleração da inflação, com os desequilíbrios financeiros decorrentes da queda das receitas tributárias e do aumento das despesas públicas, com a elevação das taxas de desemprego e a subsequente ampliação das tensões trabalhistas e das pressões sindicais, com os confrontos crescentes entre política econômica e política social e com o forte abalo no consenso quanto ao ‘círculo virtuoso’ entre crescimento e correção de desigualdades, o repertório de fórmulas, métodos, estratégias, mecanismos e instrumentos regulatórios das políticas keynesianas e do Estado ‘social’ que as implementava acabou esgotando suas virtualidades.

As tendências mundiais – liberalizantes e privatistas – colocaram a reforma do Estado como questão crucial desde o último biênio dos anos 80 (ROSSETTI, 1991). As disfunções ocorridas no Brasil na década de 80 conduziram à revisão do papel do Estado e a reversão de sua tendência expansionista, durante os anos 90 (ROSSETTI, 1991). Para tanto, algumas reformas constitucionais foram feitas: os dispositivos que definiam e privilegiavam empresas de *capital nacional* na exploração de jazidas e demais recursos minerais, além dos potenciais de energia hidráulica, passaram a atender as empresas *constituídas sob as leis brasileiras* (EC nº 6); eliminou-se a nacionalização dos transportes (EC nº 7); o monopólio da exploração dos serviços de telecomunicações foi suprimido (EC nº 8); e flexibilizou-se o monopólio do petróleo (EC nº 9). Além disso, visando à ampliação de receitas e à diminuição de gastos públicos, foram introduzidas alterações no sistema tributário (EC nº 3, 12 e 21) e fizeram as reformas administrativas (EC nº 19) e da previdência social (EC nº 20). O Estado, afirma Faria (1999, p. 116),

[...] se revelou incapaz de lidar quer com os problemas inéditos gerados pelas transformações da ordem econômica internacional, quer com os problemas mais antigos que, por sua

complexidade e especificidade, passaram a escapar dos padrões gerais das políticas macroeconômicas e a exigir decisões *ad hoc* nas dimensões temporal, social e temática, levando as normas de direito econômico, administrativo, trabalhista, previdenciário e tributário a serem continuamente reformuladas e reinterpretadas caso a caso.

Passou a haver crescente discrepância entre o paradigma teórico-doutrinário do tipo de direito tradicionalmente cultivado pelos juristas brasileiros e as condições reais da sociedade a que se destinam suas normas (FARIA, 1993). Conforme a lição de Faria (1993, p. 36), o que se tem, por um lado, é um ordenamento jurídico encarado pelos operadores do direito

[...] como uma estrutura lógico-formal coerente e sistematicamente hierarquizada, que encontra sua pedra-de-toque num Judiciário organizado como um poder funcionalmente capaz de decidir problemas, conflitos e demandas, sempre nos limites estritos das prescrições quanto dos procedimentos estabelecidos pelas leis. E o que se tem, por outro lado, é uma sociedade cujas contradições e paradoxos, deflagrando quer uma explosão de textos legais cada vez mais redigidos em termos vagos e ambíguos, deixando assim amplas margens de escolha à fase da sua interpretação e aplicação, quer uma sucessão de leis consagradoras de direitos sociais cuja implementação depende da eficiência operacional do setor público e da qualidade de seus serviços básicos, sem o que tais direitos são ‘letra morta’.

A transformação da infra-estrutura social gerou a ruptura dos valores tradicionais dos diferentes grupos e classes, causando um processo migratório contínuo, comportamentos mais agressivos e, sobretudo, o surgimento de novas demandas de políticas públicas, de justiça substantiva e serviços básicos por segmentos sociais desfavorecidos.

Uma das conseqüências mais significativas dessas modificações, potencializada pela consolidação de um padrão cada vez mais aviltado de salários e responsável pela cristalização de uma iníqua distribuição de renda, *foi a crescente ineficácia de um sistema jurídico em fase de acentuado esclerosamento - ineficácia essa que se tornou dramaticamente nítida no âmbito da legislação social e que, nos demais âmbitos, foi exponenciada pela emergência de comportamentos confrontacionais aos códigos e leis em vigor* (FARIA, 1993, p. 45, grifo nosso)

O que se passa a verificar, então, é uma progressiva inefetividade política, administrativa, normativa, operacional e até organizacional do Estado *keynesiano* ou intervencionista. Sua prolífica – mas errática – produção legislativa vai acarretar importantes mudanças na morfologia, nos significados e na qualidade discursiva das leis, esvaziando progressivamente o caráter lógico-sistemático do ordenamento jurídico e pondo em xeque a linguagem unívoca desenvolvida pela dogmática com base em conceitos preestabelecidos e de acordo com regras precisas de mudança (FARIA, 1999, p. 117).

Aumentando-se desordenadamente o número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, culminamos na ruptura da organicidade, da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, como corolário, perde-se a capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo (FARIA, 1999). Propicia-se, assim, maior instabilidade jurídica. Faria (1999, p. 117) aponta que a

[...] disfuncionalidade crescente tanto do Estado ‘social’ ou regulador quanto de seu instrumental normativo configura um processo que tem sido chamado de ‘ingovernabilidade sistêmica’ ou ‘crise de governabilidade’ pelos cientistas políticos. E de ‘inflação legislativa’, juridificação (ou ‘sobre-juridificação’) e ‘trilema regulatório’, pelos sociólogos e teóricos do direito.

A “inflação legislativa”, a “juridificação” e o “trilema regulatório” são os desdobramentos jurídicos da “ingovernabilidade sistêmica”. Esses três conceitos têm sido utilizados para traduzir o fenômeno da crescente falta de efetividade das instituições de direito, da qual Faria (1999, p. 122) aponta que os reflexos mais visíveis são, de um lado, o crescente rompimento da unidade lógico-formal e da racionalidade sistêmica de ordenamentos jurídicos constituídos basicamente sob a forma de códigos, e, de outro, a multiplicação de “leis especiais” editadas de maneira casuística ou pragmática em resposta aos problemas surgidos com a eclosão das “crises de governabilidade”.

Torna-se assim duvidoso se o Direito poderá realizar aquilo que se convencionou considerar como sendo a sua principal função – a resolução dos conflitos -, tendo a este propósito numerosos estudos apontado factores que constituem ‘obstáculos para a adequada resolução dos conflitos através do Direito: dificuldade de acesso à justiça, receio de litigação judicial, lentidão e custos processuais, incerteza de sucesso no litígio’. Deste ponto de vista, a juridificação não resolve os conflitos, mas simplesmente aliena-os: ou seja, mutila os conflitos sociais, reduzindo-se a um

mero caso judicial, e deste modo exclui qualquer possibilidade de uma resolução socialmente adequada e prospectivamente adequada (TEUBNER, 1988, p. 26, grifo nosso).

No *Estado Social intervencionista*, segundo ensina Teubner (1988, p. 34), *juridificação* significa a *constitucionalização do sistema econômico e o direito é utilizado como instrumento de controle*, tendo como características: “Os sistemas de negociação colectiva, as normas de protecção dos trabalhadores, a criação de um complexo sistema de segurança social, a crescente intervenção jurídico-societária no plano da organização das empresas e jurídico-concorrencial no plano de organização do mercado”.

A emergência de blocos de poder econômico e a crescente necessidade de protecção social fundamentam o intervencionismo nos diversos ramos do direito como, por exemplo, trabalhista, concorrencial, empresarial, da segurança social etc. (TEUBNER, 1988, p. 39). Porém, as políticas de desenvolvimento de médio e longo prazo, comuns entre o pós-guerra e os anos 70, passaram a colidir com o sentido de urgência decorrente da *força internacionalizante do capitalismo* (FARIA, 1999, p. 32). Assim, as intervenções regulatórias, os mecanismos de controle e direcção socioeconômicos e as concepções de segurança nacional perdem o vigor.

Quanto mais veloz é a integração dos mercados num ‘sistema-mundo’ ou numa ‘economia-mundo’, reduzindo a capacidade de coordenação macroeconômica dos Estados-nação e com isso os impedindo de implementar políticas *keynesianas* de altas taxas de dispêndio público para sustentar quer o crescimento quer o emprego, menos as decisões emanadas do sistema jurídico-político traduzem um ato de autoridade a exigir obediência irrestrita (FARIA, 1999, p. 35).

Com a internacionalização dos mecanismos financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente. *Estas escapam cada vez mais às políticas intervencionistas do governo, não apenas as de redistribuição monetária, mas as de incentivo à indústria, subsídios creditícios, protecção tarifária etc. A administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições relevantes de produção* (FARIA, 1999, p. 53, grifo nosso).

Faria ensina, ainda, que a década de 90 do século passado representa um período de intercruzamento entre duas eras econômicas: a primeira é a do pós-guerra, marcada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e pragmática da regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor, bem como por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. Outra era é a da globalização, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente caracterizada pela “desregulação” dos mercados, pela “financeirização” do capital, pela extinção de monopólios estatais, pela privatização das empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho (1999, p. 111).

Em todo o mundo, o Estado, não podendo mais disciplinar sociedades complexas por meio de seus instrumentos, categorias e procedimentos jurídicos tradicionais, passou a adotar estratégias de deslegalização e desconstitucionalização paralelamente aos programas de privatização dos monopólios públicos e à substituição dos mecanismos estatais de seguridade social por seguros privados, ampliando o pluralismo de ordens normativas (FARIA, 1996).

Com a globalização, houve uma ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras, que atuam de forma cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos nacionais (FARIA, 1999). Na medida em que a interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação dos grandes blocos comerciais regionais se convertem em efetivos centros de poder, o sistema político deixa de ser o *locus* natural de organização da sociedade (FARIA, 1999). “Em vez de uma ordem soberanamente *produzida*, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente *recebida* dos agentes econômicos”, conforme aponta Faria (1999, p. 35). Isso evidencia que, com a perda de liderança da classe dirigente nacional, os Estados passaram a receber grande influência externa, especialmente nos chamados países periféricos.

Dantas (1979, p. 52, grifo nosso) ensina que, com a perda da capacidade da classe dirigente em resolver os problemas com os quais a sociedade se depara, ela é substituída por uma nova, oriunda da classe dirigida ou vinda do exterior, e, neste último caso, há uma condução “[...] à *invasão estrangeira*, à anexação territorial, à *absorção da comunidade em comunidades maiores* ou ao esfacelamento em unidades de menor âmbito”. cremos que esse fenômeno vem ocorrendo em decorrência da globalização.

As estruturas jurídicas, centralizadas e exclusivas do Estado, são baseadas nos princípios da soberania e da territorialidade, no equilíbrio dos poderes, na distinção entre o público e o privado, na concepção do direito como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas (FARIA, 1996). Essa estruturação se contrapõe à globalização, que pressupõe a mitigação desses conceitos e a superação das barreiras geográficas. “Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua *centralidade* quanto sua *exclusividade*”, conforme observa Faria (1999, p. 32).

Obviamente as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado não desaparecem, mas alguns dos instrumentos básicos que caracterizaram sua ação nas últimas décadas são relativizados (FARIA, 1999). Não se eliminam o Estado-nação e o princípio da soberania, mas suas prerrogativas são radicalmente abaladas (FARIA, 1999). Há uma redefinição da soberania do Estado-nação que fragiliza sua autoridade, exaure o equilíbrio dos poderes e causa perda da autonomia de seu aparato burocrático (FARIA, 1999).

Tornando-se vulneráveis à disciplina estabelecida por opções e decisões econômicas feitas em outros lugares por pessoas, grupos empresariais e instituições sobre as quais têm escasso poder de controle, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado-nação são reformadas e redimensionadas por processos de deslegalização e privatização formulados e justificados em nome da ‘governabilidade’, da resolução da ‘crise fiscal’ da adequação dos mecanismos de formação de preços aos custos econômicos reais, da ‘flexibilização’ das relações salariais, da captação de recursos externos para investimentos produtivos, do acesso a tecnologia de ponta e a novos produtos e processos, do aumento da produtividade industrial e da competitividade comercial e da inserção da economia transnacionalizada (FARIA, 1999, p. 37)

O referido autor afirma ainda que com o drástico enxugamento das restrições governamentais sobre a atividade econômica e a subsequente “desregulamentação” do mercado propiciados pela reforma e pelo redimensionamento do Estado-nação, suas estruturas administrativas, políticas e jurídicas passam a exercer novos papéis e novas funções, deixando de ser “[...] um *locus* natural e privilegiado de direção, deliberação, alocação de recursos e imposição de comportamentos obrigatórios, limitando-se a atuar como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos” (FARIA, 1999, p. 37).

Faria (1999, p. 51) também aponta que a “[...] industrialização acelerada das últimas décadas, ao produzir uma nova e mais complexa composição de classes, também gerou conflitos inéditos, para os quais as leis e seus respectivos procedimentos judiciais não forneciam mais respostas satisfatórias e eficazes”. Com a ineficácia do direito estatal em solucionar essas novas questões, surgiu um ambiente favorável para o desenvolvimento de outras formas de normatividade – paralelas à do Estado – que visam a sanar essa conflituosidade (CAMPILONGO, 1999, p. 80-81 e 87; FARIA, 1999, p. 54; FARIA, 1996, p. 162).

Atualmente, o monopólio do Estado na função de solucionar e reprimir os conflitos sociais é desafiado pela expansão de direitos paralelos aos oficiais (FARIA, 1996, p. 163): “São direitos autônomos, com regras e procedimentos próprios, entreabrindo a coexistência - por vezes sincrônica, por vezes conflitante - de diferentes normatividades; mais precisamente de um pluralismo jurídico de natureza infra-estatal ou supra-estatal”.

No *plano infra-estatal* podemos mencionar o advento de justiças profissionais (especializadas em arbitragem) e não-profissionais (comunitárias, por exemplo), cujas atuações são circunscritas nos conflitos intra-grupos, intra-comunidades e intra-classes (FARIA, 1996). Até mesmo as organizações criminosas possuem normas próprias, paralelas às estatais, como os estatutos da Máfia. “*Preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca as coletivas, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos* – e a marginalização jurídica a que foram condenados esses setores nada mais é do que subproduto de sua marginalização social e econômica”, conforme aponta Faria (1993, p. 52, grifo nosso). Nos últimos anos da década de 80 do século passado, as invasões de terra, as ocupações de edifícios públicos ou privados revelaram a infinidade de relações desprezadas pelas instituições políticas e jurídicas (FARIA, 1993).

Na lição de Faria (1996, p. 163), os “[...] espaços infra-estatais estão sendo crescentemente polarizados por formas ‘inoficiais’ ou não-oficiais de resolução dos conflitos (como usos, costumes, diferentes estratégias de mediação, auto-composição de interesses e auto-resolução de divergências, arbitragens privadas ou mesmo a imposição da lei do mais forte nos guetos inexpugnáveis controlados pelo crime organizado)”.

No *plano supra-estatal*, cita-se a ploriferação de foros descentralizados de negociação e a multiplicação de órgãos técnico-normativos criados especialmente para fixar parâmetros, homologar pesquisas, dar pareceres e também promover arbitragens (FARIA, 1996) como, por exemplo, Comissão Pan-Americana de Normas Técnicas – COPANT e *International Organization for Standardization* – ISO.

A partir do aumento da globalização econômica que instituições como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial passaram a se preocupar com o sistema judicial dos países periféricos (CAMPILONGO, 1999, p. 90) e “[...] os espaços supra-estatais têm sido polarizados pelos mais diversos organismos multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio etc.), por conglomerados empresariais, por instituições financeiras e por organizações não-governamentais” (FARIA, 1996, p. 163).

A ordenação dos agentes econômicos, cada vez mais auto-organizada e auto-regulada, opera sob a forma de redes formais e informais de interesses, envolvendo um número variável de atores empresariais com diferentes graus de influência e poder, com a tendência de

[...] transcender os limites e controles impostos pelo Estado, a substituir a política pelo mercado como instância máxima de regulação social, a adotar as regras flexíveis da *lex mercatoria* no lugar das normas de direito positivo, a condicionar cada vez mais o princípio do *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic stantibus*, a trocar a adjudicação pela mediação e pela arbitragem na resolução dos conflitos e a pôr em xeque a distinção clássica entre o público e o privado (FARIA, 1999, p. 35).

Tradicionalmente, o direito é concebido como um sistema praticamente fechado, unitário, hierarquizado, axiomatizado, completo, sem lacunas ou antinomias (FARIA, 1999). Contudo, a globalização criou complexidade e aumentou a interdependência do sistema jurídico em relação ao seu ambiente externo. Surgiram “novos temas, comportamentos inéditos, atividades econômicas atípicas, agregações políticas pouco usuais e outros eventos que carecem de regulação jurídica” (CAMPILONGO, 1999, p. 83).

A modernização trouxe mudanças na estrutura da sociedade global, gerando a necessidade de novas concepções jurídicas para solução de novas questões. A sociedade tornou-se complexa e o direito tradicional passou a ser insuficiente para resolver esses novos conflitos (FARIA, 2000c). Por essa razão, a concepção tradicional do direito foi sendo progressivamente substituída pela de um direito organizado sob a forma de rede, em razão do crescente número de microssistemas e de cadeias normativas, que se interagem procurando captar a complexidade da realidade socioeconômica (FARIA, 1999). A clássica “pirâmide” normativa kelseniana foi substituída por séries normativas dispostas na forma de “teias de aranha”, “emaranhadas, descentralizadas e, em larga medida, surgidas apenas para estabelecer premissas de decisões flexíveis” (CAMPILONGO, 1999, p. 80). Segundo ensinamento de Faria (1999, p. 128):

Enquanto a concepção tradicional faz da pretensão de completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídica, o sistema sob a forma de ‘rede’ se destaca pela multiplicidade e circularidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes, pela ausência de hierarquias, e pela provisoriade de suas estruturas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

Com o fim de uma economia mundial composta de mercados nacionais protegidos ou fechados e com a crescente transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo, houve uma “[...] integração de natureza eminentemente *sistêmica*, acima de tudo alicerçada na especialização e ‘mercantilização’ do conhecimento, na eficiência, na tecnologia, na competitividade, na produtividade e no dinheiro”, conforme aponta Faria (1999, p. 52). Nos últimos anos, houve uma transformação tecnológica, na qual a *sociedade industrial* foi substituída por uma *sociedade informacional* (FARIA, 1999), na qual a *informação* é a matéria-prima do processo econômico: devemos *descobrir* para aplicar na *produção* (FARIA, 2000b).

O grande problema jurídico da sociedade informacional é a neutralização do risco. Trata-se do chamado *Direito do Risco*, no qual o profissional deve detectar o conflito para que seja solucionado antes de sua eclosão (FARIA, 2000b). As tensões são solucionadas por meio de transação e mediação, sem necessidade de uma decisão judicial¹. Tal fato está associado às características de eficiência, rapidez, competitividade e produtividade do sistema econômico mundial. Cada corporação empresarial, valendo-se do vazio normativo deixado pelas já mencionadas estratégias de deslegalização e desregulamentação, cria as regras de que precisa e “jurisdiciza” suas áreas e espaços de atuação segundo suas conveniências (FARIA, 1996). A desregulamentação pelo Estado tem como consequência a regulamentação no âmbito da sociedade, “mais precisamente ao nível das organizações privadas capazes de oferecer empregos, impor comportamentos etc” (FARIA, 1996, p. 165).

Sob o aspecto organizacional, o Poder Judiciário “foi estruturado para ‘administrar’ os processos civil, penal e trabalhista, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, ritmos e horizontes temporais presentes na economia globalizada. O tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é real, isto é, o tempo da simultaneidade” (FARIA, 1996, p. 163).

Com isso, as empresas que atuam dentro de uma *economia-mundo* se distanciam do sistema judiciário de solução de conflitos que é lento, ineficiente e juridicamente instável.

¹ V. quadro demonstrativo dos tipos de ordens normativas em Faria (1996, p. 164).

Primeiro, essas empresas optam por concentrar seus investimentos nos países onde as leis lhes são mais favoráveis; depois tendem a se valer de instâncias alternativas especializadas, tanto no âmbito governamental (autoridades administrativas independentes, com poderes de decisão, de regulação, de fiscalização e de sanção) quanto no privado (mediações e arbitragens); e, finalmente, acabam criando regras de que necessitam e estabelecem mecanismos de auto-resolução dos conflitos (FARIA, 1996). Nota-se, claramente, que as empresas buscam meios fora do Poder Judiciário que possibilitam a solução de conflitos de forma mais rápida, eficiente e condizente com suas necessidades.

As corporações empresariais e financeiras transnacionais fogem não só dos burocratizados e ineptos tribunais, mas também do direito positivo por eles aplicado (FARIA, 1996). No âmbito econômico, podemos mencionar a *Lex Mercatoria*, que é um corpo autônomo de práticas, regras e princípios constituído pela comunidade empresarial para auto-disciplinar suas atividades, bem como o *direito da produção*, que é um conjunto de normas técnicas formuladas para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de seus componentes e da origem de suas matérias-primas (FARIA, 1996) como, por exemplo, ISO 9000. Podemos mencionar, ainda, as normas que se referem ao meio ambiente, como a ISO 14000, bem como à saúde e à segurança do trabalhador, como a ISO 18000.

O próprio Estado intervencionista, consciente de que muitos de seus códigos e de suas leis carecem da necessária base social, econômica, política, cultural e ideológica para serem eficazes, “[...] passou a adotar, ainda que não oficialmente, intrincadas e sutis estratégias de distanciamento em relação a esses dispositivos legais – a ponto, muitas vezes, de agir à revelia das diretrizes por eles oferecidas e, outras, de tornar-se *cúmplice* – por ação ou omissão – de comportamentos e decisões que os violam”, conforme ensina Faria (1999, p. 126).

O referido autor aponta, ainda, que a *integração sistêmica* (alicerçada na especialização e *mercantilização* do conhecimento, na eficiência, na tecnologia, na competitividade, na produtividade e no dinheiro) entra em conflito com a *integração social*, que é fundada em *valores, normas, sanções, entendimentos e contratos*, ou seja, medida pela consciência dos atores (FARIA, 1999). Por esse conflito, “[...] que a globalização econômica é um fenômeno altamente seletivo, contraditório e paradoxal, jamais podendo ser tomado como sinônimo de universalização no que se refere, por exemplo, à partilha equitativa de seus resultados materiais e ao acesso de todos ao que é *comum*” (FARIA, 1999, p. 52).

Com o fenômeno da globalização, há um aprofundamento da exclusão social, pois os ganhos de produtividade são obtidos às custas da degradação salarial, da informatização da produção e do conseqüente aumento do desemprego (FARIA, 1996). Isso gera ampliação da marginalidade econômica e social, mas o Estado continua responsável pela manutenção

da ordem, da segurança e da disciplina (FARIA, 1996). Em outras palavras

[...] os ‘excluídos’ do sistema econômico perdem progressivamente as condições materiais para exercer seus direitos fundamentais, mas nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação. Com suas prescrições normativas, o Estado os integra no sistema jurídico basicamente em suas feições marginais - isto é, como devedores, invasores, transgressores, réus, condenados etc. (FARIA, 1996, p. 196)

Nos últimos tempos, para manter a jurisdição sobre os excluídos, o Poder Judiciário optou por uma mudança organizacional. Estabeleceu-se a informalização por meio de juizados de negociação e conciliação para as pequenas causas de natureza civil, ou seja, referentes a “litígios de massa, abundantes e rotineiros, com pequeno valor material e já suficientemente ‘jurisprudencializados’”. Embora tenham a aparência de uma justiça de 2ª classe para cidadãos de 2ª classe, não se pode, é evidente, subestimar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais” (FARIA, 1996, p. 167).

Mesmo com a criação de juizados de negociação e conciliação para as pequenas causas, grande parte da população continua sem acesso ao Poder Judiciário, em decorrência do acelerado processo de exclusão social gerado pela globalização. Uma parcela populacional está inserida dentro de um ambiente em que prevalece a *lei do mais forte*, que é o do *direito marginal*². Portanto, a globalização econômica favorece a ampliação desse tipo de solução de conflito, qual seja, no âmbito infra-estatal.

Conclui-se, assim, que a globalização econômica tem com implicações jurídicas o *desenvolvimento de uma auto-organização e uma auto-regulamentação das redes empresariais e financeiras transnacionais* que procuram fugir da legislação e da justiça dos Estados, deixando *grande parte da população excluída, até mesmo, da jurisdição estatal*, razão pela qual muitos se valem de formas não-oficiais para resolução de seus conflitos, *sem, contudo, extinguir as estruturas, o Poder Judiciário e o direito positivo*.

Referências bibliográficas

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e globalização econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. (Coord.). *Direito global*. São

² V. quadro demonstrativo dos tipos de ordens normativas em Faria (1996, p. 164).

Paulo: Max Limonad, 1999.

DANTAS, F. C. Santiago. A educação jurídica e a crise brasileira. *Encontros da UnB*, Brasília, p. 48-54, 1979.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. O Judiciário após a Globalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 4, p. 162-166, out./dez. 1996.

_____. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O objeto do ensino jurídico: transformações do direito positivo(I)*. 20/9/2000. Trabalho apresentado no 3º Curso de Especialização em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público, São Paulo, 2000a.

_____. *O objeto do ensino jurídico: transformações do direito positivo (II)*. 27/9/2000. Trabalho apresentado no 3º Curso de Especialização em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público, São Paulo, 2000b.

_____. *O ensino do Direito como transmissão de paradigmas*. 4/10/2000. Trabalho apresentado no 3º Curso de Especialização em Direito Penal da Escola Superior do Ministério Público, São Paulo, 2000c.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 15. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEUBER, Gunther. Juridificação: noções, características, limites e soluções. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, p. 17-100, 1988.

4.2 A VOLTA DO DISCURSO DOS SUPLÍCIOS EM UM PAÍS ÁVIDO POR VINGANÇA: OS CASOS JOÃO HÉLIO E ISABELLA NARDONI

MARCELO CUNHA DE ARAÚJO

Promotor de Justiça em Minas Gerais

Mestre e Doutor em Direito

Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC-MG

MARIA JOSEFINA MEDEIROS SANTOS

Acadêmica de Psicologia

RESUMO: Os recentes episódios midiáticos conhecidos como *Caso João Hélio* e *Caso Isabella Nardoni*, caracterizados por crimes praticados com violência contra crianças, revelam que o discurso que clama pela volta dos suplícios é extremamente vigoroso no Brasil. Com essa simples constatação, considerando que nossa sociedade *se entende* como democrática e civilizada, cabe o questionamento dos possíveis motivos que levam o discurso da barbárie a se tornar tão atrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Psicologia social; psicanálise; mídia; vingança.

ABSTRACT: With the occurrence of some violent criminal incidents in the past few years in Brazil, it was clear that many people thought and said that the appropriate punishment for the criminals should not be the legal prison time previously assigned, but the appliance of painful and suffering punishments similar to the ones suffered by the victims of the crimes. This article tries to question why this thought is so attractive in a society that calls itself democratic and civilized.

KEY WORDS: Social psychology; psychoanalysis; press; revenge.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A ebulição do discurso clamante dos suplícios. 3. O pleito dos suplícios pelos atingidos direta ou indiretamente pelo ato. 4. A mídia e os discursos da vendeta. 5. Conclusão.

1. Introdução

“Todos os homens são, pública ou privadamente, inimigos de todos os demais, e cada um é inimigo de si mesmo” (PLATÃO, *Leis*, p.626).

Nas semanas que sucederam os dias 7 de fevereiro de 2007 e vinte e 9 de março de 2008, cada brasileiro apregoou uma opinião a respeito dos crimes que ficaram conhecidos como *Caso João Hélio* e *Caso Isabella Nardoni*.¹ Com exceção dos posicionamentos trazidos à baila por juristas, políticos e outros agentes públicos, a grande maioria das opiniões proclamadas pela população em geral estiveram assinaladas pela lógica da vendeta e da lei de talião. Instalou-se a crença em uma lei de reciprocidade, em que cada um dos cinco suspeitos pelo assassinato de João Hélio e também o pai e a madrasta de Isabella deveriam sofrer um mal semelhante, se não maior do que aquele que foi infligido às crianças.

Logo após o caso João Hélio, uma série de opiniões relacionadas ao crime pôde ser acessada na internet. O *site* de relacionamentos *Orkut* conta com duzentas e cinquenta comunidades dedicadas ao garoto. Uma delas, intitulada *João Hélio Fernandes*, conta quatrocentos e trinta e cinco membros e também uma coletânea de depoimentos maculados pelo desejo de vingança. À guisa de exemplo, podemos trazer o testemunho de uma das participantes da comunidade, Karen, em sua transcrição literal:

[...] Um bandido desses não deveria ser preso, deveria sim, sofrer exatamente o q fez a pobre criança sofrer, adaptando o sofrimento para a idade do desgraçado. Não traria o pequeno João de volta, mas ele ia ser, de um certo modo, vingado, e aí

¹ Caso João Hélio: “Um assalto terminou com a morte de um menino de seis anos, na noite de quarta-feira (7), no Rio. Ele não conseguiu sair do veículo levado pelos criminosos e foi arrastado por aproximadamente sete quilômetros, durante a fuga dos assaltantes. De acordo com a polícia, o menino – identificado como João Hélio Fernandes – estava no carro com a mãe quando foram abordados pelos assaltantes, no bairro Osvaldo Cruz (Zona Norte). A mãe foi retirada do veículo, mas não conseguiu retirar a criança – que estava no banco traseiro, presa ao cinto de segurança. A irmã do menino e uma outra pessoa também estavam no carro e conseguiram sair. Antes de o menino ser retirado, um dos assaltantes assumiu a direção do veículo e acelerou. Ele ficou pendurado e foi arrastado. A fuga teria durado cerca de 15 minutos, até que o carro foi abandonado em uma rua de Cascadura, também na Zona Norte. Durante o trajeto, moradores que presenciaram a fuga gritaram para que os criminosos parassem o carro. A criança foi encontrada já sem vida. Os assaltantes – seriam três – fugiram”. Fonte: *Folha Online*. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>.

Caso Isabella Nardoni: “A hipótese de homicídio é a mais provável para o caso de uma menina de 5 anos que morreu no final da noite de ontem (29) depois de cair do sexto andar de um prédio localizado na Vila Isolina Mazzei (Zona Norte de São Paulo), informou a Polícia Civil neste domingo. Perícia feita no apartamento apontou que a rede de proteção da janela foi cortada intencionalmente. Os policiais tentam identificar, agora, os responsáveis pela morte da criança. “Houve um crime onde alguém jogou uma criança da janela após cortar a tela de proteção. Ou foi alguém ligado à criança ou uma invasão. São os únicos indícios que se têm no momento”, disse o delegado Calixto Calil Filho do 9º DP (Carandiru). O pai da criança e a madrasta da menina permaneciam na tarde deste domingo no 9º DP, onde prestavam depoimento, e deverão ser liberados ainda hoje. A Polícia Civil informou não haver indícios de que os dois teriam provocado a queda. Eles figuram como averiguados no boletim de ocorrência registrado pela Polícia Civil. Isabella de Oliveira Nardoni, 5, era filha do estagiário de direito Alves Nardoni, 29, com sua ex-mulher, Ana Carolina Cunha de Oliveira, 23. Após a queda, a menina chegou a ser levada para a Santa Casa, mas não resistiu aos ferimentos”. Fonte: *Folha Online*. Disponível em: <www.folha.uol.com.br>.

sim, a justiça estaria *feita*, pois é muito cômodo deixar o maldito vivo, enquanto uma nação inteira chora a dor dessa família, a violência, que a cada dia está maior, a impunidade, e o descaso com que o governo trata o povo[...].

Na mesma comunidade, encontramos uma enquete centrada na seguinte pergunta: “Se vocês fossem os pais de João, o que fariam?”. As opções a serem escolhidas serão aqui expostas do modo como foram colocadas, ou seja, *ipsis literis*. São elas: (1) “desejava a prisão perpétua para os bandidos”; (2) “faria justiça com as próprias mãos”; (3) “desejava que os bandidos tivessem o mesmo fim”; (4) “falar para o juiz tomar no cu, falar que eles merecem cadeia”; (5) “fuzilamento” e (6) “força”. O questionário foi preenchido por setenta e sete pessoas e o resultado se configurou da seguinte forma: a primeira opção teve 32% de adesão; a terceira, 24%; a segunda, 19%; a quinta, 14%; a sexta, 6% e a quarta obteve 2% dos votos.

Em outro *recanto* da internet, o oitavo *blog* mais visitado do Brasil (www.novo-mundo.org), que, curiosamente, conta com uma participação massiva de jovens evangélicos, contém as seguintes opiniões:

Se o Brasil fosse um país sério, esses monstros já teriam o mesmo fim que o Sadam.(sic)

Esses assassinos de João Hélio tem que pagar caro, sofrer muito, mais muito mesmo, morre aos poucos e por fim terminar numa cadeira elétrica, JUSTIÇA essa é a palavra que João merece, e Deus vai fazer sua justiça, o governo e merda da no mesmo, não servem pra nada, a impunidade e a insegurança vai permanecer e pessoas como João Helio e sua família vão permanecer sem paz. Que Deus de conforto pra esta família e paz pra este mundo. (sic)

Será que precisamos passar por isto? na minha opinião estes animais não deveriam ser presos, simplesmente, deveriam ser cortado aos pedacinhos para sofrer, deveriam ser arrastado um pouquinho por dia, isto tudo para servir de exemplo [...] (sic)

Esses desgraçados, ordinários, filhos do diabo, tem que ir é para a cadeira elétrica sim.

Isso eu aprovo e com muita certeza.

Eles não podem ficar numa boa na cadeia não.

Eles vão ter que morrer à força, mesmo que não queiram.

Seus bando de idiotas.

Vocês seus bandidos vão é para o inferno, a alma de vocês já

estão é lá.

Para o diabo fazer todo o mal com vocês lá.

Num é isso que vocês querem seus merdas idiotas.

Por isso Dona Rosa, Seu Helton e Aline, peçam isso à polícia e sigam meus conselhos.

Que Deus abençoe você, sua filhinha e seu marido. E que nada de mal vai acontecer com vocês. (sic)

No tocante ao *Caso Isabella Nardoni*, nas semanas imediatamente seguintes ao evento, pudemos assistir pela mídia à presença de inúmeras pessoas acampadas em frente à residência dos indiciados pelo crime, vociferando vitupérios e atirando pedras na direção de Ana Carolina Jatobá e de Alexandre Nardoni. Muitos da “turba do *pega e lincha*”, como bem definiu Contardo Calligaris (Folha de S. Paulo, 24 de abril de 2008), viajaram quilômetros para fazer parte dessa história de violência. Indivíduos que, em frente às câmeras, gritavam por *justiça* e conclamavam o linchamento.

2. A ebulição do discurso clamante dos suplícios

O que se percebe nas falas e nos comportamentos dessas pessoas é, sobretudo, o anseio por uma vingança, e não por uma punição. Mais do que isso, nota-se um desvirtuamento do que se engloba no conceito *justiça*, noção tal que, a partir de uma acepção aristotélica, pode ser concebida como o que é correto e assonante com a lei bem como uma sorte de atuação que visa “*produzir e preservar a felicidade*” (ARISTÓTELES, 2001, p.92).

Na fala desses indivíduos, o que se destaca é a suposição de que a restrição da liberdade é uma prática que não se equivale a fazer justiça. Esta, nos *Casos João Hélio e Isabella Nardoni*, estaria circunscrita a uma lógica de represália cruel, de derramamento de sangue que, supostamente, seria capaz de equilibrar a equação: *atrocidade com atrocidade, barbárie com barbárie*. O adágio “*olho por olho, dente por dente*”, na ebulição de emoções que sucederam aos assassinatos das duas crianças, descreve com perfeição os sentimentos que irromperam em uma parte significativa da população brasileira.

Mesmo sem ter conhecimento, os jovens que têm os posicionamentos supracitados e também a “turba do *pega e lincha*” pregam por um retrocesso na prática judicial, por uma involução que clama pelo retorno dos suplícios. Michel Foucault, em seu livro *Vigiar e Punir*, de 1975, concede à primeira parte desse tratado uma elucidação pormenorizada da noção de suplício.

A fim de abordar essa idéia, faremos a mesma pergunta com a qual Foucault se implicou: “[...] afinal, o que é um suplício?”. Este seria, nas palavras do autor, uma

“Pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz [...] é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade” (FOUCAULT, 1975/2007, p.31).

Além de se caracterizar pela dor e atrocidade (por, verdadeiramente, “*mil mortes*”), todo e qualquer suplício deve ser *ostentoso*. Ele deve ser uma prática compartilhada por um público disposto a presenciar os gemidos, os gritos e as lamúrias do condenado. O suplício ideal também deveria fazer *surgir a verdade*. Essa prática, quando realizada da maneira mais eficaz, deveria trazer à tona a *confissão*, a vocalização do ato criminoso perpetrado pelo condenado, reproduzindo a verdade do crime. Por fim, mais esperado do que a confissão pública, era o *pedido de perdão*, o rogo do acusado a Deus, pedindo por clemência.

Os suplícios, tal como nos são mostrados por Foucault, foram praticados em vários países europeus, como França, Inglaterra e Áustria. O abandono das práticas supliciantes só se deu, de fato, no final do século XVIII e início do XIX. Enquanto foi legitimado, o suplício era ministrado como castigo pelo desrespeito ao soberano, representante absoluto da lei. Um homicídio, por exemplo, antes de ser um ato que viola o direito à vida do outro, era considerado um crime de “lesa-majestade”, que feria diretamente a soberania do Rei. O suplício, portanto, era uma maneira de o senhor se vingar do súdito detrator.

Sua finalidade (do suplício) é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força. [...] fazem da execução pública mais uma manifestação de força do que uma obra de justiça; ou antes, é a justiça como força física, material e temível do soberano que é exibida (FOUCAULT, 1975/2007, p. 42/43).

As falas daqueles que pregaram pela morte dos assassinos de João Hélio e pela dos acusados da morte de Isabella Nardoni, de modo semelhante ou pior do que as maneiras pelas quais as duas crianças perderam suas vidas, resgatam um momento nefasto da prática judicial, na qual a punição do condenado passava pela completa abolição de sua humanidade. Os tempos dos suplícios foram marcados pelo excesso, pela barbárie, pela atrocidade, pela violência, pela tirania e pela vingança. O fim do discurso suplicante teve sua gênese em diversos fatores, entre eles o fortalecimento da doutrina filosófica iluminista; o desvio, apoiado em mudanças de cunho econômico; o predomínio de ataques aos bens sobre os ataques aos corpos, mudança esta que exigiu uma suavização da lei e a necessidade de um remanejamento do poder punitivo que tornasse esse poder mais regular, eficaz e menos oneroso.

Hoje, passados aproximadamente duzentos anos dos tempos do regime supliciante, nos vemos às voltas com opiniões profundamente marcadas pela lógica da vendeta, como é o caso daquelas *supra* expostas. Partindo do ensejo de tais apreciações, e também do incômodo por elas suscitado, direcionamo-nos ao seguinte questionamento: Por que, em crimes como esses, presenciamos o retorno de certo discurso supliciante? Por que os crimes violentos praticados no Brasil despertam uma avidez pela vingança?

O presente artigo busca tocar em tais indagações balizado pela crença de que há aspectos legais, políticos, econômicos e sociais da realidade brasileira que servem como catalisadores ao animar esse imaginário vingativo. Dentre os diversos ângulos possíveis de análise, destacamos especialmente a constituição individual do sujeito e o papel da mídia na formação de uma representação social fomentadora de um pleito de suplícios. Outros aspectos como a barbaridade do crime, a maioria penal no Brasil, a morosidade nas tramitações legais, a impunidade, a descrença nas políticas públicas e a superlotação dos presídios (entre inúmeras outras causas) poderiam, com certeza, ser tomados como agentes fomentadores desses frequentes discursos vingativos. Além disso, não podemos olvidar que, individualmente considerada, a busca do suplício por pessoas direta ou indiretamente afetadas pelo crime pode ser algo abordado a partir de contribuições advindas do campo da psicanálise,² o que justifica nosso próximo tópico.

3. O pleito dos suplícios pelos atingidos diretamente ou indiretamente pelo ato

Será que há algo de constitutivo do ser humano que faz com que este anseie por medidas que descartem saídas institucionalizadas e que privilegiem o pedido de aflição de dor a outrem? Melhor dizendo: o retorno do discurso supliciante não estaria ligado à essência da construção natural do homem em uma sociedade que, embora se esmere em preservar certas conquistas civilizatórias, tem, em si, de maneira latente, inclinações mortíferas e agressivas? Buscaremos a abordagem ao constituinte natural do psiquismo humano na seara do saber que não considera o homem como pleno e intrínseca e inteiramente bom (ou mal), mas ambivalentemente cindido: a psicanálise. Dessa forma, esperamos um maior sucesso ao estudar, a um só tempo, o entendimento que o ser humano possui da necessidade e importância do perdão, ao mesmo tempo em que, por diversas vezes, sente o impulso mortífero da retaliação pelo modo do suplício equivalente ou agravado.

Freud (1915/1976) expõe suas considerações acerca da maldade, da destrutividade e do ódio, entre outras passagens, em obra intitulada *Reflexões para os tempos de guerra e morte*. Nesta, são feitas ponderações sobre os tempos marcados pelo

² Nesse sentido, vide Araújo et al. (2007, p. 109-142).

belicismo e suas repercussões nas psiques dos soldados. O autor, ao que se percebe, não condena os agentes da guerra, mas busca compreendê-los. Conclui que eles não são tão intrinsecamente ruins, como normalmente são julgados, mas que estão apenas experimentando suas predisposições instintuais. O nosso horror diante dos atos cometidos em campos de batalhas se sustenta em uma ilusão, que se faz errônea, em virtude de que, “[...] na realidade, nossos concidadãos não decaíram tanto quanto tínhamos porque nunca subiram tanto quanto acreditávamos” (FREUD, 1915/1976, p.322).

O *pai da psicanálise* defende, assim, a idéia de que a sociedade tornou o padrão moral assaz rigoroso, esquecendo-se que uma parte instintual resiste em nós em seu mais absoluto primitivismo. Estados psíquicos violentos e cruéis podem emergir a qualquer momento, a depender de determinadas influências externas. Quando isso ocorre, tem-se a impressão de um regresso, de uma involução que abole as conquistas civilizatórias.

Freud (1915/1976, p.335) discorre, ainda, sobre a ênfase dada ao mandamento “*não matarás*”, dizendo que tal princípio se sustenta no fato de descendermos de “[...] uma série interminável de gerações de assassinos, que tinham a sede de matar em seu sangue, como, talvez, nós próprios ainda tenhamos hoje”. Ele completa tal exposição dizendo que “[...] uma proibição tão poderosa só pode ser dirigida contra um impulso igualmente poderoso. O que nenhuma alma humana deseja não precisa de proibição, é excluído automaticamente”. Para o autor, portanto, existe “[...] uma inclinação originária no ser humano ao *mal*, à agressão, à destrutividade e à crueldade”. O homem se compraz com a imposição de atos destrutivos e violentos contra outrem, uma vez que realiza desejos onipotentes arcaicos que garantem um considerável prazer narcísico.

Com contribuições advindas da psicanálise, podemos abordar os crimes João Hélio e Isabella Nardoni a partir de novas perspectivas, complementares àquelas anteriormente desenvolvidas. A mesma assertiva a respeito dos soldados nos tempos da I Guerra Mundial pode ser aqui inserida. Em uma compreensão analítica, o horror suscitado pelos *Casos João Hélio e Isabella Nardoni* se sustenta em uma ingenuidade. Só nos chocamos intensamente porque colocamos o ser humano em alta conta, considerando-o estritamente racional e bom. Mas, em verdade, o homem não é tão solidário, nem tão pacífico quanto aparenta, nele residindo, sempre, inarredavelmente predisposições agressivas que perseveram cristalizadas, mas suscetíveis de irromperem em determinadas circunstâncias.

Da mesma forma que podem ser vistas essas moções agressivas nos assassinos de João Hélio e de Isabella Nardoni, podemos percebê-las nos jovens das opiniões

acima expostas bem como na “turba do *pega e lincha*”. O que existe de essencial a apreendermos nas manifestações populares exibidas em ambos os casos é que a agressividade e a violência também se fazem patentes no discurso e nos atos daqueles que clamam o suplicio como forma de justiça. Aqueles que, indiretamente, pregam pela ordem supliciante não percebem que, ao fazê-lo, em certa medida se igualam àqueles que descumprem a lei. Aquelas pessoas que se instalaram em frente ao lar do casal Nardoni, jogando-lhe pedras e outros objetos sem mesmo conhecerem o caso, exibem uma atitude maculada pela violência, que por fim é a mesma violência que imputam hostilmente aos que condenam, como se pudessem, por projeção no outro, eximir-se de seus ímpetos recrimináveis.

Assim, quando tratamos da violência e, especialmente, quando tratamos do assassinato, é possível que estejamos também nos livrando de algo. Nessa hipótese *catártica*, ficaria mais simples compreender por que temos a tendência de *demonizar* os que matam sem razões aceitáveis para isso. Nesse caso, quando *desumanizamos* os autores, protestamos inocência. Assim, se aquele que matou é *um monstro*, quero, sobretudo, dizer que ele não é como eu. Sim, porque assumimos o pressuposto de que pessoas *normais* não matam injustificadamente. Com essa lógica, afastamos o que poderia ser perturbador – precisamente a convicção de que assassinatos são, via de regra, praticados por pessoas como todas as outras (ROLIM, 2006, p.187).

No caso, os membros da turba gritam sua indignação porque precisam muito proclamar que aquilo não é com eles. Querem linchar por que é o melhor jeito de esquecer que ontem sacudiram seu bebê para que parasse de chorar, até que ele ficou branco. Ou que, na outra noite, voltaram bêbados para casa e não se lembram em quem bateram [...] (CALIGARIS, 2008).

As considerações acerca dos elementos da própria natureza humana são absolutamente essenciais para compreendermos o porquê do desejo de vingança em crimes violentos. Mas não podemos desconsiderar aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais. Queremos nos vingar não só devido às nossas predisposições mortíferas, mas também por sermos grandes narcisistas, não suportando qualquer injúria ou humilhação. Um ego ferido é capaz dos mais diversos atos, nobres ou não, para estancar um corte que maculou sua ilusória completude narcísica. A confusão imaginária, outro aspecto do psiquismo humano que se configura como essa inépcia em identificarmos com clareza o que é nosso e o que é do outro, faz com que a crueldade pungida contra o outro, no caso contra João Hélio, Isabella Nardoni e seus respectivos familiares e amigos, seja sentida em nossa própria pele. E, dessa maneira, nos consideramos licenciados a proceder de acordo com nossas próprias leis. A vingança cotidiana passa por cima

da lei institucionalizada. O *vingador*, esse grande narcisista incapaz de elaborar uma injúria, ostenta uma prepotência que, a um só tempo, legitima-o plenamente e justifica o suplício do outro.

4. A mídia e os discursos da vendeta

A punição ideal será transparente ao crime que sanciona; assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga; e para quem sonha o crime, a simples idéia do delito despertará o sinal punitivo [...] assim cada crime virá à luz do dia, e será punido com toda certeza. Mas é preciso, além disso, que os processos não fiquem secretos, que sejam conhecidas por todos as razões pelas quais um acusado foi condenado ou absolvido, e que cada um possa reconhecer as razões de punir [...] (FOULCAULT, 1975/2007, p. 81 e 87).

A mídia brasileira, seja ela impressa, televisiva, rádio-difusão ou mesmo internet, desempenhou um papel crucial no modo como se efetuaram as representações psíquicas individuais sobre os casos João Hélio e Isabella Nardoni. Fácil identificar que a imprensa tem uma atração incontestável pelo novo, pelo original. Ela também demonstra uma robusta estima pelo crime e pela violência. Uma pesquisa realizada por Kahn, e exposta por Marcos Rolim em seu livro *A síndrome da rainha vermelha* (2006), resultou na confecção de um quadro comparativo no qual se deflagra o percentual de notícias criminosas segundo o tipo penal juntamente com a incidência de crimes registrados pela polícia de São Paulo.

DELITO	%FOLHA 97	%FOLHA 98	%JB 97	%JB 98	%CRIMES SP
Furto	2,7	4,8	3	2,9	45,6
Lesão corporal	3,9	2,7	4,6	2,3	27,3
Roubo	24,7	27,6	27,3	31,5	23,7
Homicídio	41,5	38,1	41,5	43,9	1,7
Tráfico	9,5	10,5	14,3	13,1	1
Estupro	6,4	5,3	6,2	3,5	0,4
Seqüestro	10,6	10,5	2,5	2,2	0,0001

Jornais pesquisados nos anos de 1997 e 1998: Folha de São Paulo e Jornal do Brasil.

Como pode ser observado, o homicídio, um dos tipos penais com menores incidências entre os crimes paulistanos, é o delito que recebe maior destaque entre duas das mais respeitadas mídias impressas brasileiras. Tal pesquisa corrobora o fato de que a mídia

possui um fascínio particularmente forte por crimes violentos, em especial pelos crimes de homicídio. Outra pesquisa realizada por Peel (2004), também presente no livro de Rolim, avaliou a cobertura dos casos de homicídio na Inglaterra e no País de Gales, entre os anos de 1993 e 1997, em três jornais nacionais (*The Times*, *The Mail*, *The Mirror*). A pesquisa trouxe como resultados que há certos aspectos da prática homicida que a tornam mais *noticiável*. Um desses aspectos diz respeito ao fato de que homicídios de crianças entre quatro e quatorze anos atraem muito a atenção dos leitores.

Os *Casos João Hélio e Isabella Nardoni* conjugaram, simultaneamente, o novo, a violência e o infantil. Dessa maneira, os crimes somaram os fatores mais interessantes para a montagem de uma reportagem, o que tornou a cobertura dos casos um *prato cheio* para os veículos informativos, especialmente para os sensacionalistas.

O fato de a mídia estar elencada dentre os aspectos que fomentaram o anseio vingativo no caso João Hélio sustenta-se na suposição de que ela agrega, em si, “efeitos criminogênicos” (ROLIM, 2006, p.206). A mídia não tem o comprometimento em trazer “à luz do dia” a “punição certa”. Ela não está implicada com a transparência, com a sinalização das consequências punitivas. Foucault sublinha o fato de que o que diminui a incidência da criminalidade é a certeza de ser punido. Ora, se a mídia concentra seus esforços na noticição de um crime com todas as suas minúcias, desde as mais superficiais até as mais bárbaras, e, em contrapartida, pretere as ações punitivas exercidas, ela atua, ainda que indiretamente, no aumento das taxas criminais. Ao proceder dessa forma, ela não só envia uma sutil mensagem de impunidade, como também incrementa o ideário de que “O Brasil está perdido!”, ou “Não há justiça neste país!”.

No *Caso João Hélio*, existe uma diferença abissal entre o que foi noticiado acerca dos detalhes do crime e o que foi noticiado no tocante à punição dos cinco jovens. Para pesquisa que gerou este artigo, utilizamos o *site Folha Online* (www.folha.uol.com.br) como uma ferramenta para resgatar todas as matérias escritas sobre o caso neste veículo. Notamos que o relato do crime, a abordagem de detalhes do mesmo e, principalmente, as discussões no âmbito legislativo que ele suscitou são os aspectos mais evidenciados nas reportagens. Tais aspectos somaram algo em torno de 864 linhas de notícia, enquanto a enunciação das medidas punitivas concernentes ao referido crime agregou apenas 121 linhas. A notícia, de 31/01/2008, que, de certo modo, encerra o caso (“*Juntos, acusados por morte de João Hélio são condenados a 167 anos de prisão*”), uma vez que contém a sentença final, possui apenas 20 linhas.

Além de tal discrepância, podemos observar, de modo nítido, que existem muito mais elementos midiáticos chamativos na elaboração daquelas reportagens sobre o crime em si. Tais matérias foram privilegiadas pela posição que assumem no corpo de jornal ou revista, pelas manchetes, pelo número de fotografias e pela presença de esquemas explicativos; recursos tais que, incontestavelmente, capturam mais a atenção dos leitores.

Dessa maneira, nota-se que a abordagem midiática do crime João Hélio valorizou sobremaneira os detalhes da ação criminoso e as discussões por ele suscitadas. Nesse caso, os destaques tornaram-se a discussão da maioria penal e a implantação de projetos de lei antiviolação. É claro que uma melhor tratativa legislativa da questão criminal seria indispensável. No entanto, a ênfase que deveria ser dada pela mídia à pena se perde, torna-se algo menor entre tantas outras questões. Assim, se a imprensa não confere um destaque às medidas punitivas de uma dada infração, a sociedade é levada a crer que nada foi feito. E essa *impressão* de impunidade torna-se uma *verdade* que frutifica o desejo pela vingança. É preciso que o jornalismo como um todo reestruture a abordagem que é feita diante de crimes violentos: que se faça a notificação desses, mas que também fique bastante clara a punição (ou a sua demora, falta, impunidade, etc.) eventualmente engendrada.

5. Conclusão

A existência de uma representação coletiva que clama pela volta dos suplícios é patente em casos em que a violência criminoso encontra-se associada a fatores como a novidade e o infantil. Percebemos, sempre que algum desses tristes episódios chega à mídia, que diversas pessoas externam posições que implicam que a medida adequada para a situação específica seria a inflicção de mal maior (ou mesmo equivalente), seguindo-se o supostamente já extinto sistema dos suplícios.

Mais importante que a mera crítica às pessoas que pensam dessa maneira, cabe a pergunta do motivo de tal posicionamento, em pleno século XXI, manter-se não apenas existente, mas verdadeiramente atual e atraente.

Como primeira tentativa de abordagem desse problema complexo, buscamos apontar que a verdadeira essência humana, que sempre intentamos acobertar por uma roupagem de racionalismo lógico, é extremamente influenciada por ímpetos violentos e agressivos que podem ser considerados como que remontantes à nossa evolução natural. Dessa feita, não é surpreendente que um pai que teve seu filho assassinado tenha ímpetos vingativos e agressivos, sendo um aspecto muito mais natural do que propriamente apto a ser valorizado negativamente.

Tais características inatas a todo e qualquer ser humano podem, em determinada sociedade, ser estimuladas por um conjunto (des)harmônico de circunstâncias sociais, como o não-funcionamento adequado do sistema criminal, a impunidade, o anacronismo legislativo e, em especial, pelo papel da mídia. Interessante notar, nos casos paradigmáticos tomados no presente artigo (*Caso João Hélio e Caso Izabela Nardoni*), que o papel da mídia foi decisivo não apenas na função proveitosa de explicitar falhas evidentes em nosso sistema criminal, mas também, de forma perniciosa, como propagador de um sentimento vazio de retaliação, na busca, pura e simplesmente, de maiores índices de audiência, sem qualquer preocupação ética.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO, Marcelo Cunha de; CARVALHO, Ana Cecília; SANTOS, Maria Josefina Medeiros, *et al.* A metapsicologia freudiana da vingança e o Direito Penal - uma interseção reveladora dos fundamentos necessários de uma teoria do crime adequada. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9. p. 109-142. jul./dez. 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Brasília: UnB, 2001.

BLEICHMAR, Hugo. *O narcisismo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987.

CALLIGARIS, Contardo. A turba do pega e lincha. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 24 abr. 2008. Ilustrada.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FREUD, Sigmund. *Edições Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud*. [ESB] Rio de Janeiro: Imago, 1976.

PLATÃO. *Las leyes*. Madrid: Alianza Editorial, 2002. 619 p. (Biblioteca temática. Clásicos de Grecia y Roma; BT 8253).

ROLIM, Marcos. *A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

4.3 ATOS DE FALA, ATOS INDIRETOS E A ARTE DE DIZER NÃO DIZENDO

IVONE RIBEIRO SILVA

Técnica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Revisão
Pós-graduada em Leitura e Produção de Textos
Mestre em Linguística pela UFMG

RESUMO: Este texto apresenta uma reflexão sobre a prática da linguagem do ponto de vista da Teoria dos Atos de Fala, concebida por Austin. Nessa perspectiva, a função da linguagem não é apenas representar o mundo. É, principalmente, uma forma de agir sobre o mundo que implica efeitos, transformações e mudanças.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Atos de Fala; prática da linguagem; interação social.

ABSTRACT: This paper presents a reflection on the language practice from the point of view of Austin's Theory of Speech Acts. From this perspective, the role of the language is not only to represent the world, but most importantly, a way to act in the world, producing effects, transformations and changes onto it.

KEY WORDS: Theory of Speech Acts; language practice; social interaction.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. A Teoria dos atos de fala – uma brevíssima descrição. 3. Atos de fala indiretos e a arte de dizer não dizendo. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Teoria dos Atos de Fala – TAF surgiu no âmbito dos estudos da Filosofia Analítica, movimento do qual fizeram parte autores como Ryle, Austin e Strawson e que inaugurou uma nova forma de pensar a linguagem. Esses autores, seguindo os pressupostos de G. E. Moore e Wittgenstein, direcionaram seus estudos para a *linguagem de uso*, ou seja, para as manifestações lingüísticas produzidas por indivíduos concretos em situações concretas. Nesse contexto, a linguagem é entendida como meio de interação social, possibilitando aos membros de uma sociedade a prática dos mais diversos tipos de atos (ordem, promessa, pedido, etc.) que exigem, em contrapartida, as mais diversas

reações, o que leva ao estabelecimento de vínculos e compromissos anteriormente inexistentes.

A obra *How to do things with words*, reunião de uma série de conferências proferidas por Austin, vem sistematizar a TAF, trazendo já em seu título a síntese da teoria: fazer coisas (atos) com palavras (fala). O objeto de estudo dessa teoria são, portanto, as diversas ações humanas que se realizam por meio da linguagem: os atos de fala, atos de discurso ou, ainda, atos de linguagem.

Neste texto, após traçar uma breve descrição da TAF, pretendemos abordar o tema dos *atos indiretos*, conceituando-os e exemplificando-os por meio de frases publicadas na imprensa brasileira.

2. A Teoria dos Atos de Fala – uma brevíssima descrição

A fim de tentarmos entender a capacidade que tem o ser humano de interagir socialmente por meio da linguagem, das mais diversas formas e com os mais diversos propósitos e resultados, é necessário estabelecermos o significado de *ato de fala*. Convém inicialmente atentarmos para o fato de que, na interação, o ato de fala é um conceito distinto da *sentença*, já que esta é identificável apenas no âmbito gramatical, enquanto aquele depende de níveis da linguagem, tais como convenções, entonações, posições tomadas numa troca conversacional e relações sociais existentes entre as partes.

Para que um *ato* seja considerado de *fala*, é necessário proferir-se um *enunciado* lingüístico o qual terá uma certa *força* capaz de produzir no interlocutor determinados *efeitos*. Ainda que, em certas situações, possamos considerar que o silêncio é eloquente, não existe ato de fala sem a proferição de um *enunciado*. Se alguém diz que *quem cala, consente*, é porque antes desse calar já existiu um enunciado que pressupunha como resposta um consentimento. Para entendermos, no entanto, o sentido de um enunciado teremos necessariamente que nos recorrer a Benveniste e a sua teoria sobre a *enunciação*: o sentido do que se diz depende do momento (e das condições que caracterizam esse momento) em que se diz.

Assim, o enunciado *Um gato!* irá adquirir sentidos diversos quando pronunciado em enunciações diversas:

(1) “Um gato!”

[animal]

[beleza]

[conexão clandestina]

Poderíamos imaginar desta forma tais enunciações:

Eão1: Loc: “Quem te arranhou?”

Aloc: “*Um gato!*”

Eão2: Loc: “O que você achou do novo colega?”

Aloc: “Um gato!”

Eão3: Loc: “O que você fez para levar energia elétrica para sua casa?”

Aloc: “Um gato!”

Além da presença de um enunciado, faz-se imprescindível, agindo sobre ele, a presença de uma *força ilocutória*, na qual se encontra a intenção do falante de produzir um certo efeito em seu interlocutor. Para Vanderveken (1985), cada força ilocucional de divide em cinco componentes: um ponto ilocucional, um modo de realização desse ponto, um conteúdo proposicional, condições de preparação e condições de sinceridade. Na página seguinte, mostraremos um quadro que sintetiza esses cinco componentes.

Força ilocucional primitiva	Ponto (π)	Modo de realização (μ)	Condições de conteúdo proposicional (θ)	Condições preparatórias (Σ)	Condições de sinceridade (ψ)	Marca
Asserção	Assertivo	Testemunho Afirmação Conjectura Predição ...	Nenhuma	O falante tem razões para crer na verdade do conteúdo proposicional.	O falante crê na verdade do conteúdo proposicional.	Modo indicativo.
Comissão	Comissivo	Intenção Desejo Promessa Recusa ...	O conteúdo proposicional representa uma ação futura do falante.	O falante é capaz de realizar tal ação.	O falante pretende realizar a ação.	Não há no português. É indireto. Pode-se usar um performativo.
Direção	Diretivo	Ordem Pedido Súplica ...	O conteúdo proposicional representa uma ação futura do ouvinte.	O ouvinte é capaz de realizar tal ação.	O falante quer ou deseja que o ouvinte realize a ação.	Modo imperativo.
Declaração	Declarativo	Definição Designação Decretação ...	Nenhuma	O falante é capaz de produzir o estado de coisas representado pelo conteúdo proposicional da enunciação.	O falante crê que produz tal estado de coisas e que ele deseja produzi-lo.	Modo indicativo de sentenças performativas.
Expressão	Expressivo	Saudação Xingamento Denúncia ...	Nenhuma	Nenhuma ¹	Nenhuma	Não há.

¹ Em determinadas ocasiões, o ponto expressivo pode exigir condições preparatórias. No caso de um cumprimento – por exemplo “ – Bom dia!” – depende de ser dia.

Com esse quadro, estabelece-se a possibilidade de generalização dos atos de linguagem. Assim, ao falar/agir, o enunciador parte de um certo ponto – que diz respeito ao que ele pretende realizar – e concretiza o ato de um certo modo, sempre sob condições preparatórias e de sinceridade. É importante observar, ainda, que a realização de um ato implicará um ajuste entre realidade e linguagem: ora a linguagem constrói a realidade, ora a realidade determina a linguagem. Como exemplo, utilizaremos a seguinte frase dita pelo procurador Luiz Francisco de Souza, quando foi denunciado pelo Ministério Público Federal, acusado de quebra de sigilo no caso da gravação de sua conversa com o então senador Antônio Carlos Magalhães: (2) “Se eu for condenado, levo comigo mais de 80% do Ministério Público”. (Folha de S. Paulo, 08.08.01).

Nesse caso, houve o proferimento de um ato que é comissivo e cujo modo de realização é a ameaça, a ser realizada no tempo futuro (condição do conteúdo proposicional). Visto que se trata de uma enunciação que pressupõe uma ação futura, a ameaça implica um ajustamento do mundo pela palavra. Quanto às condições preparatórias, por também pertencer ao Ministério Público Federal, seria permitido ao procurador Luiz Francisco cumprir a ameaça feita. Em relação às condições de sinceridade, algumas dificuldades de análise se apresentam. Primeiramente, porque tais condições têm a ver com o estado mental do falante; em segundo lugar, porque não possuem um marcador lingüístico. Por último, porque “[...] trazem para a interação verbal uma dimensão ético-moral que devemos supor como sendo um fundamento básico nas práticas de linguagem” (MARI, 2001).²

Embora Vanderveken (1985) defenda também a presença de *graus de intensidade* do ponto ilocucional e das condições de sinceridade, deixamos de mencioná-los no quadro demonstrativo, já que tal assunto não nos parece relevante.

Para completar um ato de fala, temos, ainda, de considerar o *efeito* que um enunciado acrescido de uma força provoca no alocutário. Observe-se que nem sempre esse efeito é exatamente aquele que o locutor pretendia.

Temos, dessa forma, aquilo que Austin descreveu como os três níveis de um ato de fala: o locutório, que nada mais é que um conjunto de sons organizados de acordo com as regras da língua (em outras palavras, o *enunciado*); o ilocutório, que é o ato locutório acrescido de uma *força*; e o perlocutório, que é o *efeito* exercido pelo ilocutório.

É importante salientar o fato de que o locutório e o ilocutório são realizações da responsabilidade do locutor, mas o efeito perlocucionário está no âmbito do alocutário. Por isso, muitas vezes a realização de um ato ilocucional cujo ponto é um pedido pode gerar um efeito de ordem, dependendo das posições sociais ocupadas

² As condições de sinceridade parecem-nos estar ligadas às *máximas conversacionais* de Grice, particularmente à máxima da qualidade.

pelos enunciadores. O uso de um performativo – verbo utilizado pelo falante a fim de indicar sua intenção – pode resolver o problema, mas nem todos os enunciados apresentam performativos. Se o locutor não domina o ato perlocutório, poderíamos indagar: como são possíveis, então, as interações sociais mediadas pela linguagem? Elas são possibilitadas pela existência de convenções, lingüísticas e enunciativas, que são do domínio dos co-enunciadores.

Além da obediência a convenções, outro aspecto da interação é a intencionalidade. Muitos ainda são os problemas relacionados a essa questão. Por exemplo, existiriam formas lingüísticas padronizadas que marcam a construção da intencionalidade? Onde o ouvinte está ancorado para perceber as intenções verbais? Qual é o instrumental para se entender o que *não* está no texto? Por ser um terreno ainda pouco familiar, absteremo-nos de discutir esse assunto nos limites deste texto.

3. Atos de fala indiretos e a arte de dizer não dizendo

O ato de fala é considerado direto quando realizado por meio de formas lingüísticas especializadas para tal fim; por exemplo, o uso de um pronome interrogativo numa pergunta. Um ato é indireto quando realizado por meio do empréstimo de recursos de outro tipo de ato. Por exemplo:

(3) *Estou com fome.*

Ato direto [afirmação (sentir fome)]

Ato indireto [pedido (querer comida)].

Para Searle (1995), “[...] tais casos, em que a emissão tem duas forças ilocucionárias, devem ser claramente distinguidos dos casos em que, por exemplo, o falante diz ao ouvinte que quer que ele faça algo; e então o ouvinte o faz porque o falante assim o quer, embora absolutamente nenhum pedido tenha sido feito, significado ou compreendido”.

Cabe, aqui, uma indagação bastante semelhante àquelas que fecharam a segunda parte deste texto: o que faz com que o ouvinte entenda que lhe foi feito um pedido, se nenhuma pergunta lhe foi dirigida?

Novamente nos reportamos a Searle (1995) para elucidar o problema. As práticas sociais, mesmo quando mediadas por atos indiretos, só são possíveis, primeiramente, porque existem conhecimentos, tanto lingüísticos quanto não lingüísticos, que são partilhados pelos locutores e ouvintes e, em segundo lugar, porque esses

interlocutores possuem capacidade de racionalização e inferência. Acreditamos que aí estejam também as pistas para se encontrar as respostas às indagações sobre intencionalidade.

Para exemplificar, vamos utilizar uma resposta dada pela jovem cantora Wanessa Camargo à revista *Veja* de 26.02.03. Perguntada sobre se seria *uma outra Sandy*, ela respondeu que não e que a frase “Mãe, não sou a Sandy!”, usada por ela, virou um bordão entre as garotas mais independentes. Vejamos :

(4) Mãe, não sou a Sandy!

Ato direto π : assertivo / μ afirmação (esclarecer sua identidade)

Ato indireto π : expressivo / μ afirmação (criticar o modo-de-ser de Sandy)

O reconhecimento da intenção de Wanessa Camargo, ao proferir a frase, só é possível por meio da existência de um conhecimento seu que a cantora sabe que é compartilhado pelo leitor: a identificação de Sandy como o protótipo da moça bem comportada.

Em geral, os atos indiretos são *traduzidos* pelo ouvinte a partir do momento em que são submetidos a um conjunto de convenções. Portanto, o ato expressivo (5) “Que palhaçada!” dificilmente teria um efeito perlocutório que não fosse o de crítica negativa. Isso porque *palhaçada* é uma palavra que possui em nossa língua um significado negativo já convencionalizado. Frases como (6) “Recebo muitas cantadas, mas já estou vacinada.” e (7) “Outro dia fui cumprimentar um cantor depois do show dele e recebi uma gelada.” (Wanessa Camargo, *Veja*) não oferecem dificuldade de entendimento, pois apresentam expressões idiomatizadas – no dizer de Searle (1995) que são de domínio geral.

Parecem-nos mais interessantes, no entanto, aqueles casos em que nenhuma expressão idiomática ou idiomatizada se faz presente, todas as palavras são usadas em sentido literal e, mesmo assim, o ouvinte sabe que deve *traduzir* seu significado. Pretendemos propor aqui uma forma de análise que nos permita entender melhor esse processo de *tradução*.

Tomemos como exemplo a seguinte frase, dita por Paulo Roberto Uchôa, em dezembro de 2001, quando era Secretário Nacional Antidrogas: “Fumar maconha não é crime. (Folha de S. Paulo, 19/12/01). Ao enunciar que *maconha não é crime*, o enunciário contraria um estado de coisas no mundo, a legislação brasileira, que estabelece:

LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976.

Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

O **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

.....
.....

Das penalidades

Art. 16. *Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. (grifo nosso).

Desconsiderando a idéia de que um secretário nacional antidrogas não conheça a legislação sobre o assunto, poderíamos inferir que Paulo Uchôa proferiu um ato direto (π : declarativo/ μ : definição) mas, apesar de pertencer a uma instituição, o Secretário não possui o poder de modificar o estado de coisas no mundo. Portanto, seu ato de fala, não respeitando as condições preparatórias e de sinceridade, não teria obtido sucesso.

No entanto, ninguém imaginaria que o Secretário estaria, com tal frase, mudando as leis do país e nem o secretário a enunciaria se não tivesse certeza de que ninguém poderia entender isso.

Novamente, é o conhecimento de mundo partilhado³ entre locutor e alocutário, aliado à capacidade de racionalização e inferência, que afasta qualquer mal-entendido: o locutor diz que fumar maconha *não* é crime, mas o alocutário sabe que fumar maconha é crime e sabe que o locutor também sabe disso. Ademais, conhecendo seu interlocutor, o alocutário sabe que ele não tem o poder de decretar que fumar maconha não é crime. Por outro lado, ao enunciar que fumar maconha não é crime, o Secretário *não produz (ou modifica) um estado de coisas no mundo* – ou seja, fumar maconha continua sendo crime, mesmo depois do que o secretário disse. Portanto, o ato não pode ser declarativo, pois não produz um estado de coisas no mundo. Mas, ao dizer que fumar

³ A expressão *conhecimento de mundo partilhado* é usada aqui em um sentido aproximado da noção de *contrato* de Charaudeau.

maconha não é crime, o Secretário posicionou-se perante um estado de coisas – o fato de que fumar maconha é crime – negando-o. Logo, o ato de fala do secretário é um ato indireto (π : expressivo / μ : definição), pois, mesmo diante de uma declaração feita por meio de uma definição, o alocutário sabe que o locutor expressou uma posição perante um estado de coisas no mundo: (eu acho que) *Fumar maconha não é crime*.

Esse raciocínio pode ser comprovado pela discussão causada pela frase na ocasião em que foi proferida. A estranheza não ocorreu por ser ela a decretação de uma nova lei, mas por ser a *opinião* de uma autoridade em favor da legalização do uso da maconha.

Nossa hipótese é de que o processo de *tradução* de um ato direto para um ato indireto ocorre por meio de um raciocínio lógico-dedutivo do qual o ouvinte lança mão e para o qual ele necessita de acionar seus conhecimentos de mundo partilhados com o locutor.

4. Conclusões

Quando rejeitamos a concepção de língua como código e adotamos a idéia do *ato de fala*, estamos também assumindo uma responsabilidade que é inerente ao ser humano: a de agir sobre o mundo por meio da palavra.

A Teoria dos Atos de Fala, desde o seu surgimento, tem sido alvo de algumas críticas: de ser unilateral, por centrar-se no locutor; de só considerar enunciados isolados, fora de contexto; de não levar em conta seqüências maiores de enunciados ou textos, etc. Apesar da procedência de parte dessas críticas, temos a favor da TAF que ela é um instrumental bastante interessante e eficiente para se analisar o processo em que se dão as interações humanas e, em consequência, a responsabilidade do homem sobre suas próprias ações.

Tal análise leva-nos a questionar alguns conceitos, como os de *ato falho* ou *mal-entendido*, que são na verdade justificativas para certas ações cotidianas não planejadas, cujos efeitos perlocutórios escaparam do controle do locutor. Além disso, a teoria tem sido largamente utilizada no estudo dos atos de fala proferidos em determinados domínios discursivos, como a publicidade, o jornalismo e a política. Por meio da TAF, entendemos, por exemplo, que um presidente da república está desautorizado a pedir ao povo que “Esqueçam o que eu escrevi”, já que se trata de um ato diretivo fadado ao fracasso por não respeitar suas condições preparatórias.

Austin (1990) e seus seguidores nos obrigaram a reconhecer que somos eternamente responsáveis por aquilo que falamos (e escrevemos).

5. Referências bibliográficas

AUSTIN, John L. *Quando dizer é fazer*: palavras e ação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BENVENISTE, Émile. *Problemas de lingüística geral II*. Campinas: Pontes, 1989.

MARI, Hugo. Atos de fala: notas sobre origens, fundamentos e estrutura. In: MACHADO, Ida L. et al. (Org.). *Análise do discurso*: fundamentos e práticas. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

SEARLE, John R. *Expressão e significado*: estudos das teorias dos atos da fala. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

VANDERVEKEN, D. O que é uma força ilocucional? In: *Cadernos de Estudos Lingüísticos*, Campinas, IEL-UNICAMP, n. 9, 1985.

SEÇÃO II - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

SUBSEÇÃO I - DIREITO PENAL

1. ARTIGOS

1.1 AINDA E SEMPRE O NEXO CAUSAL

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça

Professor nas Faculdades Integradas Vianna Júnior, em Juiz de Fora

Mestre em Direito – UGF/RJ

PALAVRAS-CHAVE: nexo causal; imputação causal; subsunção; conhecimento nomológico.

ABSTRACT: The present article is concerning the causal relation with the approach of subsumption under scientific laws (universal and statistical laws), aiming at improving the model of causal relation in legal liability according to the causal laws and the nomological knowledge, as an objective criteria of assessment of the relation amongst concrete events criminally relevant. One deals with the autonomous causal series, the impossible crime, the omission criminally relevant, and the act of God. Besides, one also makes considerations about the level of frequency that a coverage law should have in order to achieve certain results. At last, there is an approach about the mathematical proof in criminal procedure.

KEY WORDS: causal relation; causal relation in legal liability; subsumption; nomological knowledge.

SUMÁRIO: 1. Causalidade e conhecimento nomológico. 2. Séries causais autônomas: causas supervenientes relativamente independentes. 3. O crime impossível. 4. A omissão penalmente relevante. 5. Da causalidade em geral: luz e trevas na teoria da imputação objetiva. 6. Caso fortuito e força maior. 7. Novas perspectivas sobre o nexo causal. 8. Referências bibliográficas.

1. Causalidade e conhecimento nomológico¹

O nexo causal é um requisito da tipicidade penal, nos crimes materiais e nos de perigo concreto: a quem cumpre ditar as regras sobre o processo causal? A teoria da *conditio sine qua non* propugna pelo processo de eliminação mental: se *imaginamos* que, sem a conduta, o resultado não ocorreria, a conduta é causal; se *imaginamos* que a conduta não existiu e o resultado, ainda assim, ocorreu, a conduta não é causa do resultado. Essa teoria não explica, com o processo de supressão mental (juízo contra os fatos), o porquê do resultado ou sua ausência. Antes, é preciso que o juiz já saiba que determinada conduta tenha sido a causa daquele específico resultado – ex: *o cianeto é mortal*. A teoria da *conditio*, exigindo o conhecimento das *ações-causa*, exclui a imputação quando entre a conduta e o resultado não haja certeza absoluta, mas, somente, grande probabilidade como no caso da droga talidomida.

A teoria é criticável, ainda, por provocar o *regresso ao infinito* – ex: Tício convida Caio para um jantar em sua casa; no caminho, este é morto por um inimigo. A teoria da *csqn* gera problemas insolúveis no que diz respeito às *causas supervenientes* (art. 13, § 1º, CP). Nos casos de *erro médico* e *acidentes anestésicos*, ocorridos após a conduta inicial, parte da doutrina brasileira acredita que o resultado *majus* deve ser imputado porque se encontra na *mesma linha de desdobramento da conduta* (posição de homogeneidade); outra parte, ao contrário, exclui a imputação.

O critério de imputação ou exclusão de determinados resultados sempre se constituiu em ponto delicado na ciência penal. Ranieri (1968, p. 258) afirmou que o problema da determinação do critério de atribuição do nexo de causalidade compete à doutrina. O Tribunal de Rovereto, em 17 de janeiro de 1969, no caso das *macchie bleu* – manifestações patológicas de caráter cutâneo que acometeu moradores da cidade de Chizzola –, afirmou que:

[...] la realtà è che questo è un Tribunale e non una commissione di studio e che ai fini di un accertamento giudiziale di responsabilità non interessa affatto promuovere ulteriori scoperte scientifiche sul tema. La presente causa è dominata dal fatto. Una volta che le circostanze di questo abbiano ineluttabilmente dimostrato la relazione fra i fumi e le macchie, non vi è più sul piano giuridico alcun interesse a ricercare la precisa natura di tale relazione. (STELLA, 2000, p. 48).

Pela decisão, o modelo de explicação dos acontecimentos concretos – explicação mediante fatos –, assemelha-se ao modelo sob série contínua, notório à filosofia da

¹ Veja Vidal (2004; 2001); Stella (1988, p. 1.217; 2000, p. 329).

história, segundo a qual, o porquê de um acontecimento poderia ser conhecido através da decomposição do evento *bruto* em uma série de subeventos, de modo a obter uma série temporal ordenada de acontecimentos, que compreendemos com exatidão. Sem um parâmetro objetivo, porém, esse raciocínio terminava por incorporar na *intuição do juiz* o único critério para a atribuição causal (CRESPI; STELLA; ZUCALÀ, 1992, p. 111).

No *processo de Vajont*, catástrofe geológica pelo desmoronamento de uma encosta rochosa, em outubro de 1963, a Corte de Apelação de Aachen (CRESPI; STELLA; ZUCALÀ, 1992, p. 111) afirmou que ninguém estaria em grau de explicar por que o desmoronamento ocorreu, “[...] *cionondimeno non si può mininamente dubitare che la frana sia dovuta all’opera dell’uomo*”. Neste e no processo da *talidomida* (AACHEN, 1970), a Corte asseverou que não seria necessária a prova científica de que entre a ingestão do medicamento (*Contergan*) e as malformações fetais havia nexo de causalidade, sendo suficiente o *convencimento subjetivo do juiz* sobre os efeitos teratogênicos do fármaco².

Foi pela obra de Engisch (1931, p. 21), para quem é causal o comportamento do qual derivam algumas modificações do mundo externo, ligadas entre si, em virtude de leis naturais, por uma *relação de sucessão constante* (CRESPI; STELLA; ZUCALÀ, 1992, p. 109), bem como por influxos epistemológicos, pelos quais a noção de causa no pensamento científico deve ser definida como o conjunto de condições empíricas antecedentes das quais depende a ocorrência do mesmo evento, segundo uma *uniformidade regular*, revelada em precedência e enunciada em uma lei (PASQUINELLI apud STELLA, 1998, p. 361), que aquela marcada *carência metodológica* que acometia a ciência jurídica, bem como a falta de meditação dos estudiosos, na reflexão do porquê do evento lesivo e em sua explicação de acordo com as *leis da natureza*, começa a merecer detida reflexão.

O *empirismo lógico*, ligado ao Círculo de Viena (RISIERI, 1957, p. 21), com marcada influência de Carnap (1935), repudiando a metafísica e admitindo a teoria da significação e da verificabilidade (RISIERI, 1957, p. 31), proporcionou o nascimento do modelo nomológico-dedutivo de explicação causal, com o qual a epistemologia contemporânea a identifica (STELLA, 2002). De fato, Carnap (1935, p. 20) o mais destacado representante do positivismo lógico, sustenta que “[...] *las proposiciones metafísicas no son ni verdaderas ni falsas pues no afirman nada; no contienen ni conocimiento ni error pues están completamente fuera del campo del conocimiento, de*

² “[...] *La prova in senso scientifico-naturale non deve essere confusa con la prova di diritto penale, giacché, a voler reputare necessaria la prima – e cioè una certezza che esclude ogni possibilità del contrario – si finirebbe per contrarre in modo eccessivo la possibilità di una prova in senso giuridico, per quest’ultima essendo sufficiente un controllo compiuto con il metodo delle scienze dello spirito, e quindi, in definitiva, la certezza soggettiva del giudice.*” (STELLA, 2000, p. 27).

la teoria, fuera de toda discusión de verdade o falsedad”.

Alguns de seus representantes sustentam que se deve distinguir entre os sentidos débil e forte de verificação: uma proposição é verificável no sentido forte se sua verdade pode ser concludentemente estabelecida pela experiência. Por sua vez, é verificável em sentido débil se podemos determinar, por meio da experiência, “[...] *cierto grado de probabilidad*” (RISIERI, 1957, p. 24)³. Com base nas proposições dos empiristas lógicos e na teoria do conhecimento, foi possível compreender a causalidade jurídico-penal, com base na explicação científica do evento concreto⁴.

Com efeito, a teoria da *csqn* tem aplicação prática em casos de *subitaneidade* entre as ofensas e as lesões: assassinato de alguém e a morte imediata. Nos casos, porém, de ingestão de fármacos e colapso cardíaco; vírus mortais, efeito estufa, quedas de edifícios, doenças profissionais, acidentes do trabalho, danos causados por produtos, atividade médico-cirúrgica, desastres ambientais etc., com exemplos multiplicáveis *ad nauseam*, o *sucesso prático* da *csqn* não ocorre.

Em famoso caso ocorrido na Itália (STELLA, 2000, p. 57), o *perito d’ufficio* Augusto Murri, foi chamado a emitir parecer sobre a morte de uma pessoa, ocorrida em 1884, *por pneumonia aguda*, ocorrida no 11º dia após agressões físicas e morais por um desafeto, caso em que a teoria da *csqn* gerava perplexidades. Dizia ele que se uma telha cai na cabeça da vítima, morrendo esta por hemorragia cerebral, ou se alguém cai da escada, fraturando o fêmur, tanto o filósofo quanto o analfabeto diriam que a queda da telha, ou da vítima, foram a causa dos ferimentos. Quando se pergunta, porém, se foi a ingestão da talidomida a causa das malformações fetais ocorridas durante a gravidez da genitora, não há resposta imediata.

Na obra de Stella (2000), o estudioso retorna ao tema, tratando de problemas epistemológicos ligados às ciências da natureza, revolvendo uma afirmação de Engisch (1931, p. 21): “[...] o conceito de causa penalmente relevante, coincide com o conceito de causa próprio das ciências naturais”. Parte o luminar do direito italiano

³ Para uma síntese das principais teses da epistemologia neo-positivista, *vide* Macedo (1973, p. 291-300): 1. o sentido da proposição consiste no método de sua verificação: uma proposição desacompanhada do método de sua verificação não tem sentido. Esse é o caso da maioria das proposições metafísicas; 2. A unidade da ciência: sendo ela uma linguagem, é uma só, em oposição à escolástica, defensora da multiplicidade de ciências, especificadas por objetos distintos geradores de hábitos específicos; 3. A emotividade do ético: quando se enuncia um juízo de valor, não se inova na função da linguagem, mas numa forma disfarçada de exprimir uma realidade – o desejo; 4. A ciência é a única forma válida de conhecimento.

⁴ O *deficit* dogmático até então perdurante, devia-se, na Itália, a uma carência de meditação teórica: os autores que se ocuparam do tema não sentiram a necessidade de refletir sobre o óbvio relevo que se não se conhece, com o auxílio da experiência, o porquê do evento lesivo, tampouco se estaria em grau de estabelecer, com o procedimento de eliminação mental, se a um certo antecedente competia ou não a qualificação de condição necessária (STELLA, 2000, p. 16-17).

da constatação de que o conceito de causa em direito penal há de ser diverso daquele utilizado pelas ciências da natureza, isso pelo preciso escopo das ciências penais. Trata-se de atender a uma *exigência do próprio ordenamento jurídico*. O juiz penal, assim, deve responder à seguinte indagação: o evento concreto é ou não obra de um homem?⁵

A tarefa de explicação do processo causal cabe às *leis da natureza como instrumento operativo* do juiz penal, que não está em condições de estabelecer, *motu proprio*, regras sobre a causalidade. O problema do nexo causal apresenta-se como um *problema de conhecimento e descoberta científica*, tratando-se de uma questão sempre em aberto, sujeita ao progresso da ciência. *O juiz, assim, é um consumidor e não produtor de leis causais*.

O *critério objetivo*, que afasta o livre convencimento do juiz, é dado pelas *leis científicas*, no sentido nomológico-dedutivo ou nomológico probabilístico. São, sob o ponto de vista epistemológico, as denominadas *leis de cobertura geral*. Essas *leis científicas* desempenham uma *tarefa instrumental* no juízo de imputação. Uma lei científica é uma *hipótese*, uma afirmação, que permite a *explicação* e *previsão* de acontecimentos. Deve satisfazer aos seguintes requisitos: *generalidade*, aplicação a todos os casos experimentados e observados, *controle crítico*, implicações experimentais onde for possível, e *alto grau de confirmação indutiva*. As leis que atendem a estes requisitos são: universais ou estatísticas. *Universais* são as leis capazes de afirmar que a verificação de um evento é *invariavelmente* acompanhada da verificação de outro evento, como por exemplo: aquecendo-se uma barra de ferro, esta se dilata; lei da gravidade; separando-se duas barras de ferro imantadas em duas partes, estas permanecem magnetizadas; o vapor d'água condensa-se toda vez que em contato com uma superfície suficientemente fresca; o gás contido numa carga de picrato de potássio detona, quando submetido a estímulo explosivo adequado; se uma centelha passa por meio de uma mescla de hidrogênio e oxigênio, esses gases se decompõem, formando a água; lei da distribuição da energia, de Maxuel e Bollsman: o calor transmite-se dos corpos mais quentes para os mais frios. Essas leis não são desmentidas por exceções. São *estatísticas* as leis causais que afirmam que um evento é *regularmente* seguido por outro: quando se lançam repetidas vezes um dado simétrico a probabilidade que este mostre uma determinada face é de 1 a 6⁶. Igualmente, submetem-se a controle crítico; são gerais, possuindo, também, um alto grau de credibilidade.

⁵ No campo da *omissão*, p. ex., ela encontra-se juridicamente equiparada ao agir positivo e pode ser imputada ao omitente, muito embora, segundo uma lei da natureza *ex nihilo nihil fiat*.

⁶ Essas leis aplicam-se ao processo penal, pela escassez de leis universais conhecidas e pela presença de tipos penais que somente são por elas explicados. Há campos do direito penal infestados com problemas de biologia, fisiologia, neurologia. Aplica-se, assim, a regra *coeteris paribus*.

Portanto, é causal a conduta, quando, sem ela, o resultado não se teria verificado, com grande probabilidade – exemplos: exposição ao sarampo e contágio; fumo e tumor pulmonar; câncer e exposição ao Raio-X, ou à radiação nuclear; desabamento de um edifício e a explicação da queda por leis da geologia; utilização de medicamento e morte; talidomida e malformações fetais; pó formaldeído e emissão de gases de uma fábrica de alumínio e infecção do operariado. Por consequência, o juiz não está livre para aceitar hipóteses causais que se encontrem em relação de incompatibilidade com as asserções do conhecimento científico; por outro lado, não pode negar valor àquilo que a ciência haja afirmado, indutivamente, ser condição de determinado evento.

Com base nesses sólidos e agudos conhecimentos, as *questões causais* nos paradigmáticos processos da *talidomida*, do *desastre de Vajont* e das *Macchie bleu* podem ser sintetizadas e compreendidas. No *processo da talidomida*, a disputa entre acusação e defesa se resumia ao seguinte: 1. é certo que em alto percentual de casos, a ingestão da talidomida no período crítico da gravidez, é seguida da malformação fetal; 2. não é certo que a talidomida tenha propriedades teratogênicas: não todas as genitoras que ingeriram a substância, durante a gravidez, pariram filhos deformados; 2.1. as malformações podem ser ocasionadas por outros fatores, radiação, tentativa de aborto etc., além do que não se conhece o complicado mecanismo da ação da talidomida.

O Tribunal, no julgamento do caso, afirmou que a prova da causalidade no direito penal não deve ser confundida com a prova em sentido científico-natural, sendo suficiente um controle baseado no método das *ciências do espírito*, ou seja, com a *certeza subjetiva do juiz*. Portanto, o juiz penal estava elevado à categoria de *produtor de leis causais*.

A teratogeneticidade do medicamento (*Contergan*) podia e pode ser comprovada pela embriologia: antes do seu aparecimento (1959) a ciência já havia chegado a resultados que indicavam ser plausível a idéia de que a subministração de qualquer fármaco durante a gravidez poderia ter efeito teratogênico. De outro lado, implicações experimentais anteriores haviam confirmado a probabilidade da penetração do composto através de membranas celulares. Experimentos feitos sobre animais, exposição de embriões à substância e ingestão oral, produziram efeitos similares às deformações humanas. Na literatura médica anterior, era fato aceito que a embriopatia causada pela talidomida era efeito de uma substância tóxica externa ao organismo. Em outra parte do hemisfério, ou seja, na Austrália, ocorreram casos de focomélia, após a subministração do fármaco *distaval*, nome comercial da talidomida no *Commonwealth*. Igualmente, em 1961, casos da síndrome apareceram na Inglaterra: de dez casos observados pelo médico A. L. Speirs, oito genitoras haviam tomado o medicamento durante a gravidez. Após isso, a relação entre a talidomida e neonatos malformados torna-se um fato adquirido,

reconhecido pelos cientistas e autoridades responsáveis pelo controle de fármacos em todos os países desenvolvidos (STELLA, 2000, p. 185-197).

No *processo de Vajont* - desmoronamento de uma bacia aquífera, ocorrido em 04.11.1960 –, a apuração do nexo causal, entre a ocupação e esvaziamento de uma depressão geológica e o desmoronamento sucessivo, com morte de milhares de pessoas, a Corte alemã afirmou que “[...] o nexo causal é uma relação entre duas ordens de fenômenos, isto é, entre tipos de fatos que produzem modificação no mundo externo e que o intelecto humano identifica com a constante sucessão de um tipo a outro, portanto, uma relação de regularidade na sucessão de eventos” (STELLA, 2000, p. 41).

Reconhecendo, ainda, que, embora sem conhecimento de alguma lei causal relativa ao fenômeno, estava fora de discussão que entre as causas do evento ocorria a intervenção do homem. Portanto, nesse processo, o *livre convencimento* poderia motivar a subsistência do nexo causal entre conduta, invasão de uma depressão geológica com água, e evento, desmoronamento com mortes. Nesse sugestivo julgamento, entretanto, a explicação do fenômeno e a afirmação do nexo causal deveriam ser constituídas pelo emprego de uma lei causal do seguinte tipo: *a infiltração de água em material rochoso de certo tipo é regularmente seguida de desmoronamento*. Não obstante a ausência de adequada explicação do ‘porquê’ do evento, a causalidade foi afirmada com base na *intuição* dos juízes.

No processo das manchas azuis (*macchie bleu*), manifestações mórbidas cutâneas de caráter epidemiológico que se suspeitava provenientes da emissão de fumaça de uma fábrica de alumínio, situada na cidade de Chizzola, julgado pelo Tribunal de Rovereto, em 17 de janeiro de 1969, a corte prolatou sentença condenatória com o seguinte fundamento:

[...] a prova jurídica da relação de causalidade está no próprio fato, de modo que qualquer cognição técnico-científica torna-se difícil e complexa, configurando-se supérflua. A realidade é que este é um tribunal e não uma comissão de estudo e que ao fim de um acerto judicial da responsabilidade não interessa, absolutamente, promover ulteriores descobertas científicas sobre o tema.

Os fatos considerados eram: a) enormidade numérica dos casos de *macchie bleu*, ou seja, o caráter epidêmico das nódos cutâneas nas proximidades da exploração da fábrica de alumínio; b) coincidência com danos a culturas; c) o afastamento dos moradores e pacientes da região, provocava a sua pronta recuperação. A explicação do porquê do fenômeno, a dano dos habitantes, entretanto, poderia ser obtida com

a explicação de que os efluentes eram constituídos de um conjunto de substâncias químicas, dentre das quais existiam algumas que penetrando no organismo humano, provocavam manifestações mórbidas. Na decisão, os juízes se abstiveram de dar a explicação do fenômeno, afirmando, porém, que a prova da causalidade poderia ser dada pelos próprios fatos, *juízo fatual*.

O problema a ser resolvido estava na individualização de qual, dentre as centenas de substâncias químicas (óxido de carbono, óxido de azoto, hidrocarburetos e oxidantes fotoquímicos, óxido de enxofre etc.) contidas nos gases expelidos pelo estabelecimento industrial situado em Chizzola era responsável pelas manifestações cutâneas de que padeciam os moradores da vizinhança (STELLA, 2000, p. 212-213).

Diversamente da fundamentação do tribunal, a individualização causal, com base na química ambiental, poderia ser obtida com a aplicação da seguinte *hipótese explicativa*: as substâncias químicas óxido de carbono e de azoto produzidos pela fundição são responsáveis pelos danos produzidos na população e plantações e se verificam nas zonas onde existem estabelecimentos de produção de ácido nítrico. Tal asserção, efeitos tóxicos do óxido de carbono sobre o organismo humano, resultava confirmada por controles empíricos deduzidos de leis relativas à reação entre *óxido de carbono e hemoglobina*⁷.

2. Séries causais autônomas (causas supervenientes relativamente independentes)

No caso das *causas supervenientes relativamente independentes* que, por si só, produziram o resultado, exclui-se a imputação (art. 13, § 1º, do Código Penal brasileiro). Costuma-se exemplificá-las com o comuníssimo caso do ferido que, levado ao hospital, morre por incêndio aí ocorrido, ou com outras hipóteses, mais elaboradas: Tício é ferido por Caio, que morre no hospital em virtude de uma forte *gripe*; ferido, Caio morre por força de um *desabamento*, do qual não consegue subtrair-se; ferido o barqueiro, este não consegue manobrar o barco numa tempestade, morrendo *afogado*; Tício ministra veneno a Caio: antes que o mesmo faça efeito, este morre em virtude de um *infarto*; o paciente morre no hospital por *erro médico*; C cede heroína a D que morre em virtude de uma *overdose*.

O art. 13, § 1º, do CP tem a função de *temperar* a rigor da teoria da *conditio* nos casos em que não haja uma *sucessão normal de acontecimentos*. Não há, porém, um corretivo à causalidade natural, mas, sob o ponto de vista normativo, a delimitação de algumas condições para o juízo de imputação. A causalidade não pode ser devida a uma outra condição qualquer que não seja consequência do comportamento do autor e, nesses casos, não se constitui em obra sua. O comportamento do agente, muito

⁷ Cf. STOKER; SEAGER apud STELLA, 2000, p. 210, nota 112.

provavelmente, ou com certeza absoluta, não é causa do resultado.

Imputar causalmente um evento significa dizer que a conduta do agente é, com probabilidade próxima à certeza, a causa do resultado, e, mais que isso, que não houve a interferência de um outro processo causal, diverso do comportamento do agente. Esse comportamento, assim, deve ser a causa do resultado; além disso, é necessário que não haja interferido processos causais estranhos a ele. É comum a consideração, em doutrina, de que as *causas supervenientes* se constituem em *séries ocasionais*, que devem ser excluídas pela superveniência de um *fator excepcional*. Nesse caso, há o retorno à *causalidade humana* (ANTOLISEI, 1991, p. 214). Por ela, há dois requisitos para a imputação causal: o positivo, consistente na ação humana que tenha colocado em curso uma condição do evento e outro negativo, ou seja, que o evento não tenha sido devido ao concurso de *fatores excepcionais*.

Excluindo, entretanto, a imputação pela imprevisibilidade dos acontecimentos, tal teoria confunde *causalidade e culpa*. Causas supervenientes, entretanto, são *séries causais autônomas*. Constituem-se elas no conjunto de condições empíricas das quais, segundo uma regularidade anunciada por uma lei universal ou estatística, resulta o evento a explicar-se.

Nos casos de *erro médico*, a imputação é excluída porque ela é a *causa* do resultado a ser imputado. A morte do paciente, segundo a melhor experiência, foi ocasionada pela *conduta ilícita de outrem*. Deve-se, ainda, excluir a imputação nos casos de incêndio no hospital; morte por relâmpago; avalanche; tempestade; ato de um louco; infecção tetânica; embolia pulmonar; efeitos anestésicos; erro de diagnóstico e comportamento ilícito da própria vítima, v.g., o ferido não se submete ao tratamento prescrito, voluntariamente submetendo-se ao risco de infecções ou da sua própria morte, princípio da auto-responsabilidade.

Nos casos de *lesões corporais e morte por broncopneumonia* imputa-se o resultado *majus*. Os pacientes e convalescentes sujeitam-se a infecções dos brônquios, sendo a moléstia constante em organismos debilitados, pela predisposição a ela como, por exemplo, fratura de crânio e região torácica, com superveniência de broncopneumonia: ocorre *frequência estatística* suficiente para a imputação, havendo *sucessão uniforme* entre os eventos. Na ocorrência de *acidentes anestésicos e complicações cirúrgicas*, exclui-se o nexo causal. Assim, se a vítima é ferida e levada ao hospital para submissão a cirurgia ortopédica, morre por *parada cardiorrespiratória*, não há imputação do evento⁸. Havendo *erro médico e falta de tratamento adequado*, exclui-se o nexo

⁸ Nesses casos (acidentes anestésicos e complicações cirúrgicas), não havendo a mínima regularidade de sucessão de eventos ocorridos entre o tipo de conduta e o resultado *hic et nunc*, a relação causal deve ser negada (VIDAL, 2004, p. 303).

causal. Trata-se de causa superveniente, da qual deriva o evento concreto. Se o resultado passa a explicar-se por outra conduta que não do agente, o resultado não é *obra sua* (VIDAL, 2004. p. 307).⁹ Nos casos de *septicemia e infecções hospitalares*, não há desvio da causalidade, sendo imputados os resultados mais graves; ocorrendo *lesões* e acometimento de *meningite* – inflamação do tecido nervoso –, imputa-se o nexo causal. Não há exclusão do nexo causal: nas causas preexistentes – diabetes, AIDS, ou hemofilia – e lesões corporais. A causalidade deve ser afirmada, excluindo-se, entretanto, a culpa, em caso de imprevisibilidade quanto ao resultado *majus*.

Há exclusão do nexo nos casos de *embolia pulmonar* e *tétano*. No caso do tétano, leve ferida p. ex., com canivete enferrujado e morte no hospital, a probabilidade de ocorrência daquele resultado (morte) é próxima a zero; no caso da *embolia pulmonar*, oclusão dos vasos pulmonares, cerca de 99% dos casos são de origem trombótica, êmbolos são massas intravasculares sólidas, líquidas ou gasosas que se desprendem de ferimentos, chegando, através do sangue, a região distante do corpo, provocando oclusão total ou parcial de vasos: porém constituem-se em causa evitável de óbitos de pacientes hospitalizados. Trata-se de patologia superável e, portanto, exclui-se o nexo causal¹⁰.

3. O crime impossível

Diz o art. 17 do CP: “Não se pode a tentativa quando por ineficácia absoluta do meio ou impropriedade do objeto é impossível consumir-se o crime”¹¹. Quando o Código fala em consumação do crime, sugere um problema de causalidade, e, assim, o domínio do nexo causal também está afeto ao denominado *quase-crime*¹². No art. 17 CP encontra-se consubstanciada a *concepção realística do delito*, ou seja, ele não existe se o bem jurídico não sofreu pelo menos um *perigo de dano*. Embora o CP fale

⁹ Trata-se de um *raciocínio elementar*, ou seja, se o resultado passa a ser explicado por outra causa, é intuitivo que por ele não responda o sujeito, mas, sim, quem lhe deu causa.

¹⁰ A *embolia pulmonar* se constitui em *patologia superável*, sendo rara a oclusão de origem trombótica; portanto, constitui-se em ‘causa evitável’, cuja ocorrência não é consequência da conduta do autor. No caso de *ferimentos leves e infecção tetânica*, inexistente frequência estatística entre os resultados que possa cobrir o ponto terminal da cadeia (evento final) com uma lei de cobertura. O resultado *majus* não é imputado ao autor dos ferimentos.

¹¹ A Súmula nº 145 do STF “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação”, estrutura um *tertius genus* do crime impossível, ou seja, quando a polícia tenha *predisposto meios ou induzido o agente à prática do crime*, este não possa consumir-se.

¹² Para a teoria da *imputação objetiva*, mais à frente abordada, o art. 17 do CP passaria a ter a seguinte leitura: “Não se pune a tentativa quando, por absoluta impropriedade do objeto, ou por ineficácia absoluta dos meios, não tenha a conduta criado para o bem jurídico um risco juridicamente desaprovado”. Esse modelo é inadmissível.

em impunidade da tentativa, a doutrina está mais ou menos concorde que, no caso, existe atipicidade (*mangel am Tatbestand*) do fato. Assim, quem aperta um gatilho de arma de brinquedo ou atira num cadáver, obviamente, não está praticando o delito de homicídio.

O conceito de meio absolutamente ineficaz é relativo e, assim, um revólver de brinquedo, utilizado para a tentativa de homicídio, pode ocasionar a morte da vítima, por susto, infarto etc., ou, em outro exemplo, o açúcar, substância inócua, se ministrado ao diabético, poderá ocasionar a sua morte. Assim, o juízo sobre a inidoneidade dos meios é um juízo relativo e deve ser formulado *ex post*, de forma objetiva. Se o evento real ocorre, não obstante a ineficácia dos meios, torna-se patente que foram eficazes e o bem jurídico sofreu perigo.

No crime impossível há um *erro sobre a causalidade*, subministração de *água destilada*, em vez de *ácido clorídrico*, necessitando do *auxílio da ciência* para a explicação de por que o evento tenha ou não ocorrido. É preciso saber, de antemão, se um determinado comportamento, ou meio, pode ou não causar um certo resultado – ex: *bicarbonato de sódio* em vez de *arsênico*; a *insulina*, porém, pode matar alguém por *choque hipoglicêmico*, ou, então, um copo de água servido a alguém logo após extensa intervenção cirúrgica.

Quando surge a hipótese de crime impossível pela inexistência, impropriedade, do objeto material, inexistem questões causais. Nesse caso, atirar num cadáver, p. ex., é suficiente um juízo prognóstico, vazado nas regras de experiência ou nos fundamentos da própria ciência *ex ante*, no sentido de que a consumação do crime não ocorrerá. O raciocínio poderia ser assim estruturado: se já conhecemos o final de um filme qualquer, não é necessário aguardarmos o seu desfecho para sabermos qual o destino dos atores – impropriedade do objeto. Se não o vimos, ainda, é necessário aguardar o final da fita – inidoneidade dos meios.

Os casos do açúcar propinado para matar alguém, em vez de arsênico, ou da subministração de *bicarbonato de sódio* em vez da *estricnina* não sugerem muitas indagações, justamente porque se inserem naquele campo do conhecimento universal (*senso comum*), no qual se indagados o analfabeto ou o filósofo, ambos, igualmente, responderiam que as hipóteses constituem-se em crime impossível. Quando perguntamos, porém, porque os *raios x* emanados do aparelho de televisão não causarão a morte dos telespectadores ou porque os operários de uma clínica radiológica utilizam avental de chumbo, em vez de cobre, a resposta não vem tão facilmente assim.

São casos em que a ciência necessita ser interrogada para que haja uma adequada explicação do evento. A resposta é a seguinte: os aparelhos de TV emitem *raios x*, porém,

de onda gama maior do que aquelas utilizadas em aparelhos de radiologia. Esses *raios X* de onda longa são inofensivos. No caso do operador de Raio X da clínica, a explicação para a utilização de avental de chumbo está em que ele tem *peso atômico* igual a 207 restando quase a totalidade dos *raios x*. Somente com base no conhecimento advindo da física subatômica tais assertivas são compreensíveis (FELTRE, 1983, p. 41).

Seria crime impossível a tentativa de morte de alguém pela subministração de *lactobacilos*? Estudos da microbiologia comprovaram que a bactéria EPEC causa grande mortandade infantil, em crianças de população com baixa renda. Isolada a substância intimina, fabricada pela EPEC, seu anticorpo impede a infecção e diarreia aquosa¹³ aguda. Inoculada a intimina na criança, estaria neutralizada a ação da EPEC. O veículo escolhido pelos cientistas foi, justamente, o lactobacilo, uma bactéria presente em derivados do leite e que se encontra na flora intestinal humana, e que traz efeitos benéficos ao organismo. A subministração do lactobacilo constitui-se em crime impossível e a explicação somente é inteligível pelos conhecimentos da ciência – imunologia e microbiologia.

4. A omissão penalmente relevante

O fundamento filosófico dos crimes omissivos está centrado no advento do Estado social, exigindo dos concidadãos *solidariedade jurídica* (MANTOVANI, 1992, p. 165). Possuem, igualmente, largo trânsito nos Estados policiais e totalitários com uma filosofia de grande ingerência na vida privada do cidadão. O Estado totalitário, assim, é um Estado de ordens e comandos, nele encontrando campo fértil os delitos omissivos. Nos Estados liberais, ao contrário, os delitos omissivos não encontram trânsito porque a eles são indiferentes comandos morais (*sittliches Gebot*) de atuação perante o próximo¹⁴.

A estruturação da omissão encontra-se envolta em grande complexidade dogmática, interessando, nesta parte, os *crimes omissivos impróprios*, cuja *chave de conversão* é o art. 13, § 2º, do CP brasileiro, *relevância da omissão*. A omissão é relevante se o omitente, podendo e devendo agir, não se ativou, permitindo a ocorrência do resultado. Os crimes comissivos por omissão são, assim, crimes *causalmente orientados*. O mecanismo lógico de imputação é assim realizado: pensando-se que o omitente tenha agido, o resultado desapareceria; portanto, não se ativando, o resultado é imputado ao sujeito.

¹³ Jornal do Brasil, p. 2, 17 jan. 2002.

¹⁴ Conforme citação de Maurach, Gössel e Zipf (1989, p. 217): “Gefahrabwendung ist grundsätzlich Aufgabe des Staates, Nachbarschafts- und Nächstenhilfe ist prinzipiell ein strafrechtsindifferentes, lediglich sittliches Gebot: für den einzelnen gilt der extreme Grundsatz das ‘Sehe jeder, wie er’s treibe’. Strafbare ist im allgemeinen daher nur das positive rechtswidrige Tun, nicht die bloße Unterlassung der Förderung öffentlicher oder vitaler fremder Belange”.

Nos delitos omissivos ocorre desobediência à *ação comandada*, introduzindo no tipo legal um *elemento normativo*, portanto, impondo uma consideração de valor, consistente na apuração de qual conduta deveria o omitente ter praticado. Neles, ainda, é necessário situar a *posição de garantia* (crime próprio) decorrente da lei penal. Trata-se de uma exigência normativa. O seu fundamento substancial e, portanto, fora da norma, está em que determinadas pessoas são chamadas a intervir em face de bens jurídicos que estão sob perigo. Assim, a falta de caridade, solidariedade com pessoas indigentes, é considerada como uma questão moral, não configurando crime. Os delitos omissivos, então, cuidam de oferecer uma *tutela reforçada* de bens jurídicos por conta da incapacidade dos respectivos titulares em protegê-los por si sós (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 549).

A conversão de delitos comissivos em omissivos impróprios não é automática. Somente os *delitos causalmente orientados* podem ser convertidos. Se o tipo prevê uma tipicidade vinculada, exigindo determinada conduta positiva, não há possibilidade de conversão, que implicaria *analogia in malam partem*. Ex: estelionato¹⁵; contravenções penais, que são infrações de perigo, ou seja, infrações de mera conduta; delitos de mão própria – falso testemunho; crimes habituais – lufianismo; exercício ilegal da medicina, porque exigem reiteração de *comportamentos positivos*. A omissão é *normativa* (VIDAL, 1997, p. 117), consistindo na sua *equiparação* ao fazer positivo, para atender aos fins do direito penal. Essa equiparação somente é possível em virtude de uma norma.

Nas *ações precedentes perigosas* (teoria da ingerência) *criação do risco*, v.g., abertura de buraco no pátio condominial, circulação de automóveis, abertura de fosso, não há crime comissivo por omissão, mas, sim, crimes comissivos, porque o sujeito pôs em marcha a causa do evento. No caso do amigo que empurra o outro, numa brincadeira, tendo aquele se afogado, sem que haja socorro, ocorre crime comissivo (*condutas ambivalentes*); nos crimes omissivos impróprios imputam-se resultados que o omitente não causou, mas que lhe são externos.

Se o sujeito pratica o fato e expõe a vida de outrem a perigo, porém de forma justificada (legítima defesa), não se torna garante da vida do ofensor. Da mesma forma, embora pareça grave a situação, no caso do atropelamento de determinada pessoa, vindo o

¹⁵ O silêncio malicioso não está abrangido pelo alcance da norma (art. 171 do CP). A esfera de conversão dos crimes comissivos em omissivos impróprios não é automática, pela aplicação do art. 13, § 2º do Código Penal. O silêncio doloso, dessa forma, não se constitui em produto de interpretação analógica, porém, analogia *in malam partem*, isso porque a conduta típica, que se pretende converter em omissiva, é estritamente vinculada, de forma que o intérprete deverá buscar condutas que impliquem um *atuar positivo* sobre o sujeito passivo. O delito de estelionato, assim, possui uma *tipicidade vinculada*, de forma que as modalidades de seu cometimento integram o desvalor do tipo penal.

motorista atropelador a fugir, não há convolção do crime culposos em comissivo por omissão doloso. É relevante o *dolo concomitante* à conduta e não a atitude subsequente. Não há dever de garantia entre fornecedores e compradores de droga, de modo que o traficante não é responsável pela ocorrência de resultados que podem chegar à morte como, por exemplo, a overdose.

O dever de garantia incumbe aos pais, dever de cuidado, proteção e vigilância; se o genitor observa o filho menor debruçado no balcão, vindo a criança a cair, omitindo-se o pai, responde ele pelo resultado; o esposo responde pelo aborto praticado pela mulher; o guia de excursão de alpinismo tem o dever de salvar a vida do acidentado. No caso de *homossexualismo (partner)*, se houve a assunção de outro modo do dever de impedimento como doença grave, com necessidade de subministração de remédio, há imputação do resultado; o pai ou a mãe podem responder pelas lesões corporais praticadas contra os filhos não os socorrendo; o superior hierárquico responde pelo abuso do poder praticado pelo inferior; o enfermeiro da clínica psiquiátrica responde pelas lesões que o esquizofrênico ali internado haja praticado em outro paciente; os genitores que impeçam a transfusão de sangue a um filho hemofílico acidentado, mesmo que seguidores do credo *Testemunhas de Jeová* respondem pela morte do filho; o guarda-costas de um político pela morte deste, causada por ato de um louco que o ataca, ficando aquele inerte.

Nos pensamentos de Mayer (1923, p. 136) e Mezger (apud STELLA, 1988, p. 332-333), o problema do nexos causal omissivo *involuiu*: ambos consideravam o direito penal como um *sistema fechado*: para Mezger, a causalidade é um problema de *lógica*¹⁶; para Mayer, somente há um conceito exato de causalidade, que é o *filosófico*. Quando se toma como material de indagação um acidente com produtos químicos, uma avalanche, a contaminação de pessoas, após a explosão de elementos radiativos, efeitos colaterais de fármacos, o problema da causalidade no sentido lógico ou filosófico retorna ao ponto de partida. Não há dado de lógica passível de explicar os eventos concretos. A consideração da causalidade como um problema lógico ou filosófico, bem como a consideração do direito como um mundo à parte, levaram, juntamente com a total carência de aprofundamento metodológico e dogmático, o problema da causalidade para o *casuismo judicial*, cabendo ao juiz penal decidir, com *bom senso*, quando a conduta tenha sido a causa do resultado.

Quando se considera o exemplo da *albumina* ministrada ao *nefrítico*, porém, a causalidade lógica esfaca-se. No caso, uma explicação adequada seria a seguinte: o portador de nefrite crônica *glomerulonefrite*, estava acometido de inflamação crônica

¹⁶ A afirmação de que o *sol gira em torno da terra* é tão lógica quanto a de que é a terra que gira em torno do sol, com a diferença de que, nesse último caso, a asserção pode ser observada e confirmada empiricamente

dos rins. A *albumina*, proteína constituída por carbono, hidrogênio e nitrogênio, com pequena quantidade de fósforo e enxofre, inoculada no portador de insuficiência renal crônica, pode levá-lo à morte, o que somente é inteligível com o conhecimento de leis biológicas e químicas e não por processos lógicos.

O problema da causalidade é um problema jurídico, campo normativo, e objetiva atender às suas próprias exigências. A omissão é uma demonstração dessa assertiva porque se constitui, no campo penal, na negação de um dado observável naturalisticamente, *ex nihilo nihil fiat*. É esse o valor prático do conceito de causa penalmente relevante, pois permite identificar na *conduta humana* a causa de determinados eventos.

Na omissão há um juízo hipotético: se a ação comandada fosse cumprida, o evento não se verificaria, equivalendo a omissão à ação. Assim, a omissão é a causa do resultado, quando, de acordo com a melhor ciência e experiência, o evento concreto seja consequência certa ou altamente provável dessa omissão. No caso do operador de cancelas, o raciocínio é assim proposto: se as barras se abaixam, os motoristas detêm-se diante dos trilhos e não ultrapassam a linha; se as barras são levantadas, o trânsito flui normalmente para os veículos. Então, se o operador se omite em abaixá-las, ocorrendo o sinistro, choque dos veículos com a composição ferroviária, a sua omissão é a causa das mortes e lesões.

No caso da *hemofilia*, esse processo se aplica, igualmente: o paciente era portador de *coagulopatia hereditária*, relacionada com o cromossoma sexual x, caracterizada pela deficiência da atividade coagulante do fator VIII ou IX. Pode ser a doença fatal, quando associada a *episódios hemorrágicos*. O hemofílico necessita de suprimento adequado e constante de hemoderivados. Se não se submete às transfusões, a doença é letal. A hemodiálise, assim, supre a deficiência do fator de coagulação. Omitido aquele procedimento médico, constitui-se na causa da morte.

O *objeto e procedimento mental*, utilizados para estabelecer se a omissão foi condição necessária do evento, são idênticos àqueles utilizados quando se recorre à causalidade ativa: um acontecimento do passado sobre o qual se raciocina contra os fatos, ou seja, pensando presente a conduta ativa e hipotizando se o resultado é excluído ou não.

Nesse sentido, três julgados *revolucionários* da Corte de Cassação italiana – C. 28. 09. 2000, nº 1688; C. 29. 11. 2000, nº 2139; C. 28. 11. 2000, nº 2123 –, redefinem o modelo da subsunção sob leis científicas, com o fundamento de que a atribuição causal, em obséquio aos princípios da estrita legalidade e taxatividade, não pode ser feita, pelo juiz, com a sua intuição ou sua imaginação criativa (CENTONZE, 2001). A Corte, nos julgados, procura definir o significado que se deva dar à expressão *alto grau de probabilidade*, com a qual a ação omitida poderia impedir o evento. Para a Corte, adotando o modelo da subsunção

sob leis científicas, há mais de um decênio antes adotado, no julgamento do *desastre de Stava*, em 6 de dezembro de 1990¹⁷, dizer *alto grau de probabilidade, altíssimo percentual, número suficiente alto de casos*, quer dizer que o juiz pode afirmar que uma ação ou omissão tenha sido *a causa* de um evento, enquanto possa efetuar o juízo contra os fatos, utilizando-se de uma lei ou proposição científica que enuncie uma conexão entre eventos em um percentual *vizinho a cem*, expressão que, como se nota, equivale àquela utilizada pela doutrina, que, em tema de causalidade omissiva, admite que o juiz pode encontrar o nexo causal se a ação devida tivesse impedido o evento com uma probabilidade *vizinha à certeza*: essa expressão não pode ser outra coisa senão à quantificação próxima a cem que, em conclusão, é o coeficiente percentualístico suficiente para desembocar em condenação. Portanto, a omissão é causa do evento se a ação mandada pudesse, com *alta probabilidade lógica*, impedi-lo.

Fica claro, assim, sob quais condições o juiz pode considerar uma explicação estatística e qual deve ser o conteúdo da lei estatística, sobre a qual se funda a explicação causal: o nexo de causalidade é um requisito da tipicidade penal e ele não pode ser configurado em modo tal que se afigure de tudo indeterminado, ou determinável *caso a caso* pelo juiz, com base no seu impenetrável livre convencimento: a isso se opõem os princípios de legalidade-taxatividade penal (CENTONZE, 2001, p. 291)¹⁸. Com isso, a jurisprudência daquela Corte pode ser considerada pacífica e responde, sem hesitação, utilizando o fruto do pensamento epistemológico contemporâneo, sobre a explicação estatística de eventos¹⁹.

¹⁷ Tratava-se de processo por desmoronamento do *monte Toc* ocorrido em 09. 10. 1963, resultando mortes, lesões e danos. Para se saber se o comportamento humano teria sido causa do desastre e extravasamento da bacia hídrica, ocorria precisar o porquê de três fases sucessivas do desastre: a) redução da resistência ao talho; b) brusca ruptura do vale; c) repentina diminuição da resistência ao atrito. A compreensão do sinistro estava ancorada no *conhecimento nomológico* segundo o qual a diminuição da resistência de talho depende da lubrificação do material argiloso e, além disso, da comprovação de que, dentre os materiais encontrados na fase sucessiva à brusca ruptura existiam relevantes estratos argila. Assim, o coeficiente de atrito de materiais rochosos diminui se a argila é lubrificada pela água. Na zona de ruptura se verificou o fenômeno da *tissotropia* (modificação pela qual o gelo, por efeito de simples agitação ou vibração, passa ao estado líquido, para, logo depois, tornar-se a solidificar quando cessa a perturbação mecânica). Os súbitos enchimento e esvaziamento da bacia hídrica haviam provocado uma *ação mecânica perturbadora*, transformando gelo em água. A infiltração da água no estrato rochoso, provocada pelo enchimento da bacia havia causado o amolecimento do septo rochoso. A extraordinária velocidade do desmoronamento tinha sido devida, ainda, à diminuição da resistência de atrito. Assim, a conduta humana (enchimento e esvaziamento da bacia) havia contribuído a provocar a súbita ruptura do monte Toc. Era possível aplicar-se, ainda, uma *generalização causal*, segundo a qual ao aumento do nível hídrico corresponde um aumento do movimento geral das bordas, com conseqüente redução da resistência ao talho e de atrito (STELLA, 2000, p. 267); somente com essas asserções, foi possível à Corte atribuir à conduta humana o pavoroso evento final.

¹⁸ Sobre a causalidade omissiva e as repercussões da evolução da jurisprudência da Corte de Cassação italiana. Ver também (VIDAL, 2004, p. 209-270).

¹⁹ Cf. AGAZZI apud CENTONZE, 2001, p. 295.

5. Da causalidade em geral – luz e trevas na teoria da imputação objetiva

A busca de um *critério de imputação* sempre foi procurada pela doutrina penal. Porém, ressentiram-se as pesquisas feitas de aprofundamento sistemático e metodológico. Essa *acumulação de erros* imantou a perspectiva de adoção de mais uma teoria causal, qual seja a da *imputação objetiva*, cujo traslado para nosso direito, tal qual para o italiano, é *desnecessário, dificultoso e inoportuno* (PADOVANI, 1995, p. 164-166).

A imputação objetiva pretende circunscrever a relevância da causalidade segundo as exigências próprias do direito penal. Em tal modo, quer fornecer uma disciplina, fundada sobre bases racionais de política criminal, às *hipóteses problemáticas* que a aplicação da causalidade atrairia para a área do penalmente relevante. Seu fundamento está centrado no aumento do risco para o bem tutelado, como critério reitor de atribuição causal; portanto, este deveria ser excluído: a) por ausência de um risco objetivamente reprovado como no caso do sobrinho que induz o tio rico a uma viagem, na esperança de que o avião caia o que *pontualmente* se verifica; b) por ausência de uma relação de risco entre o perigo determinado pelo agente e as modalidades do evento concreto como a morte do ferido no incêndio do hospital; c) pela equivalência do risco em caso de ações alternativas lícitas como no caso de um médico que causa a morte do paciente, nele injetando cocaína, em vez de novocaína, ficando provado que o paciente morreria, igualmente, se esta última substância fosse injetada; d) diminuição do risco – o sujeito, para salvar alguém de uma facada no coração, a faz cair, provocando somente lesões leves na vítima.

O critério da diminuição do risco não fornece justa solução para o seguinte caso: Se *A* adverte *B* com um grito, para salvá-lo de uma agressão letal de *C*, e, por efeito do alerta, *B* se coloca lateralmente, sendo ferido nas costas, antes que na cabeça, indubiamente, o *sentimento jurídico* se rebela à idéia de que *A* deva ser considerado responsável por lesões corporais; entretanto, não haveria menor rebelião desse mesmo sentimento jurídico, no caso em que as lesões menos graves fossem consequência de um grito produzido por *A*, não para *advertir*, mas para *distrair* o agredido *B* (MARINUCCI, 1991, p. 5). Nesse caso, as lesões em *B* estão condicionadas pelo grito de *A*, quisesse ele, com o brado, advertir ou distrair *B*: o acerto da causalidade não implica, sempre na subsistência da responsabilidade penal, devendo esta ser excluída pela ausência de antijuridicidade ou culpabilidade, por exemplo.

Se o evento é a realização de um *risco consentido*, ou não está em contrariedade com uma *regra de diligência*, portanto, se não se viola o dever de diligência, o resultado não é imputado (ROXIN apud MARINUCCI, 1991, p. 5-6). Nesses casos, sob a etiqueta da imputação objetiva, se evoca um dos critérios pelos quais se funda a imputação do evento por culpa, ou seja, a realização, no evento, do específico risco que a regra de

diligência violada mirava a evitar.

A vagueza de suas fórmulas definitórias, sem se precisar qual o escopo e natureza da norma jurídica que é fonte de desaprovação, é intolerável. A imputação objetiva do evento está a denotar que a criação ou aumento do risco viola o dever de diligência, que é um dos pressupostos para a responsabilização por culpa. Desse modo, não causa espanto a observação de Marinucci (1991, p. 7) de que a imputação objetiva importa em danosa duplicação conceitual, “[...] *coincidendo, senza residui i criteri su cui si basa la rilevanza giuridica del rischio, con quelli che fondano la contrarietà oggettiva alla diligencia nei reati colposi*”.

Os repetitivos critérios da teoria, assim, seriam devidos a uma perdurante incompreensão na dogmática alemã, do nexo entre culpa e evento, de forma que, na literatura daquele País, o critério da realização, no evento, do específico perigo que a norma de diligência violada objetivava prevenir, aparece, estorvada, nos manuais, seja no capítulo da culpa, seja na imputação objetiva. De fato, se o comportamento do agente for contrário ao dever de diligência, se no resultado se verifica o evento que a norma mirava evitar, portanto, se o agente age contrariamente ao dever objetivo de diligência, forma-se uma ossatura sólida do nexo entre culpa e evento (MARINUCCI, 1991, p. 17), nela estando estampada uma derivação do delito culposo. Por outro lado, o aumento do risco transformaria crimes culposos de evento em crimes de perigo (MARINUCCI, 1991, p. 21; 25). As regras de diligência devem impedir, com efeito, que sejam verificados determinados eventos e não a redução de riscos. A imputação objetiva, desconsiderando essa importante barricada, comportaria, de fato, a transformação dos delitos culposos em crimes de criação de perigo, subtraindo o evento à área da culpa, para remetê-lo ao domínio do *versari in re illicita* (MARINUCCI, 1991, p. 37).

Qualquer outro projeto de modificação dos critérios de imputação, no direito penal brasileiro, deveria passar, primeiro, pela via da revogação do art. 13 do CP; de outro lado, quem sustenta a aplicação da teoria da *objektive Zurechnung* também para o Brasil, deveria sustentar uma redação semelhante a esta, em lugar do atual art. 13: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão que tenha realizado, no resultado, o risco ilicitamente aumentado pela conduta”. Não é necessário muito esforço para atentar para o delírio e torpor que essa pretensão poderia conduzir. Da mesma forma, é inadmissível interpretar o art. 13 do Código Penal brasileiro utilizando a formulação da teoria da *causalidade adequada* que considera haver nexos causal quando a conduta tenha sido *idônea* a produzir o resultado.

Essa idoneidade baseia-se no *critério probabilístico*, ficando excluída a imputação quando o resultado tenha sido produto de fatores fortuitos, extraordinários. A perspectiva

da causalidade adequada resume-se a uma verificação *ex ante* do evento, confundindo *causalidade* com *previsibilidade*. Na redação do art. 13 não há qualquer referência à idoneidade, adequação, nem mesmo de forma longínqua. Nessa concepção encontra-se o gérmen da imputação objetiva²⁰, que substitui a idoneidade pelos conceitos de perigo, *incremento*, de dano. Para a causalidade adequada, a conduta é causa do resultado quando tenha sido idônea, *ex ante*, para produzi-lo, o que é apurado pela *experiência comum*, critério pouco seguro, porém. Para a imputação objetiva, a imputação ocorrerá quando a conduta tenha incrementado um risco proibido, risco este que se concretiza no resultado.

6. Caso fortuito e força maior

Os institutos da *força maior* e do *caso fortuito* são considerados como *apátridas* por grande parte da doutrina italiana (MANTOVANI, 1992, p. 187). De fato, para a dogmática peninsular as hipóteses apresentam-se como institutos *polivalentes* (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 189), interferindo, ora com a teoria da culpa, ora com a teoria da causalidade. Essa é a posição assumida de Mantovani (1992, p. 189-190), para quem o caso fortuito e a força maior excluem, preliminarmente, o nexo de causalidade e em via mediata, e, *a fortiori*, também a culpabilidade, *qual reflexo subjetivo do fato que o agente não podia prever como verossímil*.

A nossa doutrina está dividida, igualmente, quanto à colocação sistemática dos institutos que ora vêm considerados como excludentes do fato típico, ou como causas excludentes da culpabilidade (BITENCOURT, 1997, p. 345-346), caracterizando-se como *institutos ambivalentes*. São encontráveis os seguintes exemplos: do motorista que, por um acidente, decorrente da queima de fusível de seu veículo, causa lesões ou morte em alguém; da ruptura do mecanismo de direção; do atropelamento de uma criança que cai de um balcão sobre a estrada da morte de um operário precipitado de um assoalho por uma imprevista tromba d'água; da morte de um passageiro pela queda de um piloto precipitado de um avião avariado (MANTOVANI, 1992, p. 188); do caso de *mal súbito* que acomete algum motorista, impedindo que respeite as regras do tráfego (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 189); da hipótese de um intenso *momento de terror*; durante a direção de um automóvel; ou ainda dos casos de *estados de terror*, hipnóticos, de obnubilamento imprevisível, de cansaço excessivo, perturbação, medo, “[...]cioè a quell’insieme di situazioni che producono un grave perturbamento psichico, ma che non possono essere tecnicamente ricondotte al costringimento fisico, alla forza maggiore ovvero al caso fortuito” (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 514).

²⁰ “[...] la teoria dell’imputazione oggettiva – aumento del rischio, trova il suo ‘spunto base’ nella teoria della causalità adeguata” (STELLA, 2001, p. 220); “In ultima analisi: la vecchia teoria dell’imputazione oggettiva, dimenticata maschera dell’idea di adeguatezza, inutilmente era stata tolta dall’oblio” (MARINUCCI, 1991, p. 11).

No direito penal brasileiro, a previsão do caso fortuito ou força maior aparece na redação ao art. 28, § 1º, para isentar de pena o agente que haja praticado o fato sob embriaguez completa, “[...] proveniente de caso fortuito ou força maior”, ou seja, em estado de inimputabilidade. Ausente, então, a ‘vontade ou culpa’ (previsibilidade) ou, então, pela ‘inevitabilidade’, do fato ‘exclui a imputabilidade penal’. (PRADO, 2002. p. 138).

No direito penal italiano, a regra expressa (art. 45) da não-punição de quem haja cometido o fato por caso fortuito ou força maior – “*Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore*” –, não impediu o surgimento de várias posições sobre a colocação sistemática dos institutos, bem como suas conseqüências, tratando-se de um dos resultados mais discutíveis do que Romano (1995, p. 451) denomina *tendência definitória* dos compiladores do código. De fato, para o referido autor, sendo inservíveis as correntes que procuram abarcar os institutos como *causas de inexistência de dolo ou culpa* – v.g., Manzini, Carrara, Antolisei, Bettiol, Marini e Nuvoletti – ou como síntese das *circunstâncias anormais internas ao agente* – Marinucci e Padovani – ou, então, como *causas de exclusão do nexo causal* – Santoro, Malinverni, Pecoraro-Albani, Boscarelli, Mantovani –, sustenta ser preferível uma *concepção objetiva* daqueles institutos que transcenda a relação causal, traduzindo-se na própria *ausência de tipicidade do fato*. Ainda, para Fiandaca e Musco (1995, p. 514, grifo nosso) tanto o caso fortuito quanto a força maior constituem-se “[...] ‘circunstâncias anormais concomitantes ao agir’, ‘che impediscono all’agente di conformare il proprio comportamento alla regola obiettiva di diligenza da osservare nel caso concreto’”.

No caso do motorista que atropela um transeunte que inopinadamente lança-se sob as rodas do veículo, o que pode ter-se configurado como ‘ato suicida, há *caso fortuito*, e, portanto, inexistente crime culposos. O resultado, entretanto, no exemplo retro, não pode deixar de ser imputado objetivamente. Essa atribuição independe da consideração acerca do desatendimento dos cuidados objetivos a que estava obrigado o motorista. Não há dúvida de que o resultado morte deveu-se à conduta tanto do motorista quanto do pedestre que se lançou sob as rodas do veículo. Sem a conduta do motorista, a morte não ocorreria. Se o motorista não estivesse dirigindo naquele instante e naquele lugar concretos, a morte não adviria, e aqui não é possível hipoteticamente pensar numa outra conduta do suicida, como, v.g., a de que se atiraria sob as rodas de qualquer outro veículo, porque o evento a imputar-se depende das circunstâncias concretas, de *eventos concretos*.

Ora, raciocinando-se com a teoria da *conditio*, tudo que, *in concreto* contribui para o resultado, é sua causa. Tanto a direção do automóvel quanto o desatino do pedestre foram condições indispensáveis para o evento. Este é imputado objetivamente. O que pode não ter existido é a culpa do primeiro. Culpa esta que fica, de fato, excluída, constituindo-se o evento em *acontecimento imprevisível*, inverossímil, a juízo do condutor. Pode

ser admitida a *ausência de culpa*, porque o resultado foi causado por um caso fortuito. Havendo nexo causal, entretanto, nem por isto haverá punibilidade, que fica excluída pelo reconhecimento do *casus*.

A doutrina que concebe o nexo causal como uma fusão do tipo objetivo com o subjetivo, e, portanto, trabalha com a imputação do resultado por dolo ou culpa, haveria de excluir o próprio nexo causal nas hipóteses da força maior e caso fortuito. Entrementes, uma doutrina verdadeiramente objetiva da imputação do resultado deve evitar a contaminação da *causalidade* com a *culpabilidade*, o que degradaria aquela por um relativismo subjetivo.

As consequências do caso fortuito e força maior, então, para o nosso direito penal, devem estar assentadas numa interpretação sistemática do art. 28, § 1º, CP. Se a embriaguez completa, derivada de *caso fortuito ou força maior* isenta de pena o agente e, portanto, exclui o juízo de reprovabilidade, é coerente que tanto um quanto outro igualmente provoquem a isenção de pena nos demais casos que não possam ser conduzidos, propriamente, para o campo da embriaguez. Tal se dá, v.g., nos casos de mal súbit⁷; do operário precipitado de um assoalho e que mata um passante; da tromba d'água e da criança que cai de um balcão sobre a estrada, vindo a ser atropelada por motorista, mesmo que este tenha dirigido com as ordinárias cautelas do trânsito. *Em síntese*, fica excluído o juízo de reprovação se o fato concreto for resultante de força maior ou caso fortuito.

7. Novas perspectivas sobre o nexo causal

Este item se propõe a estudar o atual desenvolvimento do *modelo da subsunção sob leis científicas*, individualizando sob quais pressupostos pode o juiz utilizar uma lei causal para atribuir a alguém um evento penalmente relevante. Ainda pretende abordar o *grau de confiabilidade* e o *grau de frequência* que uma lei de cobertura necessita possuir para dar uma adequada explicação do evento. Por fim, pretende-se abordar a *prova matemática no processo penal* em confronto com o princípio da *presunção de inocência* bem como a *regra probatória e do juízo*, consistente na impossibilidade de condenação, se, contra o réu, não houver prova para além da dúvida razoável.

O conceito de causa é indispensável para o direito penal. O juiz precisa saber se a *ação humana* foi ou não a *causa* do evento lesivo. Nos crimes materiais, homicídio, lesões, aborto, roubo etc., bem como nos crimes de perigo concreto, incêndio, explosão, inundação, epidemia etc., o nexo causal é requisito da tipicidade penal. A teoria adotada pelo Código Penal é a da *conditio sine qua non*, a conduta humana se insere nos anéis causais de forma que, se, sem ela, o evento não se teria concretizado (*fórmula positiva*), a conduta é causal; por outro lado, se, sem ela, o evento se teria realizado, mesmo assim

(*fórmula negativa*) a conduta não foi a causa do resultado, dupla fórmula da *csqn*. A estrutura lógica da teoria importa na formulação de um *juízo contra os fatos*, isso é, um juízo que é realizado pensando ausente uma determinada condição, conduta humana, e indagando se, na situação assim mudada, ocorreria ou não a mesma consequência²¹. A teoria em questão é insuprimível para o direito penal. Toda condição deve ser considerada causa do resultado, porquanto sem ela o evento não se teria verificado. O problema que agora se coloca é bem outro: com base em que coisa poderá o juiz, hipotizando ausente a conduta do sujeito, afirmar que ela foi a causa do evento danoso?

Em consideração aos princípios da legalidade e taxatividade dos tipos penais, não é possível entregar ao intuicionismo, ao faro, ao livre convencimento judicial ou ao senso comum, ou deixar ao casuismo jurisprudencial, a definição de um requisito da tipicidade. Em homenagem ao princípio de determinação da *fattispecie*, toda atribuição causal somente se encontra adequadamente justificada pela referência às generalizações causais, as quais sejam produto de investigações executadas com rigoroso respeito ao *método científico* (CRESPI; STELLA; ZUCALÀ, 1992, p. 111). O conceito de condição necessária precisa unir-se ao *objetivo saber científico*, de forma que o evento concreto, *explanandum*, possa ser coberto por uma lei universal ou estatística, *explanans*. Trata-se de um processo crucial e que se constitui em simples meio, para estabelecer se entre a conduta e o resultado em questão, haja efetivo nexo de condicionamento: *o juiz é um consumidor e não um produtor de leis causais* (CRESPI; STELLA; ZUCALÀ, 1992, p. 112). Somente as generalizações causais que sejam resultantes de rigoroso controle relativo ao método científico podem se sujeitar ao *controle crítico*, submetendo-se a um *alto grau de credibilidade racional*, o que se denomina *probabilidade lógica*.

São utilizáveis, como leis de cobertura de eventos concretos, as leis universais²² – a ocorrência de um evento é invariavelmente acompanhada de um outro evento – ou estatísticas²³ – a verificação de um evento é acompanhada da verificação de outro evento, em certo percentual de casos. As primeiras oferecem um máximo grau de certeza lógica e também jurídica. Quanto às segundas, é preciso uma adequada pontualização, pois a frequência estatística de sua ocorrência não pode permitir a utilização de quaisquer leis, porquanto uma *frequência médio-baixa*, na sucessão de eventos poderia violar o *in dubio pro reo*, bem como a regra probatória de que a condenação exige a certeza da

²¹ Não deve pesar contra a teoria da *csqn* o anátema de que importa em *regressus ad infinitum* (a morte de um homem, p. ex., teria como causa, o fato de que o homicida foi concebido e assim a causa teria que ser regredida ao infinito. O que se procura resolver e explicar é a morte de um homem em certo momento e lugar, *hic et nunc*, como ocorre, exatamente, no processo penal).

²² “Una legge causale descrive un rapporto causale invariabile, non probabilistico, tra alcuni insiemi pienamente specificati di condizioni antecedente NESS e um certo evento: ogniqualvolta le condizioni elencate si presentano insieme, l’evento inevitabilmente si verifica” (WRIGHT, 2004, p. 133).

²³ O direito penal está *infestado* de problemas atinentes a ciências de caráter probabilístico, como, v.g., a fisiologia, biologia e geologia, sem contar o setor e disciplina da medicina, dominada por probabilidades.

culpa *oltre il ragionevole dubbio* (STELLA, 2002, p. 767).²⁴

A moderna epistemologia está concorde em que às leis de sucessão causal universais se alinham as leis estatísticas – *modelo nomológico indutivo* –, por obra de Hempel (apud STELLA, 2004, p. 10), desde que a premissa nomológica seja *forte*, ou seja, se a regularidade enunciada pela lei estatística alcança quase 100% dos casos: portanto, haverá uma *explicação autêntica* dos eventos singulares quando se emprega esse modelo, quando o grau de sucessão de eventos, representado pelas premissas nomológicas, implica uma regularidade que abrange *quase 100% dos casos*²⁵. Esse requisito é o mínimo que se pode exigir, ou seja, que a frequência estatística relativa ao caso concreto possa aportar a uma conclusão quase certa ou de *prática certeza* (STELLA, 2002, p. 767), aceitável para além da dúvida razoável²⁶. O acerto da causalidade individual,

²⁴ O princípio de que a condenação criminal somente se impõe se, contra o réu, existem provas *oltre il ragionevole dubbio* (além da dúvida razoável), não está explicitamente enunciado no CPP italiano, mas é resultado da interpretação do art. 530, *comma* 2, pelo qual o juiz deverá pronunciar sentença absolutória quando falta, é insuficiente ou contraditória a prova da subsistência do fato, que o réu o praticou, que o fato configura delito ou que foi praticado por pessoa imputável. No Brasil, a situação é semelhante, em nível infraconstitucional: o juiz deverá absolver o réu se não houve prova suficiente para a condenação (art. 386, VI CPP). A interpretação justa do dispositivo deve ser feita com a apropriação do princípio da presunção de inocência que se encontra no art. 5º, LVII, CF (ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Assim, no Estado democrático, as decisões que incidem sobre o *status libertatis* do cidadão somente se legitimam quando “[...] as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a existência de provas concludentes não se poderá superar a *presunção de inocência* do acusado” (GOMES FILHO, 1997, p. 55).

²⁵ Assim, p. ex., na omissão, o evento concreto somente poderá ser imputado se a conduta ativa comandada pudesse afastar a lesão com eficácia impeditiva com probabilidade *vizinha à certeza*. Uma certeza absoluta, em todos os casos hipotizáveis, é *humanamente impossível*: “[...] ogni conclusione sul nesso di condizionamento e sulla spiegazione causale dell’evento ha inevitabilmente una struttura probabilistica. Ed infatti – come oggi gli scienziati ne sanno molto di più di quanto ne sapessero cent’anni fa, e molto di meno di quanto sapranno tra mille anni. Ora, una spiegazione vera, col requisito della *certeza assoluta*, dovrebbe fare riferimento al sistema completo delle leggi della scienza (cioè anche a quelle leggi che conosceremo tra migliaia di anni) e dovrebbe altresì far riferimento a tutte le c.d. condizioni iniziali, cioè a tutte le situazioni di fatto suscumbibili sotto quel sistema di leggi, condizioni oggi non conosciute e non conoscibili” (STELLA, 2002, p. 767).

²⁶ Exemplos macroscópicos de violação a essas premissas encontram-se em três paradigmáticas sentenças de tribunais europeus: 1. A Corte de Apelação de Francoforte (*Oberlandsgericht* -OLG), ao enfrentar o problema dos *inseticidas de madeira*, usados em habitação, e que continham concentração de pentaclorofenol (PCP) e lindano (12-HCN), bem como consistentes quantidades de dioxina, e se seriam responsáveis pelas lesões reclamadas pelas vítimas, prolatou sentença de condenação. Para tanto, a Corte afirmou que se poderia alcançar o convencimento da causalidade, ainda que os efeitos de uma substância fossem incertos; 2. no caso do *Lederspray* (adenoma pulmonar cuja causa estaria no fato do uso do *spray de pelame*) o BGH (*Bundesgerichtshof*), diante da impossibilidade de se conhecer, sob o plano científico, os efeitos danosos da substância ou de sua combinação, afirmou que esse conhecimento não era necessário, sendo suficiente, para a condenação penal, o reconhecimento de que a composição do produto era geralmente danosa, pelos prováveis efeitos tóxicos das matérias primas singulares ou da sua combinação com outras; 3. No caso do *óleo de colza*, julgado pelo Tribunal Supremo espanhol, este confirma a decisão condenatória de primeira instância, inobstante a impossibilidade científica de se individualizar a substância que teria causado o dano: a sentença confirmatória estava fundada em ‘razões jurídicas’: se a composição do produto causa danos, não se exige, para a prova da causalidade, a demonstração de que o produto possa ser considerado causal, em relação ao dano (TS, 23.04.1992, A 6783) (STELLA, 2001, p. 168-170).

prova concreta, não pode ser feito com base na *nua estatística*. A prova matemática no processo penal não deve ser aceita, fatos passados, concretos, não podem ser explicados pelo raciocínio matemático²⁷.

No caso *People v. Collins* (1968), a Corte Suprema da Califórnia advertiu para este perigo: “[...] *sebbene la matematica, autentica maga della nostra società computerizzata, assista l'inquirente nella ricerca della verità, non si deve permettere che lo incanti con i suoi poteri magici*” (TRIBE, 2004, p. 187). Na espécie, tratava-se de acusação contra um casal, cuja prisão se dera alguns dias após um assalto em Los Angeles, cuja descrição adaptava-se às descrições informadas pela vítima. Esta declarou ter percebido uma moça loira fugindo; uma vizinha da vítima também afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros e *rabo de cavalo* sair do local e entrar em um automóvel amarelo dirigido por um homem negro com barba e bigode. A vítima, entretanto, não pôde reconhecer os acusados. Além disso, havia depoimentos não convergentes sobre as características dos suspeitos.

A acusação serviu-se de um *expert* matemático que, com base nas características apontadas – automóvel amarelo, homem com bigode, moça com ‘*rabo de cavalo*’, moça loira, negro com barba e casal negro, branca no carro –, aplicando as respectivas probabilidades, fundadas em estatísticas, extraiu a conclusão que somente existia uma possibilidade, em doze milhões, que um casal preenchesse todos esses requisitos e, com base nisso, o júri condenou os acusados (GOMES FILHO, 1997, p. 49). A decisão, entretanto, foi anulada pela Corte Suprema da Califórnia, por falta de base probatória suficiente e concluiu que o julgamento *by mathematics* distorceu o papel do júri na avaliação das provas, prejudicando a defesa, a ponto de constituir erro judicial. Para a Corte, nenhuma equação matemática pode provar para além da dúvida razoável que a parte culpada possuísse, *de fato*, as características descritas pelas testemunhas de acusação (TRIBE, 2004, p. 205).

Os motivos da decisão anulatória foram os seguintes: primeiro, a documentação processual não continha nenhuma evidência empírica que suportasse as probabilidades

²⁷ O caso *Dreyfus* (1889) é o primeiro dos casos documentados no qual se debateu sobre a admissão de provas matemáticas (TRIBE, 2004, p. 181). No processo, o capitão do exército francês havia sido acusado de passar um documento ao exército alemão. A acusação arrolou testemunhas que teorizaram que Dreyfus deveria ter escrito o documento em questão, repetindo a palavra *intérêt* de uma carta escrita pelo irmão, alinhando-a, em série, sobre a mesma linha, para, depois, escrevê-la em cima, como modelo para a preparação do documento, com o escopo de contrafazer o documento e de acautelá-lo com uma escusa, acaso a autoria do documento fosse atribuída a ele. As testemunhas de acusação, para atribuir a Dreyfus a autoria do escrito e que era dele a caligrafia contida no documento, indicaram uma série de analogias entre a extensão de certas palavras e as dimensões de certos caracteres da correspondência encontrada na casa do capitão Dreyfus, de forma que as coincidências pouco claras de caráter lexicográfico e grafológico no interior do documento mesmo, eram índice de sua utilização, como meio de transmissão de informações em código.

individuais afirmadas pela acusação; segundo, ainda que as probabilidades consideradas individualmente tivessem sido, *per si* corretas, suas multiplicações segundo a regra do produto pressupunha a independência dos fatores, pressuposto não provado e que se apresentava obviamente como falso; terceiro, ainda que a dupla considerada culpada possuísse as características usadas para o cálculo matemático, permanecia a concreta possibilidade de que os culpados não as possuíssem, de fato, seja porque as testemunhas poderiam se equivocar, seja por perjúrio, ou porque o casal poderia estar disfarçado; quarto, a acusação confundia erroneamente a probabilidade de que uma dupla escolhida por acaso possuísse as características incriminantes, com a probabilidade de que qualquer outra dupla, com tais características, fosse inocente (TRIBE, 2004, p. 188-190).

Os *casos exemplificativos* da função que possa ter o método matemático no processo penal são infinitos. Alguns exemplos (TRIBE, 2004, p. 192-196) podem limitar o âmbito da investigação: a) um vaso cai da janela da casa de alguém e atinge a cabeça da vítima: sabe-se que mais de 60% desses incidentes são causados por negligência ou omissão; b) alguém é encontrado na posse de heroína: 90% de toda heroína importada nos EUA é ilegal; c) um homem é encontrado morto, com disparo de arma, no apartamento ocupado pela amante: 95% dos casos conhecidos, nos quais um homem é morto no apartamento da amante, são no sentido de que o assassino é a amante. Uma prova desse tipo seria admissível?

Dois exemplos significativos (WRIGHT, 2004, p. 147; 151-152) podem ilustrar o problema sugerido pela *matemática da justiça*: X dispara 99 projéteis contra V; Y, contra a mesma vítima e no mesmo contexto, lhe dispara somente um; sendo V atingido por um único projétil, morre em virtude disso. Com base na *nua estatística* e no número de projéteis disparados, há somente uma possibilidade de 1% que Y seja o assassino. Testes balísticos, entretanto, executados nas duas armas e, graças aos sinais contidos nos projéteis, individuam que V morreu atingido pela arma de Y. O outro exemplo, debitado a Cohen (apud WRIGHT, 2004, p. 147) tem a sugestiva denominação do *paradoxo do expectador sem bilhete*: hipotetizando-se que mil pessoas assistem a um rodeio. Somente 499 pagaram o bilhete, de modo que 501 são *penetras*. Não há modo de estabelecer quem realmente pagou o ingresso. Dado que mais da metade dos expectadores entraram sem pagar o ingresso, existe uma nua probabilidade matemática de 50,1% que cada expectador individual seja embusteiro. Se a causa tem natureza civil, por exemplo, cada um dos mil expectadores pode ser responsabilizado por entrada abusiva no rodeio.

No processo criminal, porém, por força da presunção de inocência bem como pelo imperativo de que, sem a prova individual, para além da dúvida razoável, e se não há, contra o réu, evidências particulares de responsabilidade, não se deve admitir a nua

estatística, como suporte para declaração de culpa. O fundamento disso está em que a probabilidade *ex ante*, nua estatística, se é útil para prever que coisa é verossímil, no futuro, não o é para explicar o que realmente ocorreu (WRIGHT, 2004, p. 138), sendo inútil para reconstruir o fato concreto. Portanto, sem uma demonstração *ex post* de que, no caso concreto, adequa-se à generalização causal, lei de cobertura, não se obtém o grau de certeza necessário para o veredicto condenatório.

A evidência concreta da responsabilização ocorre quando, no caso *explanandum* incide uma lei causal de cobertura, caso *explanans*. Se o problema a ser explicado é a ruptura de um fio de arame sobre o qual tenha sido sobreposto um determinado peso, a explicação poderia ser assim obtida: o limite de ruptura daquele fio era de $\frac{1}{2}$ kg; sobre o fio foi apoiado um peso de 1kg; então, toda vez que um fio de arame, cujo limite de ruptura é $\frac{1}{2}$ kg, recebe um peso de 1kg ele se rompe (POPPER apud STELLA, 2002, p. 767).

Com essas observações se conclui que o nexo causal está no epicentro da *teoria do conhecimento*. A nossa prática judicial ainda não está desperta para os cruciais problemas que devem ser enfrentados antes da atribuição a alguém, de resultados penalmente relevantes. No caso brasileiro, os paupérrimos repertórios jurisprudenciais, aliados à superficialidade doutrinária, jamais suspeitaram sobre o profundo do nexo causal. Nele estão envolvidos problemas epistemológicos, associados a questões éticas, permeando temas como a certeza das decisões, ética e racionalidade na solução de problemas concretos envolvendo a presunção de inocência, regras probatórias e de julgamento, grau de certeza e verdade, como objetivo do processo criminal.

Esse estudo não pretende servir como divisor de águas entre um passado dogmático apagado e o futuro, no qual os critérios de imputação estarão equacionados. Se, no Brasil, a teoria aqui sustentada for pelo menos debatida, nosso humílimo propósito realizar-se-á.

8. Referências bibliográficas

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: RT, 1997.

CARNAP, Rudolf. *Philosophy and logical syntax*: London: Kegan Paul, 1935.

CENTONZE, Francesco. Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 277, 2001.

CRESPI; STELLA; ZUCCALÀ. *Commentario breve al Codice Penale*. Padova: Cedam, 1992.

ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen, 1931.

FELTRE, Ricardo; YOSHINAGA, Setsuo. *Atomística*. São Paulo: Moderna, 1983. v. 2.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale*. Bologna: Zanichelli, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

MACEDO, Ubiratan. A epistemologia do neo-positivismo. *Convivim*, São Paulo, n. 4, v. 16, p. 291-300, 1973.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. Padova: Cedam, 1992.

MARINUCCI, Giorgio. Non c'è dolo senza colpa. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 3-39, 1991.

MAURACH; GÖSSEL; ZIPF. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Teilband 2. 7. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Juristischer Verlag, 1989.

MAYER, M. E. *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*. Heidelberg, 1923.

MEZGER, E. *Diritto penale*. 2. ed. Tradução. Padova: Cedam, 1935.

PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. São Paulo: RT, 2002.

RANIERI, Silvio. *Manuale di diritto penale*. Padova: Cedam, 1968.

RISIERI, Frondizi. *El ponto de partida del filosofar*. Buenos Ayres: Losada, 1957.

ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del codice penale*. Milano: Giuffrè, 1995.

ROXIN. *Gedanken zur Problematik der Zurechnung*. Festschrift für Honig, 1970.

STELLA, Saggi di Federico. Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 767, 2002.

_____. *Giustizia e modernità*. Milano: Giuffrè, 2001.

_____. La nozione penalmente rilevante de causa: la condizione necessaria. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 1217, 1988.

_____. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2000.

_____. La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi a confronto il pensiero di Wright e di Mackie. In: STELLA, Saggi di Federico; WRIGHT, Richard W.; TRIBE, Laurence H. *I saperi del giudice*. Milano: Giuffrè, 2004.

TRIBE, Laurence H. Processo e matematica: precisione e rituale nel procedimento giudiziario. La causalità e il ragionevole dubbio. In: STELLA, Saggi di Federico; WRIGHT, Richard W.; TRIBE, Laurence H. *I saperi del giudice*. Milano: Giuffrè, 2004.

VIDAL, Hélvio Simões. *Causalidade científica no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Imputação do evento agravante em matéria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 796, p. 495, 2001.

_____. Causalidade, ciência e experiência em matéria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, p. 458, 2001.

_____. Crimes omissivos e dolo eventual. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 117-142, 1997.

WRIGHT, Richar W. Causalità, responsabilità, rischio, probabilità, nude satatistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti. In: STELLA, Saggi di Federico; WRIGHT, Richard W.; TRIBE, Laurence H. *I saperi del giudice*. Milano: Giuffrè, 2004.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

1º Acórdão.

EMENTA: Habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Questões não suscitadas no Tribunal a quo. Supressão de instâncias. Habeas corpus não conhecido nessa parte. Superveniência de sentença penal condenatória. Manutenção da custódia cautelar. Idoneidade dos fundamentos. Ilegalidade flagrante não configurada. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, denegado. 1. O acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se manifestou - porque não suscitado - sobre o excesso de prazo ou sobre a tese de que o paciente já poderia estar cumprindo pena em regime diverso do fechado, na hipótese de eventual condenação, dado o tempo da prisão cautelar. A apreciação desses aspectos, neste ensejo, conduziria à dupla supressão de instância, não autorizada. Ademais, a superveniência de sentença condenatória, aplicando ao paciente o regime prisional inicial fechado, prejudicaria essas questões. 2. O Magistrado de 1º grau, ao manter a prisão preventiva do paciente em sentença condenatória recorrível, reiterou a sua necessidade à luz dos pressupostos autorizadores (art. 312 do Código de Processo Penal), especialmente para garantia da ordem pública, a fim de evitar a continuidade delitiva. 3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (STF, 1ª Turma, HC 92754 / MS, Rel. Min. Menezes Direito, Julgamento 27/11/2007, Divulg. 31-01-2008).

2º Acórdão.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PENAL. OFENSA INDIRETA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional [Código Penal]. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. 3. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 4. Não se confunde decisão contrária ao interesse da parte com negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2ª Turma, AI-AgR 647842 / RJ, Rel. Min. Eros Grau, Julgamento 20/11/2007, Divulg. 06-12-2007).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 COMENTÁRIOS A ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DA RECEPÇÃO QUALIFICADA

ADRIANO DE PÁDUA NAKASHIMA

Técnico do Ministério Público

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

1. Acórdão

HABEAS CORPUS 101531

RELATOR: MINISTRO NILSON NAVES

IMPETRANTE: AUGUSTO JACOB DE VARGAS NETTO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É consabido que há imperfeições (formal e material) no § 1º do art. 180 do CP quanto ao crime de receptação qualificada, pois o fato menos grave é apenado mais severamente. Inclusive, é da tradição brasileira e estrangeira uma menor punibilidade para a receptação em relação ao crime tido por originário. Porém, devido à atual redação do § 1º, determinada pela Lei n. 9.426/1996, o dolo eventual (que também determina o reconhecimento da prática de receptação culposa) transformou a punibilidade de menor (menos grave) em maior (mais grave). Fala-se na inconstitucionalidade do referido § 1º, mas melhor aqui seria desconsiderar esse preceito secundário. Com esse entendimento, adotado pela maioria, a Turma concedeu a ordem a fim de substituir a reclusão de três a oitos anos prevista no § 1º pela de um a quatro anos do caput do art. 180 do CP, e fixou a pena, definitivamente, em um ano e dois meses de reclusão, ao seguir as diretrizes originalmente adotadas pela sentença, considerada aí a reincidência e a multa lá fixada. Note-se que o início de cumprimento da pena privativa de liberdade dar-se-á no regime aberto. HC 101.531-MG, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 22/4/2008.

2. Razões

Versa a decisão escolhida para comentário sobre a questão a interpretação conforme à constituição do crime de receptação qualificada, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça. Essa decisão afirmou que o fato do crime de receptação qualificada, que pode ser praticado com dolo eventual, ser apenado mais gravemente que a receptação simples, que somente pode cometido através do dolo direto, fere o princípio da proporcionalidade

Destarte, tencionamos fazer uma breve reflexão sobre o tema à luz do acórdão citado.

3. Comentários

A nosso juízo, conforme será demonstrado na presente análise jurisprudencial, o crime de receptação qualificada, mesmo sendo praticado com dolo eventual, é mais grave que a prática de receptação simples. Por isso, não há que se falar em qualquer desproporcionalidade na pena prevista para o crime de receptação qualificada.

Do dolo

O dolo nada mais é que a consciência e a vontade de realização de uma conduta descrita em um determinado tipo penal. De acordo com o Código Penal, no art. 18, inciso I, haverá o dolo “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Portanto, segundo o Código Penal, um crime poderá ser cometido quando o agente quer produzir o resultado lesivo (dolo direto) ou quando ele assume o risco de produzi-lo (dolo eventual).

Tem-se o dolo direto quando o agente do fato delituoso pratica uma conduta com a vontade e a consciência da produção do resultado.

Nesse sentido é o ensinamento de Juarez Cirino dos Santos: “O dolo direto de 1º grau tem por conteúdo o fim proposto pelo autor, que pode ser entendido como pretensão dirigido ao fim ou ao resultado típico, ou como pretensão de realizar a ação ou o resultado típico.”¹

Por outro lado, existe o dolo eventual quando o agente prevê a possibilidade de uma possível lesão de um bem juridicamente tutelado pelo direito penal, mas assume o risco da produção do resultado lesivo.

Nesse sentido, é o ensinamento da doutrina:

O dolo eventual se caracteriza, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção desse resultado – às vezes, com variação para as situações respectivas de contar com o resultado típico possível, cuja eventual produção o autor aceita².

¹ SANTOS, Juarez Cirino. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 67

² SANTOS, Juarez Cirino. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005, pags. 70/71

Ressalte-se que não existe uma correlação obrigatória entre o dolo do agente do delito e a gravidade do crime praticado. Nem sempre um crime praticado com dolo direto é mais grave que o praticado com o dolo eventual.

Cite-se, como o exemplo, o fato de uma pessoa sair alcoolizada de uma boate, invadir a contra-mão de direção com seu veículo, ocasionando um grave acidente com uma vítima fatal. Esse crime é muito mais grave que um homicídio praticado por determinada pessoa, que, não gostando das agressões verbais proferidas contra sua mãe, atira, com *animus necandi*, contra o injuriante.

Receptação

Segundo o art. 180, *caput*, do Código Penal, pratica a receptação simples o sujeito que “adquire, recebe, transporta, conduz ou oculta, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime”.

De acordo com o artigo supracitado, tal crime somente poderá ser praticado quando o agente atua com dolo direto, pois ele é expresso em afirmar que a pessoa tem que praticar uma conduta prevista no tipo penal sabendo que a coisa é produto de crime.

Por sua vez, de acordo com o art. 180, § 1º, do Código Penal, pratica o crime de receptação qualificada aquele que “adquire, recebe, transporta, conduz, oculta, tem em depósito, desmonta, monta, remonta, vende, expõe a venda, ou de qualquer forma utiliza, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime”.

O crime de receptação qualificada somente pode ser praticado por pessoa que exerce atividade comercial ou industrial, sendo que este pode estar agindo tanto com dolo direto como eventual, conforme o ensinamento de Luiz Regis Prado:

No entanto, a intenção do legislador foi de que não apenas o dolo direito como também o dolo eventual implicarão no reconhecimento do crime de receptação. No caso, o legislador disse menos do que queria expressar e deve-se buscar o espírito normativo, ampliando-se o alcance da expressão utilizada no tipo, aplicando-se, por conseguinte, a interpretação extensiva³.

No mesmo sentido a Jurisprudência:

³ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal, volume 2. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pags. 644/645

1. O tipo subjetivo da receptação qualificada está contido na expressão ‘deve saber’, que representa um estado de dúvida, ou seja, embora o agente não tenha certeza da procedência ilícita da res, possui elementos suficientes para saber dessa circunstância. 2. Assim, correta se mostra a condenação se o réu deixou de tomar as providências necessárias à verificação da origem de produtos que adquiriu e colocou à venda em sua loja, preferindo fazer vistas grossas às circunstâncias que denunciavam a ilicitude da origem dos bens. 3. Se o sujeito ativo do crime é comerciante, inviável se mostra a desclassificação da receptação qualificada (art. 180, § 1º, do Código Penal) para sua forma simples. 4. Apelo improvido.” (TJGO – ACr 22509-9/213 – (200200195993) – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Paulo Teles – J. 08.08.2002)

Do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem como função principal limitar o arbítrio do Poder Público.

Segundo o ensinamento da doutrina, tal princípio permite ao Poder Judiciário limitar os atos do Poder Legislativo quando eles forem desproporcionais ou desarrazoáveis.

Nesse sentido é o ensinamento de Luiz Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito eventual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha⁴.

A decisão analisada, partindo do princípio da proporcionalidade, afirmou que o crime de receptação qualificada não pode ser mais gravemente apenado que o delito de receptação simples.

Ocorre que o crime de receptação qualificada é mais gravemente punido que a receptação simples, não pelo fato de ser praticado com dolo eventual, mas sim por ser

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 245

praticado por pessoa que exerce atividade industrial ou mercantil.

Ressalte-se que, nessas hipóteses, o comerciante deve ter maiores cuidados em suas atividades mercanciais, devendo verificar a procedência do objeto adquirido. É por isso que tal crime pode ser praticado tanto com dolo eventual como com dolo direto. Desta forma, exige-se que o comerciante e o industrial, ao desconfiar da origem ilícita do produto, deixe de adquiri-lo.

Por outro lado, a pessoa que não é comerciante não tem a mesma facilidade em verificar a procedência da coisa adquirida. Assim, tal pessoa somente praticará tal crime quando adquirir um produto sabendo da origem ilícita da coisa adquirida.

O crime de receptação qualificada tem que ser punido mais gravemente que a receptação simples, uma vez que a prática dele produz maiores danos à sociedade. Afinal, a receptação qualificada é praticada por comerciantes e industriais, pessoas que possuem maiores facilidades em circular as mercadorias, sejam elas oriundas de crime ou não.

Nesse sentido: “[...] a Lei 9.426/96 introduziu a figura típica do § 1º, tendo por finalidade atingir os comerciantes e industriais que, pela facilidade com que atuam no comércio, podem prestar maior auxílio à receptação de bens de origem criminosa.”⁵

Portanto, a diferenciação realizada pela lei não fere o princípio da proporcionalidade, porquanto tal distinção é adequada e exigível para que seja alcançado o fim desejado. Segundo a doutrina, poderá haver um tratamento desigual entre dois institutos, quando a diferenciação for adequada e exigível para se alcançar um determinado fim pretendido.

Noutros termos: é o tratamento desigual adequado e exigível para alcançar um determinado fim? Este fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em sentido normativo? (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, fls. 1298)

No caso em tela, o tratamento diferenciado é adequado, uma vez que a exigência de dolo eventual é plenamente justificável diante da facilidade em que o comerciante tem em fiscalizar a procedência do produto e rejeitar uma mercadoria quando desconfiar de sua origem. Sendo assim, o comerciante tem que ter maiores cuidados em suas atividades mercantis.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 758

Da mesma forma, a imposição de penas mais graves também é medida adequada, uma vez que tais práticas realizadas por comerciantes, por serem altamente danosas à sociedade, devem ser severamente coibidas e evitadas pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, o crime praticado por comerciante em adquirir 1000 (mil) aparelhos de som automotivos furtados, para posterior revenda, é muito mais grave e deve ser punido mais severamente que aquele delito praticado por um cidadão qualquer em comprar apenas um aparelho para equipar seu veículo.

Assim, o tratamento diferenciado entre a receptação qualificada e a receptação simples é plenamente justificável pelo ordenamento jurídico, tendo em vista a maior gravidade dos atos mercantis e industriais com produtos oriundos de crime.

4. Conclusão

Pode-se afirmar, portanto, que o legislador agiu com acerto em prever penas diversas para a receptação simples e a receptação qualificada, tendo em vista a maior danosidade provocada à sociedade pela prática deste último crime.

5. Bibliografia

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal, volume 2*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. ARTIGOS

1.1 A DELAÇÃO PREMIADA

PEDRO HENRIQUE CARNEIRO DA FONSECA
Advogado

RESUMO: No artigo é feita ampla abordagem acerca do instituto da delação premiada no Brasil. O tema é analisado em diferentes aspectos, desde o estudo de toda a legislação atual até a responsabilidade civil do delator. Com o presente trabalho, procura-se demonstrar a importância da delação premiada no combate ao crime organizado. Busca-se uma análise detalhada do instituto encontrado na Lei nº8.072/90, Lei nº8.137/90, Lei nº9.034/95, Lei nº9.269/96, Lei nº9.613/98, Lei nº9.807/99, Lei nº 11.343/06, tanto no seu aspecto processual quanto na prática criminal (aspecto material). Ademais, é feito aprofundado estudo sob todo aspecto doutrinário que envolve o tema apontando divergências bem como suas soluções.

PALAVRAS-CHAVE: Delação premiada; perdão judicial; redução de pena; transito em julgado; responsabilidade civil.

ABSTRACT: In the article one makes a wide discussion about the institute of “plea bargaining” in Brazil. The subject is analyzed in different aspects, beginning with the study of all present legislation up to the civil liability of the informer. The present work tries to show the importance of “plea bargaining” in the combat of organized crime. It looks for a detailed analysis of the institute found in the Law 8.072/90, Law 8137/90, Law 9.269/96, Law 9.613/98, Law 11.343/06, in the procedural aspect and in the criminal practice (material aspect). There is also a deep study about the doctrinal aspect that involves the pointed theme, showing the divergences as well as the solutions.

KEY WORDS: Plea bargain; pardon, acquittal; reduction, abatement; final decision; civil liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem da delação premiada. 3. Sistematização da delação premiada. 4. Perdão judicial na delação premiada. 5. Redução da pena na delação premiada. 6. Temas controvertidos sobre a delação premiada. 7. Responsabilidade civil por denúncia caluniosa. 8. Referência bibliográfica.

1. Introdução

Delação (HOUAISS, 1976) tem origem etimológica no latim: *delatio*, *ónis*, denúncia, acusação. Premiada decorre de prêmio, recompensa, lucro. Premiada é aquele que alcançou o prêmio, a recompensa oferecida. Pela interpretação gramatical, conclui-se que a expressão delação premiada significa uma denúncia ou acusação que resulta positivamente em uma recompensa para quem a fez. No âmbito jurídico, a delação premiada não foge dessa conclusão.

A delação premiada é um instituto instalado pelo legislador brasileiro em algumas leis promovendo a busca da verdade processual. No instante em que se oferece ao co-réu a não agressão à sua liberdade, ou em alguns casos, a diminuição de sua pena, exige-se que este colabore com as autoridades judiciárias apresentando efetividade¹ na investigação e no processo, dando informações de fundamental importância para a solução de um caso criminal.

O Estado concede ao colaborador o prêmio da manutenção da liberdade ou diminuição da pena em troca de dados inatingíveis pelas autoridades. Dados estes que foram presenciados pelo delator ou que são absolutamente impossíveis de serem descobertos caso não fosse pela sua colaboração.

Há que se afirmar ser sua natureza jurídica causa de diminuição de pena para os casos em que o instituto tem força para reduzir o montante da pena. No caso de aplicação do artigo 13 da Lei nº9.807/99 em que se oferece o perdão judicial, a natureza jurídica do instituto figura-se em mais uma causa de extinção da punibilidade.

A delação premiada é instituto de importância extrema para a solução de casos mais complexos como dos crimes organizados. No caso de um seqüestro, o colaborador poderia informar o local do cativeiro, promover a denúncia dos comparsas dando às autoridades uma solução rápida e, com isso, evitando meses de investigação policial para obter tais resultados. Seria possível a apreensão de enorme quantidade de drogas sem os riscos e o tempo de uma operação policial mais dispendiosa. Valores e objetos de roubo à banco poderiam ser apreendidos sem grande lapso temporal, além de outras dificuldades existentes serem evitadas, tendo em vista a dificuldade imposta pelos criminosos ante a extrema organização das quadrilhas².

¹ Dependendo da lei que aplicarmos há exigências quanto à voluntariedade ou espontaneidade. Em determinadas leis, os requisitos subjetivos e objetivos são acrescidos para deferimento dos benefícios oferecidos pelo instituto.

² Jesus (2006) diz que a delação é “[...] a incriminação de terceiro, realizada por suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato)”.

Em suma, a delação premiada é figura jurídica que premia o delator, concedendo-lhe benefícios tais como a redução de pena, perdão judicial, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, início do cumprimento da pena em regime aberto e, por ultimo, após a condenação, a não aplicação de penalidade.

2. Origem da delação premiada

A delação premiada não é instituto novo na história da Justiça. Desde os primórdios bíblicos, passando pela Antigüidade Clássica (Roma/Grécia), pela Idade Média, pelos movimentos industriais até a modernidade, é possível identificar a delação em troca de uma vantagem qualquer.

Na história do Brasil (SANTOS, 2006), nota-se a delação em conflitos políticos como a Conjuração Mineira de 1789, em que alguém teve a maliciosa idéia de se livrar de problemas financeiros delatando colegas e, conseqüentemente, condenando-os à força. Foi assim que o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de uma dívida. Quase no mesmo momento histórico da denúncia de Joaquim, dois outros sujeitos também denunciaram o movimento ao Governador Luiz Antônio Furtado de Mendonça. A conseqüência da denúncia foi o esquartejamento de Joaquim José da Silva Xavier em Vila Rica.

Na Conjuração Baiana, de 1798, o soldado Luiz das Virgens foi delatado por um capitão de milícias e, também, a conseqüência da denúncia foi a morte em troca de favores e em prol de interesses. Na ditadura militar, principalmente depois do Ato Institucional nº 5, era constante a delação de figuras importantes da política brasileira, bem como de artistas, sempre com a intenção de se evitar uma prisão ou até mesmo a tortura. A sistemática da delação premiada, nos tempos atuais, tem origem na legislação estrangeira, como a inglesa, a norte-americana e a italiana.

Nos EUA, acordos entre a acusação (*prosecutors*) e o acusado (*defendant*) na troca de informação e prêmio (*bargain*) vêm sendo incorporados na cultura jurídica norte-americana há muito tempo (SILVA, 2003, p. 78). Antes do início do julgamento, o juiz indagava o acusado quanto à sua pretensão de se declarar publicamente culpado para pedir perdão e aceitar livremente a punição de seu crime com a intenção de satisfazer a moral pública.

Localiza-se também na jurisprudência britânica o caso Rudd, de 1775, no qual o juiz declarou serem admissíveis os relatos de um dos acusados contra os cúmplices em troca de sua impunidade depois de sua confissão. Na história jurídica inglesa foram proferidas outras inúmeras decisões nesse sentido. Mesmo contra o Estado, seja no caso Blunt, de 1964; seja na luta contra o terrorismo norte-irlandês, em 1982; seja no

setor da criminalidade econômica, em 1972, ou em relação à criminalidade organizada no caso Smith, em 1982.

No direito italiano, o instituto da delação premiada foi incentivado nos anos 70 na luta contra o terrorismo e a extorsão mediante seqüestro. Obteve força nos anos 80 com uma atuação maior no combate à máfia. Denominado *pentitismo*, ela ensejou uma inflação de arrependidos buscando benefícios legais. Na Itália existe diferença quanto ao significado de *pentito*, dissociado e colaborador da Justiça. *Pentito* deu origem ao *pentitismo*, que, por sua vez, foi criado pela imprensa com referência ao sujeito que confessava e informava as autoridades detalhes dos crimes conexos com o terrorismo, bem como apontava outros agentes criminosos. O *dissociado*, da mesma forma, tinha relação com o terrorismo, no entanto, era definido na legislação e não na imprensa, além de se exigir do delator uma ruptura com a ideologia política que motivava o seu comportamento criminoso. Por fim, a figura do *colaborador da Justiça* é uma evolução dos modelos anteriores abarcando aqueles que genericamente colaboravam com a Justiça apresentando informações úteis durante as investigações, independentemente de serem co-autores, partícipes, testemunhas ou qualquer outra pessoa. Foi sucesso na Itália e gerou inúmeras leis sistematizando o tema.

No direito brasileiro (JESUS, 2006), presente instituto tem origem legal nas Ordenações Filipinas na parte criminal do Livro V, vigorando de 1603 até o surgimento do Código Criminal de 1830. O assunto era tratado, especificamente, no Título VI, item 12, parte em que estava definido o crime de *Lesa Magestade* do Código Filipino. No Título CXVI, assim era tratado o tema, no seguinte texto: “Como se perdoará aos malfetores que derem outros à prisão”. Tinha abrangência para premiar com o perdão os criminosos delatores de delitos alheios. Atualmente no Brasil, o instituto está instalado em variadas leis como expomos a seguir:

a) A Lei nº 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, prevê no art. 8º, parágrafo único, que: “[...] o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. É necessária referência ao artigo 288 e parágrafo único do Código Penal³.

b) Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, também tratou da matéria, prevendo no art. 16, parágrafo único, que com relação aos crimes “[...] cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

³ O artigo 288 dispõe que: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena- reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

c) A Lei nº 9.269/96 tratou da delação premiada em relação ao crime de extorsão mediante seqüestro, ao introduzir o § 4º no art. 158 do Código Penal, prevendo a redução da pena de um terço para dois terços àquele que denunciar o crime à autoridade, facilitando a liberação do seqüestrado.

d) A Lei nº 9.034/95, em seu art. 6º, trata dos crimes organizados e dos meios operacionais para a prevenção e a repressão desses peculiares delitos. Dispõe que “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

e) Com a Lei nº 9.807/99, houve a tentativa de uniformizar o tratamento da matéria, prevendo a possibilidade da concessão do perdão judicial ou da diminuição da pena dos acusados que colaborarem de forma voluntária e eficaz com a Justiça (arts. 13 e 14). Esta lei também confere medidas especiais de segurança para aqueles que colaborarem com a Justiça bem como para as testemunhas e vítimas.

f) A Lei nº 9.613/98 dispõe sobre os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores. Trata da delação premiada no § 5º do art. 1º:

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

g) A Lei nº 11.343/06, que trata dos crimes relacionados com entorpecentes, traz a delação premiada no artigo 41, da seguinte forma: “[...] o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

3. Sistematização da delação premiada

A melhor tentativa do legislador quanto à sistematização da delação premiada foi a Lei nº 9.807/99, nos artigos 13 e 14, tendo como benefícios a serem concedidos em troca

da delação, o perdão judicial e a redução da pena. Em especial, não podemos esquecer que a Lei n° 9.613/98 também oferece uma espécie de perdão judicial ao dizer que o magistrado poderá deixar de aplicar a pena. Além disso, por esse dispositivo legal, cabem, ainda, mais dois benefícios tais como a redução da pena que começará a ser cumprida inicialmente em regime aberto e a substituição da pena por outra restritiva de direitos. As demais leis que dispõem sobre a delação premiada conferem ao colaborador somente a redução da pena.

4. Perdão judicial na delação premiada

Dispõe a Lei n° 9.807/99 que:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Na delação premiada não existe o requisito de um pré-acordo entre os membros do Ministério Público e a defesa do acusado para que, após entendimento positivo do *Parquet*, haja a decisão do julgador. É válido e bastante importante o parecer ministerial para aplicação do instituto. Contudo, está disciplinado que somente o juiz poderá optar por conceder ou não o perdão judicial. Essa decisão poderá ser de ofício ou a requerimento das partes. Poderá tanto a acusação como a defesa pedir ao juiz o perdão judicial em troca da colaboração, embora se resuma somente a um requerimento. Como o dispositivo usa o termo “*a requerimento das partes*” e tratando-se de instituto relativo à colaboração, é lógico supor que as partes acordem na colaboração e conseqüente delação. Sugere, a outro giro, formulação de petição conjunta entre o Ministério Público e o acusado afastando a possibilidade de requerimento de apenas uma das partes. De todo modo, pela interpretação literal da lei, em *ultima ratio*, trata-se de uma discricionariedade judicial. Todavia, como define a lei, para o julgador conceder o prêmio ao acusado, deve ocorrer o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos.

Deve o acusado ser *primário*. Primariedade não se confunde com bons antecedentes. Primário é quem, apesar de estar sendo processado criminalmente, não tem qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado contra si num período de 5 anos,

ex vi do artigo 64, inciso I, do CP. Tem relação com a reincidência que, ao contrário, somente existe quando transita em julgado a sentença condenatória. Já a pessoa com bons antecedentes, é aquela que, além de não existir indiciamento ou processo contra ela, tem boa conduta social de responsabilidade, honestidade e moralidade intacta. Para que o co-autor receba o perdão judicial não é preciso ter bons antecedentes, mas deve ter personalidade adequada além de outros requisitos subjetivos.

A Lei menciona que o acusado deve colaborar *voluntariamente*. Convém fazer uma diferença entre ato voluntário e ato espontâneo. Ato *espontâneo* é aquele que alguém pratica sem incitação ou qualquer motivação, isto é, a pessoa, por si, julga conveniente tomar determinada atitude e toma sem que ninguém o incentive. O colaborador por ato *voluntário* segue seus próprios caprichos sem considerar a vontade de outrem. Isto significa que mesmo que alguém o encoraje, a vontade exercida é somente a dele, não há pressão no seu ato. Não deve haver coação física ou psicológica. Voluntarismo é antônimo de pressão. Se não existe pressão nem coação física ou psicológica para que alguém tome alguma atitude, não será o ato voluntário viciado. A iniciativa do delator é de suma importância no plano prático perante a real possibilidade de constrangimentos para que ocorra uma colaboração eficaz. Se há excessos na extração de uma confissão durante as investigações, poderá ocorrer a ilicitude da prova obtida⁴.

Assim, devem os agentes estatais respeitar o livre arbítrio do investigado em relação a uma eventual delação. Se o legislador tivesse usado a expressão *espontaneamente*, o acusado somente seria beneficiado se ele mesmo tomasse a atitude de colaborar com a investigação, impedindo a incitação do delegado e do juiz para que o indiciado colaborasse. Na maioria dos casos, o co-réu não sabe dos benefícios que poderá adquirir se colaborar com a justiça. A legislação brasileira não trata do tema uniformemente. Enquanto a Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), a Lei que define crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) e a Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98) expressamente exigem a espontaneidade, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99) e a Lei Antitóxicos (Lei nº 11.343/06) contentam-se com a voluntariedade do ato. A Lei que dispõe sobre os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) e o Código Penal no seu artigo 158, § 4º, não dispõem sobre a exigência de ato voluntário ou espontâneo.

É imprescindível a *efetividade* da colaboração. De nada adiantará todo o esforço, a voluntariedade do co-autor em ajudar na investigação, se essa colaboração não influenciar na identificação dos demais co-autores ou partícipes, na recuperação total ou parcial do produto do crime e na localização da vítima com a sua integridade

⁴ O professor Gomes Filho (1991, p. 40), de modo bastante claro, diz que “[...] uma das decorrências da presunção de inocência no processo penal em relação à matéria probatória refere-se justamente à impossibilidade de *obrigar* o acusado a colaborar na investigação dos fatos” (grifo nosso).

física preservada. Efetividade quer dizer que deve haver relevância nas declarações produzidas pelo acusado. Logo, guarda um nexo de causalidade com os resultados positivos produzidos na investigação criminal. Declarações sobre fatos de pouca importância, ou fatos de valores secundários para a investigação ou processo, que pouco auxiliam na elucidação do crime, não são qualificados para a concessão do benefício.

Pode acontecer de o acusado dar informações às autoridades e não se conseguir nem mesmo um vestígio do produto do crime, da vítima ou dos partícipes da ação criminosa. Somente quando houver um efetivo merecimento do co-réu delator tal benefício será concedido. Não adianta trazer ao conhecimento da Justiça a identificação de co-autores e partícipes cujas práticas criminosas já se tornaram conhecidas. Apenas no caso de revelar novos fatos ou produzir novas provas o benefício seria admitido. Não poderia um criminoso confesso envolvido em criminalidade organizada pretender colaborar sem qualquer eficiência com a investigação e receber em troca o perdão judicial. Como diz o velho ditado popular: *Seria dar muito em troca de nada*. Deve haver a produção de alguma descoberta da verdade em si.

Diz o parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 9.807/99 que: “A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”. Assim, é possível que mesmo que, se preenchessem todos os requisitos exigidos pela lei e o acusado tivesse praticado crime revestido de crueldades que desaconselham a adoção do instituto ou que sua conduta tenha causado grave comoção social em razão da qualidade da vítima, o benefício não seria aplicado.

Quanto à *repercussão social do crime*, é circunstância de caráter duvidoso tendo em vista gerar situações injustas. Por exemplo, pode acontecer de um acusado arrependido, por ter participado de um crime de extorsão mediante seqüestro, resolver colaborar com a investigação policial. O delator incorpora a figura de traidor de seus comparsas ao oferecer auxílio na localização da vítima, na identificação de todos os co-autores e ao recuperar todo o dinheiro ilicitamente adquirido pela quadrilha. É plausível que seja vítima de futura vingança. Percebe-se que o colaborador preenche todos os requisitos objetivos para a concessão do perdão judicial na sua colaboração com a Justiça.

Todavia, entendendo o juiz existir repercussão social do crime, com vasta exposição na mídia condenando o ato, o julgador deixa de conceder o prêmio. Se não fosse a delação do colaborador, nada teria sido alcançado pela Justiça. Como se percebe, esse requisito pode gerar absoluta injustiça. A colaboração, na delação premiada, poderá ocorrer tanto na fase investigativa (pré-processual) bem como no decorrer do processo. Deve haver a identificação dos co-autores ou partícipes, a localização

da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Com relação à *identificação dos co-autores ou partícipes* da ação criminosa, deverá o colaborador, identificar todos os integrantes da ação delituosa. A lei foi clara ao dizer *co-autores* e *partícipes*. Usou o plural e não fez ressalvas. Desse modo, conclui-se que, para receber a premiação, deverá haver a identificação de todos os integrantes da organização criminosa. Caso o juiz perceba que o acusado-colaborador tentou de alguma forma *acobertar* algum outro integrante, a possibilidade de haver o recebimento do benefício é absolutamente remota.

A Lei nº 9.807/99 gera algumas dúvidas quanto à *localização da vítima com a sua integridade física preservada*. Entende-se que o legislador não visualizou uma vítima sem qualquer *lesão*. A intenção foi de encontrar uma vítima que não tenha sofrido maus-tratos em decorrência de tortura, que não tenha sido machucada de forma fria e cruel a ponto de correr risco de morte ou que não tenha sido tratada de forma desumana. No entanto, pode ocorrer da vítima sofrer de alguma forma, como se desnutrir por falta de adequada alimentação ou adquirir escoriações em função do seqüestro ou do dia-a-dia no cativeiro. Assim, o perdão judicial não seria devido, mesmo com a colaboração efetiva do acusado na descoberta da vítima, se ela fosse encontrada com sua integridade física abalada em virtude de maus-tratos. A lei não defende a integridade psicológica da vítima como pressuposto do perdão judicial, já que o estado emocional seria profundamente agredido, e, desse modo, o co-autor teria um forte incentivo à não-colaboração, sabendo que não conseguiria localizar a vítima com sua integridade psicológica preservada.

Tal dispositivo legal também traz dúvidas quanto à *recuperação total ou parcial do produto do crime*. Isto porque poderá o co-réu se beneficiar de maneira injusta. Por exemplo, durante as investigações de um crime de roubo a banco, praticado por uma organização criminosa, em que o objeto do crime figura-se em milhões de reais, poderia o acusado, maliciosamente, ajudar as autoridades a recuperar parte desses valores, entregar todos os co-autores e preencher todos os outros requisitos, e, após receber o perdão judicial com a conseqüente extinção da punibilidade, aproveitar da outra parte do produto do crime. Nesse sentido, é possível visualizar um gravíssimo deslize do legislador. No caso de recuperar o produto do crime na sua totalidade com a colaboração do co-autor, preenchendo todos os requisitos objetivos e subjetivos, será justo o recebimento do benefício.

Não se exige que a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime sejam *cumulativos* para o colaborador (primário, tido

como efetivo e voluntário) fazer jus ao perdão judicial. A lei é omissa nesse sentido. Não há previsão de *cumulatividade*. Não se pode entender como cumulativos os resultados a serem obtidos com a delação para premiá-la, sob pena de se criar, sem reserva legal, uma restrição não contida na lei. É possível visualizar situação em que o colaborador denunciou seus *comparsas*, efetivo e voluntariamente, no entanto não foi possível recuperar o produto do crime; ou no caso de seqüestro em que a colaboração do co-autor foi eficiente para localizar a vítima, mas por outro lado não identificou os demais co-autores e partícipes por algum motivo alheio à sua vontade, tal como o fato de não ter conhecimento de todos os integrantes da organização criminosa.

Na impossibilidade de efetivação dos três requisitos, como o caso do crime de homicídio em que não há recuperação total ou parcial do produto do crime, é necessário sempre que a colaboração do co-autor seja efetiva, voluntária, seja ele primário, resultando da colaboração a identificação dos demais participantes da empreitada criminosa, se existirem. O *perdão judicial* é uma causa extintiva da punibilidade. O Estado renuncia, por intermédio da declaração do juiz, na própria sentença, à pretensão de imposição das penas⁵. Como exemplo, supõe-se que o sujeito, agindo culposamente, vem a matar o próprio pai (artigo 121, § 3º, do CP).

O perdão judicial deixa de punir aquele que tenha sofrido conseqüência tão grave decorrente da sua própria conduta, que se pode considerar por aplicada e cumprida a sua pena. Desse modo, percebe-se que o perdão que a lei concede como prêmio pela delação é uma forma diferenciada de perdão judicial. Enquanto o perdão judicial previsto no Código Penal decorre do sofrimento pessoal experimentado pela prática do fato delituoso, o perdão judicial procedente da delação premiada decorre da colaboração voluntária e efetiva à Justiça. Há uma polêmica quanto à natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial decorrente da delação premiada. Alguns entendem que se trata de condenação, mas sem aplicar a pena, com as conseqüências naturais de possibilidade da reincidência, custas processuais, lançamento do nome do acusado no rol dos culpados e reparação dos danos, não aplicando a pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou multa. O art. 120 do CP diz que conceder o perdão judicial não será considerado para efeitos de reincidência. Nesse sentido, outros entendem que a sentença é absolutória sem qualquer efeito secundário, pois trataria de sentença declaratória da extinção da punibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ defende a inexistência de efeitos secundários. Prescreve a Súmula 18 que “[...] a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. De outra

⁵ Jesus (1993, p. 687) diz que: o “[...] perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias”.

banda, doutrina recente (PONTES, 2006) expõe que o STF mantém o posicionamento no sentido de existência dos efeitos secundários da sentença. Acompanhamos o entendimento sumulado pelo STJ. Era plenamente possível ao legislador estipular perdão judicial, em decorrência da aplicação do instituto da delação premiada, com os efeitos que apresentou na Lei sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n° 9.613/98). Lembra-se que para esta lei, o efeito mais benéfico figura na possibilidade do julgador deixar de aplicar a pena. Fica claro que para o juiz deixar de aplicar a penalidade, deve primeiro condenar o delator. Destarte, todos os efeitos secundários de uma condenação acompanham o premiado.

5. Redução da pena na delação premiada

Dispõe o art. 14 da Lei n° 9.807/99 que: “[...] o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de (um) a 2/3 (dois terços)”.

Nesse dispositivo legal não há o requisito da primariedade permitindo, desse modo, que um acusado reincidente receba a premiação⁶. Parece que mesmo que não haja localização da vítima, identificação dos demais co-autores ou partícipes e nem se recupere total ou parcialmente o produto do crime, o indiciado ou o acusado que colaborar voluntariamente com a investigação será beneficiado com a redução de um a dois terços. Em nenhum momento, o legislador exigiu que a colaboração ocorresse com efetividade. Além disso, não há a expressão *desde que* como está presente no art. 13 para haver o perdão judicial. Pela interpretação literal fica claro que para o recebimento da redução da pena, basta o acusado se dispor a colaborar. Para o acusado ser agraciado com o perdão judicial não é necessária apenas a colaboração. Para a extinção da punibilidade é preciso que realmente seja efetiva a colaboração e que tenha resultados significativos. Deve, ainda, o co-réu ser *merecedor* nos moldes dos requisitos subjetivos. A outro giro, para a redução da pena, é preciso apenas a colaboração voluntária do co-autor, não se levando em consideração requisitos subjetivos. É nesse sentido que podemos afirmar que houve equívocos por parte do legislador, uma vez

⁶ Marcelo Batlouni Mendroni, Promotor de Justiça em São Paulo, comenta que o artigo 14 da Lei n° 9.807/99, “[...] estabelece a redução da pena, de um a dois terços, ao acusado não primário que colaborar da mesma forma que no artigo 13. Apesar de a Lei utilizar o termo ‘terá a pena reduzida’, trata-se, da mesma forma, de facultatividade do julgador, desde que preenchidos os requisitos. Não haveria sentido a previsão de facultatividade para a concessão de perdão judicial, em caso de primariedade e obrigatoriedade em caso de redução de pena no caso de não ser o acusado primário. Seria premiar o reincidente em detrimento do primário, quando as demais condições legais são equivalentes. Seria entregar o garantido ao reincidente e o incerto ao réu primário. Ademais, em ambos os casos as circunstâncias são claramente vantajosas ao acusado e, como dito, exigem a sua contraprestação a contento, cujo teor deve ser analisado pelo Poder Judiciário”.

que, além de desproporcional, não fez questão da imposição de requisitos subjetivos como fez para o recebimento do perdão judicial. Foi absolutamente desproporcional, tendo em vista ter reduzido a pena do crime consumado na mesma quantidade de uma mera tentativa (conforme dispõe o art. 14, parágrafo único, do Código Penal) ou mesmo, de arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal).

Caso o legislador não produza uma nova lei acrescentando requisitos, haverá co-autor reincidente se beneficiando com tamanha premiação oferecida pelo Estado, sem ter colaborado de forma eficiente, mesmo que a personalidade, as circunstâncias, a natureza, a gravidade e a repercussão do crime sejam desfavoráveis. Poderá ocorrer de as autoridades terem que reconhecer a existência da colaboração mesmo sendo sem efetividade. É possível que haja obstáculos por parte dos policiais no momento em que se virem obrigados a relatar que realmente houve a colaboração. As autoridades judiciárias deverão ter atenção dobrada para evitarem todo tipo de simulações dos co-autores em busca do benefício. Poderão surgir situações em que o participante indica local, nomes e indícios falsos, com a intenção predeterminada de alcançar a redução, sem que sua intenção maior seja colaborar efetivamente.

O artigo 14 da Lei nº 9.807/99 dispõe seja a vítima localizada *com vida*. Isto exclui a possibilidade de proteção da integridade física da vítima. É outra falha do legislador, tendo em vista ter conferido um benefício de proporções absurdamente vantajosas ao criminoso acusado, sem ter preocupado com o bem-estar da vítima. Como exemplo, pode ser que em um crime de extorsão mediante seqüestro, caso o co-réu não receba o dinheiro requisitado, contrariando seus planos, após ter torturado a vítima, ter dado tratamento cruel e desumano, tê-la deixado na iminência da morte, maliciosamente, colabora com as autoridades judiciárias e entrega os demais criminosos recebendo benefício de tamanha consideração. Enfim, o legislador criou uma lei que poderá gerar injustiças.

Quanto à Lei dos crimes hediondos, Lei nº 8.072/90, a redução de um a dois terços será para o participante ou o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento. O requisito para a concessão da redução da pena é somente a denúncia dos integrantes da organização criminosa com a conseqüente possibilidade do desmantelamento dos agentes. O escopo do legislador é o grupo criminoso. Ocorre que são variados os tipos de crimes considerados hediondos no elenco do art. 1º da lei em questão. No caso dos incisos II, IV, VII-B (latrocínio, extorsão mediante seqüestro, crimes *laboratoriais*, respectivamente), por exemplo, são delitos que têm como produto, objetos de valor e, ainda assim, não há exigência de requisitos suficientes na produção de informações para a autoridade no caso de uma eventual colaboração. Deveria haver mais exigências para o colaborador receber o benefício, como a recuperação do produto do crime, a localização da vítima e outros

que façam compensar o valeroso benefício que o legislador oferece a um co-autor de um crime hediondo.

O art. 159, § 4º, do CP, trata da delação premiada para o crime de extorsão mediante seqüestro, como também trata o parágrafo único do art. 8º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90). No entanto, no primeiro caso, a exigência do colaborador é apenas denunciar o crime facilitando, dessa forma, a libertação da vítima e no segundo caso, exige-se a denúncia do bando com o possível desmantelamento.

Daí surge a necessidade de saber qual das exigências deverá ser cumprida para a concessão da premiação perante o presente concurso aparente de normas. Conforme o entendimento legal e doutrinário, por dois motivos deverá aplicar o § 4º do art. 159 do Código Penal. O primeiro é que a lei que introduziu a delação premiada no CP, Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996, afasta a aplicação do parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.072, de 26 de julho de 1990, já que a lei posterior revoga a anterior, por abarcar a mesma matéria, nos moldes do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Segundo, pela aplicação do princípio da especialidade, a delação premiada introduzida no § 4º do crime de extorsão mediante seqüestro tem relação, em especial, somente com este crime. E no caso em tela, deve considerar a lei de crimes hediondos ser *geral* já que trata dos variados crimes dispostos no elenco do art. 1º. Assim, como a lei especial prevalece sobre a geral, permanecerá o disposto no Código Penal quanto ao crime de extorsão mediante seqüestro.

A delação premiada foi introduzida no Código Penal no § 4º do art. 159 pela Lei nº 9.269/96. A redução de pena, neste caso, tem como requisito, quando o crime é cometido em concurso, a *facilitação* da libertação da vítima proveniente da denúncia do crime pelo concorrente. Não é preciso ter efetividade na localização da vítima, nem entrega dos demais criminosos, desde que o colaborador facilite o trabalho das autoridades. Percebe-se, novamente, que o legislador conferiu um benefício de proporções imensuráveis a troco de pouca contribuição. A Lei nº 8.137/90 trata dos crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e contra as relações de consumo. Prevê no art. 16, parágrafo único, que em relação aos crimes “[...] cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. O legislador não exigiu pré-requisitos subjetivos nem objetivos. É possível que apenas a revelação da engenharia criminosa não colabore a ponto das autoridades fazerem a devida apreensão dos agentes da organização ou recuperar o produto do crime.

Nesse tipo de crime, há a possibilidade de haver enormes rombos na economia do

Estado, empresa ou de um particular, gerando, por outro lado, o enriquecimento dos criminosos. Caso o co-autor cumpra a exigência da lei, que é apenas revelar a trama delituosa, receberá a redução de um a dois terços na sua pena e seus comparsas poderão continuar ativos produzindo riquezas e causando prejuízos aos cofres da administração pública ou particular. A Lei de Crime Organizado, Lei nº 9.034/95, também dispõe sobre a redução da pena no art. 6º nos seguintes moldes: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Para o acusado ou indiciado receber a premiação deve ser a colaboração espontânea, isto é, sem incitação nem motivação das autoridades judiciárias e o esclarecimento das infrações penais cometidas pela organização criminosa bem como dos co-autores. Diante da vasta lista de crimes que uma organização criminosa pode se especializar, a problemática figura da mesma forma que nas outras leis. Esta lei não adequou o benefício aos crimes que podem vir a serem praticados pelas organizações criminosas. A discussão é a mesma, ou seja, há uma enorme vantagem ao acusado a troco de poucas exigências que podem levar à solução de um crime. A Lei nº 9.613/98 que dispõe sobre os crimes de *lavagem* ou ocultação de bens, direitos e valores, no § 5º do art. 1º, também concede a premiação da seguinte forma:

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

O Legislador foi mais cuidadoso ao tecer a delação premiada neste dispositivo legal, ele exigiu que a colaboração fosse espontânea. Exigiu também que, além de conduzir a apuração do crime, que se apurasse a autoria. Restou demonstrado que a preocupação com a identificação dos demais co-autores e partícipes existe. Além de demandar a localização do produto do crime.

No entanto, não são exigências cumulativas devido à conjunção *ou* entre os requisitos expostos. Ademais, o colaborador receberá o benefício desde que contribua da forma que a lei requer, tendo em vista a conjunção exigindo o cumprimento completo da colaboração. A Lei não confere apenas a redução da pena, dispõe que, se houver a redução, a pena será inicialmente cumprida em regime aberto. Autorizou ainda a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a pena. Como já expusemos anteriormente, primeiro o julgador condena o delator para depois deixar de aplicar a penalidade. Todos os efeitos secundários de uma condenação serão atribuídos ao colaborador,

tais como a possibilidade de reincidência, custas processuais, lançamento do nome do delator no rol dos culpados, reparação dos danos e demais. Não é aplicável aqui a Súmula 18 do STJ porque não se trata de perdão judicial. A Lei n° 10.409/02 tratava tanto da colaboração processual como da proposta premiada, a colaboração processual estava inserida no art. 32, § 2°, da seguinte maneira:

§ 2°. O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da justiça.

Esse antigo instituto requeria participação mais efetiva do Ministério Público na medida em que o acordo era realizado pelo *Parquet*. Ademais, gerava o sobrestamento do processo ou redução da pena. Ambos requeridos na denúncia, o que vinculava a participação do magistrado. O legislador também inseriu na antiga lei de tóxicos a figura da proposta premiada disposta no artigo 32, § 3°, ao estabelecer que:

Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.

Nesse instituto, o legislador vinculou a decisão do juiz à proposta do representante do Ministério Público. Já os benefícios oferecidos figuravam no perdão judicial ou redução da pena. Com a produção da nova lei de combate ao tráfico de drogas (Lei n° 11.343/06), tanto a *colaboração processual* como a *proposta premiada* foram revogados. Contudo, permaneceu a figura da delação premiada. O artigo 41 da referida norma diz que:

[...] o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Percebe-se que exigiu o legislador apenas a voluntariedade. Assim, basta o indiciado ou acusado concordar com a colaboração para ser válida, não necessita que seja espontânea. A lei refere-se ao indiciado e acusado, dessa maneira, entende-se que a

delação premiada pode ser efetuada tanto na produção do inquérito policial quanto no decorrer do processo.

6. Temas controvertidos sobre a delação premiada

A delação premiada, mesmo não sendo considerada instituto inédito na legislação e doutrina do Brasil, vem criando inúmeras interrogações quanto ao seu uso na prática pela busca da verdade processual. Como já explicitado, o legislador tentou uniformizar o instituto da delação premiada com a publicação da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. No Capítulo II, foram tecidos os artigos 13 e 14 que tratam do perdão judicial e redução da pena em caso de colaboração, respectivamente, conforme exposto acima. O legislador criou e instalou esses dois artigos para uniformizar a delação premiada no direito brasileiro. Para o colaborador adquirir a premiação levando em consideração a presente lei, é preciso que preencha muito mais requisitos do que o estipulado em todas as outras leis tratadas até o momento.

Tendo em vista estar a delação premiada inserida na Lei nº 9.807/99, e desse modo, abarcar exatamente a mesma matéria, também, introduzida na Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos), Lei nº 8.137/90 (sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), Lei nº 9.034/95 (crime organizado), Lei nº 9.269/96 (introduziu a delação premiada no Código Penal) e Lei nº 9.613/98 (lavagem ou ocultação de bens), deve-se entender que a Lei nº 9.807, de 1999, revoga aquilo que foi disposto sobre o instituto em todas as leis anteriores à ela. A lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior conforme dita o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil⁷.

Podemos entender, desse modo, que em qualquer crime praticado em concurso de pessoas que seja possível a aplicação do instituto da delação premiada deverá o colaborador preencher as exigências dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 para receber ou o perdão judicial ou a redução da pena (um a dois terços), dependendo do caso⁸.

⁷ O professor Damásio (JESUS, 1993, p. 21) afirma que: “Os preceitos da LICC se aplicam a todos os ramos do Direito. É aplicável, pois, ao Direito Penal, o seu art.4º, que afirma a integração da norma jurídica pela analogia, costumes e princípios gerais de direito”.

⁸ O professor Greco (2006) expõe que em parte de nossa doutrina, o perdão judicial disposto na Lei nº 9.807/99 não ficou limitado apenas ao crime de extorsão mediante seqüestro. Pode ser concedido em qualquer outra infração penal desde que preencha os requisitos elencados pelo artigo 13 do citado diploma legal. De modo contrário, a opinião particular do autor é que seja aplicado o artigo 13 da Lei nº 9.807/99 em conjunto com o inciso IX do artigo 107 do CP. O que o leva a entender que o perdão judicial somente poderá ser concedido nos casos previstos em lei, “[...] não podendo o julgador, ao seu talante, aplicá-lo às demais infrações penais para as quais não foi consignada expressamente tal possibilidade. Embora o art. 13 da Lei nº 9.807/99 não diga expressamente, podemos concluir, mediante interpretação teleológica, que a idéia-força que motivou a edição do referido artigo foi a de ser aplicado ao delito de extorsão mediante seqüestro” (GRECO, 2006, p. 778).

Todo esse entendimento prova o desacerto do legislador quanto à publicação de leis preenchendo o ordenamento jurídico de aberrações, como se pode notar.

Contudo, há outro entendimento. Cada lei que traz o instituto da delação premiada é norma temática (Lei contra o Crime Organizado, Lei de Tóxicos, Lei sobre Crimes Hediondos etc.). Por exemplo, a Lei de Tóxicos (Lei nº 11.343/06) aplica apenas os requisitos exigidos pelo artigo 41. Não há perdão judicial. Apenas há a redução da pena como manda a norma. Enfim, o legislador escolheu os benefícios que entendeu específicos para cada lei. Assim, nos crimes praticados contra a ordem tributária, aplicam-se somente as exigências da Lei nº 8.137/90, bem como os benefícios próprios do instituto nela inseridos. Não há revogação alguma. Segue-se aplicação da lei especial em vista do princípio da especialidade. O uso da Lei nº 9.807/99 fica para todos aqueles crimes que não configuram delitos tipificados nas leis específicas que já possuem o instituto da delação premiada.

Em outra vertente, podemos concluir que se aplica, dependendo do caso, a lei que oferecer mais benefícios ao delator/colaborador. Ora se aplica a Lei nº 9.807/99, ora a lei temática que faz referência ao crime praticado pelo grupo organizado. Tudo dependendo, diante do caso concreto, de qual a norma mais benéfica para o colaborador. Outra questão que merece ser discutida é se poderá fazer o uso do instituto da delação premiada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nos termos do artigo 621, inciso III, do Código Processual Penal brasileiro é absolutamente cabível a delação premiada. A revisão dos processos findos será admitida quando após a sentença descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Assim, por analogia em favor do delator, o benefício não é aplicado somente até a fase da sentença⁹. A colaboração posterior ao trânsito em julgado deve ser beneficiada com os prêmios relativos à delação premiada. Obviamente, referimo-nos apenas ao delator-colaborador tendo em vista existir somente a revisão *pro réu*. Quanto aos demais acusados não será possível a majoração das penalidades aplicadas com a produção de provas contra eles após o trânsito em julgado por ser proibida no direito penal brasileiro a revisão *pro societate*.

Evidentemente, devem-se preencher todos os requisitos legais, inclusive os de que o ato se refira à delação dos co-autores ou partícipes dos crimes objeto da sentença rescindenda. Deve ser levado em consideração o fato de que os demais co-autores não tenham sido absolvidos definitivamente no processo originário, pois, desse modo, não seria eficaz.

⁹ Jesus (2006) entende a questão de forma uniforme ao dizer que: “Não se pode excluir, todavia, a possibilidade de concessão do prêmio após o trânsito em julgado, mediante revisão criminal”.

Na hipótese do acusado de um crime de pequeno porte requerer o benefício com fulcro na Lei nº 9.807/99, alegando ser de direito tendo em vista caber para todos os crimes, deve o magistrado analisar a situação cuidadosamente para evitar a desproporção entre o alto benefício a ser concedido e o lucro que a justiça irá proferir. A utilização da aplicação do benefício à casos de prática de crimes de baixa ou média potencialidade ofensiva não se justifica pelo alto grau do benefício e a pequena equivalência do retorno para a administração da justiça. Claro que a análise sempre dependerá do caso concreto. Por exemplo, vamos admitir que no percurso de uma investigação ou processo consiga-se a certeza de que a prática do crime decorreu de parceria entre aquele que o executa, quebrando a porta de vidro da agência bancária, desativando o alarme, com aquele que apenas vigiou de dentro do carro numa esquina, não teria justificativa conceder o benefício legal para que o primeiro denuncie o vigia. Contudo, se o assaltante pertence a uma organização criminosa especializada em assaltos a bancos, procurada pela polícia em todo o País, famosa por furtar milhões de reais em várias agências, justifica a concessão do benefício já que a contribuição do colaborador com a delação dos demais co-autores é de alto grau valorativo para a Justiça.

Outra situação bastante interessante se vislumbra na hipótese de integrante de uma quadrilha organizada em praticar determinado tipo de crime delatar outros integrantes de outro grupo organizado com especialização em outros crimes. Com a sua denúncia, verifica-se altíssima contribuição à Justiça e, por isso, o colaborador requer a concessão dos benefícios oferecidos pela legislação premial. Seria direito de o delator receber a premiação mesmo denunciando, com eficácia, outra organização?

A legislação não trata desta questão especificamente. Contudo, é possível interpretar tal dispositivo legal¹⁰ negando a interrogação. A lei é clara ao dizer que deverá identificar os demais co-autores ou partícipes *da ação criminosa* e não de qualquer ação criminosa, ou mesmo, de qualquer grupo criminoso. Além disso, o texto legal fala na identificação *da vítima*, e não de qualquer vítima de qualquer crime. Também não exige a recuperação total ou parcial do produto de qualquer crime por aí praticado, mas sim, do crime, isto é, daquele crime em que o acusado está sendo investigado¹¹.

7. Responsabilidade civil por denúncia caluniosa

A responsabilidade civil pode ser aplicada àquele que denunciar sem pudor, delatar por mera denúncia, apenas com o intuito de adquirir o bônus do instituto da delação premiada. Foi visto que a delação premiada oferece perdão judicial ou redução da

¹⁰ No caso em tela, referimo-nos à Lei nº 9.807/99.

¹¹ Jesus (2006) também entende que não cabe o benefício ao acusado nestas circunstâncias, “[...] uma vez que as normas relativas à matéria exigem que o sujeito ativo da delação seja participante do delito questionado (co-autor ou partícipe)”.

pena, na maioria dos casos. Pode acontecer de o acusado se precipitar ao tentar obter qualquer benefício. Às vezes o acusado denuncia outrem sem provas. Ou delata aquele que não pertence à organização criminosa. Pode buscar o benefício delatando alguém que não faça parte da prática do crime pelo qual está sendo acusado. Ou mesmo seu inimigo. Por dinheiro, pelo benefício ou qualquer outro motivo.

A questão é que se delatar alguém sem provas ou que não faça parte do crime pelo qual o acusado está respondendo implica responsabilidade civil. Ademais, o delator incorre nas iras do artigo 339 do Código Penal, caso claro de denúncia caluniosa¹². As conseqüências para aquele que foi denunciado sem provas são terríveis. Falamos em conseqüências na vida social dessa pessoa. Certamente será investigada pela polícia judiciária e pelo Ministério Público. Não será bem vista pela sociedade nem pela comunidade onde vive. Não conseguirá ser aprovada em concursos públicos, dependendo do concurso. A família sentirá os efeitos da denúncia irresponsável. Enfim, retira todo o crédito da pessoa construído ao longo da vida. Ofende o direito à honra. Produz dano de difícilíssima reparação. É questão que gera indenização por danos morais pela ofensa à honra da pessoa denunciada.

A honra constitui pressuposto indispensável para que a vítima possa progredir no seu meio social e conquistar um lugar adequado na sociedade. A honra subdivide-se em dois diferentes aspectos. A honra objetiva e a honra subjetiva. A objetiva diz respeito à reputação que terceiros dedicam a alguém. A subjetiva configura no próprio juízo valorativo que determinada pessoa faz de si mesma. A violação tanto da honra objetiva, quanto da subjetiva, propicia reparação por dano moral.

O delator deve, dessa maneira, reparar o denunciado por ofensa à honra, braço dos direitos da personalidade. Direito pautado na carta civil de 2002, prescrito no artigo 186 da seguinte forma: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Para completar, dispõe o artigo 927 da mesma codificação que “[...] aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Ex positis, a denúncia sem cabimento implica risco para os direitos de outrem. Assim, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, o que configura a responsabilidade civil objetiva dedicada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

¹² O artigo 339 do código penal brasileiro diz que: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

8. Referências bibliográficas

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 1976.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>>. Acesso em: 22/01/2006.

PONTES, Bruno Cezar da Luz. Alguns comentários sobre a Lei 9807/99. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1005>>. Acesso em: 30 out. 2007.

SANTOS, Abraão Soares dos. A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 818, 29 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7353>>. Acesso em: 30 out. 2007.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado, procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

1.2 BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG

Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG

Professor da PUC/MG

RESUMO: O presente artigo pretende, de uma forma sucinta, demonstrar a possibilidade de o Ministério Público aplicar medida sócio-educativa no momento do oferecimento da remissão pré-processual ao adolescente infrator.

PALAVRAS-CHAVE: adolescente infrator; medidas sócio-educativas; remissão pré-processual.

ABSTRACT: This article intends, in a brief way, to demonstrate the possibility of the prosecutor applying social-educational measures when offering pre-procedural reference for the adolescent offender.

KEY WORDS: adolescent offender; social-educational measures; pre-procedural remission.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O instituto da remissão na Lei n. 8.069/90: conceito e espécies. 3. Argumentos doutrinários contrários à cumulação da remissão pré-processual com medida sócio-educativa. 4. A possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

É longa e antiga a discussão na doutrina minorista acerca da possibilidade de o Ministério Público aplicar medida socioeducativa no momento do oferecimento da remissão pré-processual ao adolescente infrator. Pelo que se vê na prática processual cotidiana, pode-se afirmar, em apertada síntese, que existem duas correntes doutrinárias a respeito do tema: a primeira defende a impossibilidade dessa cumulação, com fundamento na Súmula nº 108 do Superior Tribunal de Justiça – STJ e nos princípios constitucionais do devido

processo legal, do contraditório e da ampla defesa; a segunda refuta os argumentos da corrente anterior e ainda alega que o artigo 127 da Lei nº 8.069/90 permite expressamente tal cumulação.

Neste trabalho, pretende-se perfilar a segunda corrente doutrinária, essencialmente porque os argumentos expendidos pela primeira corrente não são sólidos o suficiente para impedir a cumulação da remissão pré-processual com a medida socioeducativa, ao passo que o posicionamento dessa segunda corrente encontra amplo respaldo na legislação infraconstitucional e na jurisprudência consagrada dos principais tribunais do país, a exemplo do Supremo Tribunal Federal – STF e do STJ, além do que tal posicionamento permite a promoção de uma efetiva celeridade processual.

Aliás, a respeito da celeridade processual, é sempre importante rememorar a consagrada lição do inesquecível Ruy Barbosa, segundo a qual “Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Sendo assim, este artigo aventura-se em dar uma pequena contribuição a um debate já tão acalorado, na expectativa de que a tese da possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa saia vencedora e, com isso, a justiça no caso concreto seja obtida com efetiva celeridade.

2. O instituto da remissão na Lei nº 8.069/90: conceito e espécies

A palavra remissão é tida pela norma culta como sinônimo de clemência, perdão. Como instituto jurídico menorista, a remissão vem especificamente prevista no Capítulo V do Título II da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), nos artigos 126 a 128, e pode ser entendida como forma de paralisar ou encerrar a apuração de ato infracional sem que haja uma sentença de mérito absolutória ou condenatória. Através da remissão, portanto, suspende-se ou interrompe-se o *iter* da persecução do ato delitivo praticado por adolescente. Nas palavras de Mirabete (2003, p. 425), através da remissão,

[...] procura-se, em casos especiais, evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da Justiça de Menores, como, p. ex., o estigma da sentença. No confronto dos interesses sociais e individuais tutelados pelas normas do Estatuto (interessa à sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente, ainda que infrator), o instituto da remissão, tal como o princípio da oportunidade do processo penal, é forma de evitar a instauração do procedimento, suspendê-lo ou extingui-lo [...].

Por não permitir a discussão do mérito em feitos envolvendo a apuração de ato infracional, a remissão “[...] não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes” (art. 127 do ECA). Para o oferecimento da remissão, a autoridade competente deverá sempre observar os requisitos exigidos pelo art. 126, *caput*, parte final, do ECA, quais sejam, as circunstâncias e conseqüências do fato, o contexto social, a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

O ECA prevê duas espécies distintas de remissão. A primeira delas vem estampada no seu artigo 126, *caput*, e é aquela oferecida pelo Ministério Público antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, tendo como efeito prático a exclusão do processo. A essa primeira espécie, para fins deste trabalho, dá-se o nome de *remissão pré-processual*. A remissão pré-processual, segundo lição do Professor Mirabete,

[...] justifica-se ‘quando o interesse de defesa social assume valor inferior àquele representado pelo custo, viabilidade e eficácia do processo’ (Paulo Afonso Garrido de Paula, ‘Direitos de infrator exigem respeito’, O Estado de São Paulo de 24.4.91, p. 14). Reserva-se, assim, às hipóteses em que a infração não tem caráter grave, quando o menor não apresenta antecedentes e quando a família, a escola ou outras instituições de controle social não institucional já tiverem reagido de forma adequada e construtiva ou seja provável que venham reagir desse modo [...].

A segunda modalidade vem prevista no art. 126, parágrafo único, ECA, e é aquela oferecida pela autoridade judiciária quando o procedimento judicial já foi iniciado, tendo como efeito prático a suspensão ou extinção do processo. A essa modalidade, também para os fins deste trabalho, dá-se o nome de *remissão processual*.

Quanto à possibilidade de cumulação da remissão processual com medida socioeducativa não há qualquer embate relevante na doutrina, estando a matéria absolutamente pacificada, até mesmo porque o art. 127 do ECA é de clareza solar ao dispor que a remissão pode “[...] incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação”.

Dúvidas remanescem apenas no que diz respeito à cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa, ou, em outras palavras, discute-se se o art. 127 do ECA é também aplicável à remissão pré-processual. Inúmeros são os argumentos contrários e em prol da aplicação do referido dispositivo legal à remissão pré-

processual. Por questões didáticas, passa-se a analisá-los detidamente em capítulos separados.

3. Argumentos doutrinários contrários à cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa

A respeitável corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa fundamenta o seu entendimento no conteúdo da Súmula nº 108 do STJ, bem como nos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Nos termos do verbete da Súmula nº 108 do STJ, “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”.

Ora, pondera essa corrente, se somente a autoridade judiciária pode aplicar medida socioeducativa, a remissão pré-processual, por ser oferecida pelo Ministério Público, não poderia ser cumulada com medida dessa natureza. Reforça tal argumento o fato de que o art. 148, II, ECA, assevera ser a Justiça da Infância e da Juventude aquela competente para conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo. Sustenta ainda essa corrente que a imposição de medida socioeducativa ao menor infrator deveria respeitar o devido processo legal, no sentido de que somente seria possível a aplicação de tal medida ao final do procedimento previsto nos artigos 182 e seguintes do ECA, o qual tem início com a representação encaminhada pelo Ministério Público à autoridade judiciária, prossegue com a realização de audiências de apresentação do menor e de instrução e julgamento, bem como a abertura de vista às partes para apresentação de alegações finais, e encerra-se com a prolação da sentença (in casu) condenatória.

Os doutrinadores adeptos dessa corrente também afirmam que a imposição de medida socioeducativa sem o cumprimento do *iter* acima narrado violaria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o adolescente sofreria gravame em sua situação pessoal sem que tivesse oportunidade de efetivamente se defender. Apesar do brilhantismo dos argumentos construídos por essa corrente doutrinária, verificar-se-á no tópico a seguir que eles não são suficientes para impedir a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa.

4. A possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa

Após praticar as providências aludidas no art. 179 do ECA, como forma de investigação do cometimento de ato infracional, o Ministério Público, segundo o art. 180 do Estatuto, passa a ter a possibilidade de adotar três comportamentos distintos, quais sejam, a

promoção do arquivamento dos autos (inciso I), a concessão da remissão (inciso II) e a representação à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa (inciso III).

Voltando-se o olhar apenas à segunda hipótese, constata-se que o art. 126, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente possibilita que o órgão ministerial, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração do ato infracional, conceda a remissão como forma de exclusão do processo (remissão pré-processual), desde que obviamente sejam observados os critérios norteadores contidos no referido dispositivo legal.

Avançando na análise sobre o tema, verifica-se que o art. 127 do ECA, sem fazer qualquer distinção entre remissão pré-processual e remissão processual, assevera expressamente que a remissão (gênero) pode incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Pela leitura da redação do art. 127 do ECA, portanto, já é possível perceber que inexistente vedação legal à cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa; a única restrição imposta por lei é a que diz respeito à proibição de oferecimento da remissão pré-processual em conjunto com a aplicação das medidas que impliquem privação da liberdade do menor (semiliberdade e internação).

Como é cediço, é regra de Hermenêutica Jurídica que toda exceção deve vir sempre prevista expressamente em lei; como o art. 127 do ECA não fez qualquer restrição à remissão pré-processual, mesmo deixando claro no artigo imediatamente anterior que existem dois tipos de remissão (a pré-processual e a processual), conclui-se que a própria letra da lei (art. 127 do ECA) permite a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa (exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação). É esse o entendimento consagrado no STJ, conforme se vê do esclarecedor aresto a seguir:

RECURSO ESPECIAL – PENAL – LEI Nº 8.069/90 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA – REMISSÃO OFERECIDA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – HOMOLOGAÇÃO EM JUÍZO – CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO – 1. Esta Corte Federal Superior firmou já entendimento no sentido de que, por força mesmo da letra da Lei, pode o magistrado, ao homologar a remissão concedida pelo órgão ministerial, impor outra medida sócio-educativa prevista na Lei nº 8.069/90, excetuadas aquelas que impliquem semiliberdade ou internação

do menor infrator. Precedentes. 2. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2004).

Embora desde já esteja cristalina a possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa em meio aberto em virtude de autorização legal expressa nesse sentido, consideremos, por amor ao debate e apenas a título de argumentação, que a interpretação gramatical é sempre aquela mais pobre, simplória por demais para resolver uma questão tão polêmica, e avancemos ainda mais na discussão do tema, analisando com vagar os argumentos apresentados no item 2 deste trabalho.

De logo, com base nos mesmos argumentos acima expendidos, constata-se que a multicitada cumulação não ofende de modo algum o princípio constitucional do devido processo legal. Ora, conforme já exaustivamente visto neste trabalho, é a própria legislação menorista sobre o processo infracional, nos artigos 126, *caput*, e 127, do ECA, que autoriza expressamente a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto.

Sendo assim, observa-se que a imposição de medida socioeducativa de regime aberto na fase da remissão pré-processual obedece rigorosamente o devido processo legal. Somente haveria ofensa a esse princípio constitucional se o Ministério Público, junto com a remissão pré-processual, oferecesse a aplicação de medida socioeducativa de regime fechado (semiliberdade e internação), pois aí sim haveria vedação legal expressa. Seguindo essa mesma linha de inteligência já decidiu a jurisprudência nacional:

HABEAS CORPUS – MENINA MENOR INFRATORA QUE MERECEU SER SUBMETIDA ÀS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE ADVERTÊNCIA E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE EM REMISSÃO SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM QUE SE DENEGA. Não se apresenta inconstitucional e abusiva a imposição de medidas socioeducativas de advertência e prestação de serviços à comunidade em remissão, se tais medidas estão expressamente contempladas nos artigos 126 e 127 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. A ressalva se prende às medidas de internação e semiliberdade. In casu, como deflui das judiciosas informações do MM Dr. Juiz a quo apontado como autoridade judiciária coatora, de se aplicar até mesmo a Súmula 108 do STJ. Se se trata de medidas providas de negócio bilateral objetivando evitar a instauração de procedimento infracional, *não há violação a qualquer*

princípio de natureza constitucional ou processual, até porque tal procedimento está previsto na própria lei de menores, e, na verdade, o due process of law é justamente aquele previsto na norma legal. Logo, não há que falar em quebra do devido processo legal e, muito menos, em inconstitucionalidade. Writ, pois, que se denega. (RIO DE JANEIRO, 2001, grifo nosso).

Em meio a esse contexto, é preciso fazer menção à Súmula nº 108 do STJ, publicada no DJ na já longínqua data de 22/06/1994, cujo verbete é o seguinte: “A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”. Esta Súmula, ao contrário do que aparentemente possa parecer, não foi editada como forma de vedar a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa. Na verdade, o STJ, com tal verbete, procurou encerrar longa discussão existente na doutrina sobre a possibilidade ou não de que órgão diverso do Poder Judiciário (*in casu*, o Ministério Público) praticasse, em um processo judicial, ato decisório, discussão surgida diante da redação do art. 126, *caput*, ECA, segundo a qual o *Parquet* poderá *conceder* a remissão pré-processual (e, por consequência, a medida socioeducativa).

Ora, como já defendia doutrina amplamente majoritária antes da edição da Súmula *sub oculis*, é óbvio que o simples ato de concessão da remissão pré-processual pelo Ministério Público não tem caráter decisório, pois, para que esse ato tenha plena eficácia, há necessidade da homologação judicial. Nesse sentido, inclusive, frise-se que o art. 181, parágrafo 1º, ECA, estabelece que a autoridade judiciária homologará a remissão (gênero), determinando, em seguida, conforme o caso, o cumprimento da medida (que só pode ser a socioeducativa).

O advento da Súmula nº 108 STJ, portanto, veio apenas consagrar o entendimento dessa corrente doutrinária, deixando bem claro que cabe ao Ministério Público o oferecimento da remissão pré-processual, mas esse ato somente obterá sua eficácia com a chancela judicial, o que não implica, ressalte-se novamente, a proibição da cumulação da apontada modalidade de remissão com medida socioeducativa em meio aberto. Comentando a questão em apreço, as Promotoras de Justiça fluminenses apresentam entendimento idêntico ao aqui esposado, nesses termos:

Ao prever a remissão, a Lei 8.069/90 expressamente autorizou ao Ministério Público a inclusão de medida socioeducativa, com exceção das de semi-liberdade e de internação (art. 127). A matéria causa divergência na doutrina e na jurisprudência em virtude, basicamente, da expressão ‘conceder’ utilizada no texto legal, a qual vem ensejando nebulosa interpretação no sentido de que se teria conferido poder decisório a órgão diverso do Poder Judiciário. Tal controvérsia resultou na edição

do verbete n. 108 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: 'A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz' [...]. (MORAES; RAMOS, 2006, p. 789).

Segue o mesmo trilhar o sempre brilhante Juiz da Infância e da Juventude do Estado do Rio Grande do Sul, Saraiva (2006, p. 149), que assim leciona:

Como expresso no caput do art. 112, apenas a autoridade competente poderá aplicar a medida sócio-educativa e esta autoridade será sempre judiciária a teor da Súmula 108 do STJ, cuja ementa dispõe: a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz. Tal entendimento não desfigura o instituto da remissão composta pelo MP, como forma de exclusão do processo, pois quando o agente do Ministério Público concertar remissão a que seja cumulada medida socioeducativa e quando esta deliberação for posta sob apreciação do Juiz e este a homologar, será a Autoridade Judiciária quem estará aplicando a medida ajustada pelo Ministério Público, neste caso somente no pertinente às chamadas medidas socioeducativas em meio aberto, únicas possíveis de serem impostas ao adolescente em sede de remissão, como tratado anteriormente.

É imprescindível ainda destacar que o próprio STJ, em decisões posteriores à edição da Súmula nº 108, deixou assente o posicionamento ora defendido, como se vê dos arestos a seguir transcritos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA DO MENOR. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. – Da exegese sistemática das normas componentes do Estatuto da Criança e do Adolescente extrai-se o entendimento de que a remissão concedida pelo Ministério Público pode ser cumulada com medida socioeducativa que não implique restrição ou privação de liberdade (art. 127, do ECA). – Não ocorre violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa na hipótese em que, embora ausente a oitiva do menor infrator, é homologada a concessão de remissão, determinando-se a aplicação de medida socioeducativa de liberdade assistida. – Precedentes deste Tribunal. – Recurso improvido. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2002a).

PENAL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI n. 8.069/90). ART. 127. REMISSÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. CUMULAÇÃO. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Não há falar em constrangimento ilegal decorrente da homologação pelo Juiz de remissão concedida pelo Ministério Público, simultaneamente à aplicação de medida socioeducativa – prestação de serviços à comunidade, ante a possibilidade de sua cumulação, ex vi do art. 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido”. (BRASIL, 2000).

O Pretório Excelso também já julgou a matéria nesse sentido, como se constata do seguinte aresto:

Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido. (BRASIL, 2002b).

Em consonância com a redação do art. 127 do ECA, autorizadora da cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto, pontifica o ilustre Costa (2004, p. 264): “Na verdade, a remissão por iniciativa do Ministério Público é ato bilateral complexo, uma vez que só se completa mediante a homologação da autoridade judiciária”. Encerrando definitivamente a polêmica, as Promotoras

cariocas (MORAES; RAMOS, 2006, p. 791), novamente com brilhantismo, arrematam:

Assim, quando o Parquet concede a remissão e nela inclui a aplicação de medida socioeducativa para o adolescente, promove nos autos a sua opção em não representar, submetendo este entendimento ao Poder Judiciário, que decidirá se o homologa, determinando, ou não, ao jovem o seu cumprimento. Portanto, o fato de o cumprimento da medida depender da decisão judicial homologatória para receber exigibilidade (art. 181, parágrafo 1º, ECA) não obsta a que a sua aplicação seja incluída no ato remissivo promovido pelo Ministério Público.

Superados os dois primeiros argumentos contrários à cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa, resta ainda analisar se tal cumulação violaria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Para essa análise, rememorando lição abalizada do insigne Professor Saraiva (2006), segundo a qual o regramento da apuração de ato infracional constitui verdadeiro Direito Penal juvenil, façamos uma similitude entre a remissão pré-processual e o instituto da transação penal, no qual também há aplicação de uma determinada medida ao autor dos fatos, proveniente de proposta ofertada pelo Ministério Público e homologada pela autoridade judicial, sem que isso implique qualquer violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A jurisprudência pátria, adotando o critério de correlação entre a transação penal e a remissão pré-processual, já decidiu sobre a possibilidade de cumulação entre esta última e medida socioeducativa de regime aberto, como se vê dos arestos a seguir, *in verbis*:

INFRACIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA [...]. HOMOLOGAÇÃO DA MEDIDA PELO JULGADOR. 1. Cabe ao órgão do ministério público, titular da ação pública socioeducativa, conceder a remissão como forma de exclusão do processo, que pode ser cumulativa com medida socioeducativa não privativa de liberdade, caso em que deve haver a anuência do adolescente e de seu representante legal, constituindo autêntica transação. 2. Compete ao julgador homologar a remissão, caso com ela concorde [...]. (RIO GRANDE DO SUL, 2002).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PEDIDO DE REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE – CONCESSÃO DE REMISSÃO SIMPLES

EM 1º GRAU – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PROVIMENTO – A concessão de remissão, como forma de exclusão do processo, é de iniciativa do ministério público, podendo haver cumulação de medida sócio-educativa de prestação de serviço à comunidade desde que haja acordo entre órgão ministerial, adolescente infrator e seu responsável, conforme art. 127 do eca [...]. (DISTRITO FEDERAL, 2005).

Ainda fazendo a correlação entre os institutos da remissão pré-processual e da transação penal, verifica-se que as únicas cautelas que devem ser observadas para a aplicação daquele, assim como ocorre com a aplicação deste, são: conforme já mencionado pelas decisões acima transcritas, a concordância do menor e do seu representante legal com a proposta oferecida pelo Ministério Público e o acompanhamento do adolescente por advogado, como muito bem lembrado pelo Professor gaúcho Saraiva (2002, p 59):

Evidentemente que se na remissão concertada pelo Ministério Público, de caráter pré-processual, vier proposta a aplicação de alguma medida socioeducativa, em nome do contraditório, haverá de o adolescente estar acompanhado de Defensor na audiência pré-processual realizada junto ao Ministério Público onde operou-se a transação, expressa na remissão.

Há ainda de se mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 128, consagra a possibilidade de revisão judicial, a qualquer tempo, a pedido do próprio adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público, da medida aplicada por força da remissão, o que constitui, sem dúvida alguma, mais uma forma de proteger os interesses do menor com relação à referida medida.

Por tudo quanto até aqui exposto, não há que se falar em violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando concedida remissão pré-processual cumulada com medida socioeducativa. Por fim, é preciso ponderar sobre a conveniência prática da aplicação de medida socioeducativa de regime aberto no momento do oferecimento da remissão pré-processual.

Admitir a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto significa antecipar a aplicação dessa medida sem que haja a necessidade de transcorrer todo o longo *iter* do processo de apuração do ato infracional, provocando a redução de custos para o Estado (que não aciona a sua máquina judiciária) e para o próprio adolescente (que deixa de constituir advogado e de arcar com as custas processuais), isso sem falar na eliminação do desgaste psicológico inerente ao desenvolvimento de qualquer processo judicial, além do que traz uma efetiva celeridade aos feitos envolvendo ato infracional.

Aliás, é sempre bom reprimir que a promoção da celeridade em feitos de qualquer natureza é uma das maiores exigências do mundo pós-moderno e globalizado, tanto que, no Brasil, foi elevada à condição de direito fundamental do cidadão pela Emenda Constitucional nº 45/2004, passando a constar no rol do art. 5º da Carta Magna, mais precisamente no seu inciso LXXVIII.

Encerremos este tópico com um apanhado geral feito pelo Professor Mirabete (2003, p. 426) de tudo quanto aqui foi desenvolvido, inclusive com relação às vantagens práticas advindas da cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto:

A remissão pode ser concedida como perdão puro e simples, sem a aplicação de qualquer medida, ou, a critério do representante do Ministério Público ou da autoridade judiciária, como uma espécie de transação, como mitigação das consequências do ato infracional. Nesta última hipótese ocorre a aplicação de medida específica de proteção ou sócio-educativa, excluídas as que implicam privação da liberdade (encaminhamento aos pais ou responsáveis, advertência etc). Excluem-se as medidas de semi-liberdade e internação diante do princípio do devido processo legal, consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LIV). Essa transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo.

5. Conclusão

O artigo 127 do ECA, ao não fazer qualquer distinção entre a remissão pré-processual e a remissão processual, permite expressamente a cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto. Por estar prevista em lei, a referida cumulação não causa qualquer violação ao princípio constitucional do devido processo legal. A remissão pré-processual cumulada com medida socioeducativa de regime aberto é um ato bilateral, pois, de um lado, cabe ao Ministério Público oferecer a proposta de ambos os institutos, enquanto que, de outro lado, é imprescindível a aceitação dessa proposta por parte do adolescente, desde que acompanhado do seu representante legal e de advogado.

Desse modo, assim como ocorre com o instituto da transação penal, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Oferecida pelo Ministério Público a proposta da remissão pré-processual com medida socioeducativa de regime aberto e aceita a mesma pelo menor, devidamente

acompanhado do seu representante legal e do advogado, ainda assim tal ato não produz imediatamente os seus efeitos legais, necessitando, para tanto, da homologação judicial. Essa é a correta interpretação que se deve dar ao conteúdo da Súmula nº 108 do STJ.

Feitas essas considerações, conclui-se, em definitivo, pela possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa (em meio aberto). Diante disso, deve-se indagar: se é a lei que permite tal cumulação, por que aguardar o desenrolar de todo um processo de apuração do ato infracional para, somente no final dele, aplicar ao menor uma medida socioeducativa de regime aberto que poderia ser fixada antes do início desse mesmo processo? Se o próprio menor, acompanhado do seu representante legal e orientado por advogado, prefere evitar o desgaste natural de um processo dessa natureza e aceita, desde logo, cumprir uma determinada medida socioeducativa, por que a autoridade judiciária não deveria homologar esse ato?

Se o resultado alcançado com a homologação da remissão pré-processual cumulada com a medida socioeducativa de meio aberto, nas circunstâncias aqui expostas, é exatamente o mesmo daquele atingido ao final de um enfadonho processo de apuração de ato infracional, por que não escolher aquela primeira opção, evitando a movimentação da máquina judiciária e a criação de maiores gastos para o adolescente e sua família?

Em um mundo pós-moderno tão globalizado, no qual os fatos acontecem em uma velocidade ímpar, optar por um caminho mais longo e demorado, sabendo que há um outro caminho muito mais rápido, econômico e menos desgastante, cujo destino final é exatamente o mesmo daquele, não é uma forma de se obter a verdadeira justiça. Afinal de contas, rememorando mais uma vez o ilustre jurista baiano Ruy Barbosa, “Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

6. Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 226159/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 21 de agosto de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 11099/RJ. Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, 18 de fevereiro de 2002a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 229382. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 31 de outubro de 2002b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 200201045409/SP.

Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 13 de dezembro de 2004.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. rev. e atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20030130034818. Relator: Des. Sérgio Bittencourt. Brasília, 8 de setembro de 2005.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). *Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. In: CURY, Munir. (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. rev. e atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). *Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2001.059.03175. Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70004383444. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 19 de junho de 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal juvenil: adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

1º Acórdão.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM CRIMES HEDIONDOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. (STF, 1ª Turma, AI 587745 / GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento 27/11/2007, Divulg. 18-12-2007).

2º Acórdão.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DO CARIMBO DE PROTOCOLO. SÚMULA 288. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: PRESSUPOSTOS. I - A falta do carimbo com a data de protocolo do RE, que impossibilita verificar a tempestividade do recurso, é hipótese de incidência da Súmula 288 do STF. II - Ausência de pressupostos (art. 535, I e II, do CPC) para a oposição de embargos de declaração. Inexistência de contradição no acórdão embargado. III - Embargos de declaração rejeitados. (STF, 1ª Turma, AI-AgR-ED 626218 / CE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento 27/11/2007, Divulg. 18-12-2007).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 QUESTÕES PONTUAIS SOBRE EXECUÇÃO PENAL

ÉRIKA DE LAET GOULART MATOSINHO
Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Bacharel em Direito

1. Escolha do acórdão

O acórdão em análise é oriundo do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de um agravo regimental em Recurso Especial e assim dispõe:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. REGRESSÃO DE REGIME. FUGA. FALTA GRAVE. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO DISCIPLINAR. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A evasão do estabelecimento prisional, de acordo com o disposto no art. 50, II, da Lei 7.210/84, é considerada falta grave, à luz do disposto no inciso I do art. 118 da LEP, o que justifica a regressão de regime prisional. Precedentes.

2. Não há que se falar em *bis in idem*, ou duplo apenamento, pois a regressão de regime decorre da própria Lei de Execuções Penais, que estabelece tanto a imposição de sanção disciplinar, nos termos do art. 53 do referido diploma legal, quanto a regressão de regime prisional, em caso de cometimento de falta grave, conforme preleciona o art. 118 da Lei 7.210/84.

3. Agravo improvido.

(AgRg no REsp 939682 / RS, 5ª Turma, STJ, 29.11.2007, DJ 17.12.2007, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJMG)

O *decisum* será analisado especialmente no que diz respeito aos direitos assegurados ao condenado em fase de execução penal.

2. Objeto do julgamento

O Juízo de Direito da Vara de Execução Penal da Comarca de Porto Alegre reconheceu como falta grave a evasão de estabelecimento prisional de condenado a pena de reclusão em regime inicial semi-aberto. Homologou, por consequência, procedimento

administrativo instaurado, no qual foi cominada sanção disciplinar de isolamento. Deixou, entretanto, de determinar a regressão de regime do apenado.

Irresignado, o Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs agravo de execução, desprovido pelo Tribunal de Justiça estadual sob o fundamento de que o cometimento de falta grave não teria o condão de levar o apenado a regime mais rigoroso do que o fixado na sentença condenatória.

Desta decisão o Ministério Público interpôs Recurso Especial, ao qual o Ministro Gilson Dipp, então Relator, deu provimento sob a alegação de que “o cometimento de falta grave justifica a regressão cautelar do regime prisional inicialmente fixado”, determinando a regressão do regime inicial semi-aberto para o regime fechado.

Esse *decisum* foi objeto de agravo regimental interposto pela Defensoria Pública da União, sustentando que, devido ao cometimento da falta grave, o sentenciado sofreu sanção disciplinar de 20 dias de isolamento, bem como averbação em seu prontuário, razão pela qual configura *bin in idem* impor-lhe regressão de regime pelo mesmo fato.

No julgamento do agravo regimental, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu o acórdão *sub examine*.

3. Questões levantadas

3.1 Regressão de regime

O princípio da individualização da pena, estabelecido como direito fundamental pela Constituição da República de 1988, compreende:

- a proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal, por ocasião da elaboração das leis;
- a individualização da pena aplicada em conformidade com o ato em concreto praticado (dosimetria da pena), pelo juízo sentenciante;
- a adequação de sua execução à dignidade humana (art. 1º, III, CF/1988), ao comportamento do condenado no cumprimento da pena e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII. CF/1988), aplicada pelo juízo de execução penal.

Como vertente desse princípio, dispõe o Código Penal em seu artigo 59 que o juiz sentenciante, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, analisando o mérito do condenado para determinar

aquele necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Após a prolação da sentença, a Lei de Execução Penal estabelece que o regime de cumprimento da pena pode ser modificado, prevendo, entre outras medidas, a progressão de regime para os condenados com bom comportamento e a regressão para aqueles que praticarem uma das condutas desabonadoras descritas no artigo 118.

No caso em análise, uma das questões levantadas pela defesa foi relativa à possibilidade de regressão de regime quando o condenado ainda cumpre a pena no regime inicialmente fixado, ou seja, se seria possível a regressão de regime sem a anterior progressão.

O artigo 118 da LEP dá azo a essa possibilidade ao estabelecer que a regressão de regime implica transferência do condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos. Para tanto, prevê comportamentos do apenado que implicam presunção de que o regime de execução da pena se tornou insuficiente, seja porque os requisitos do regime mais brando, pela displicência do condenado, inviabilizam o seu fiel cumprimento, seja porque a sua conduta indica que a pena, tal qual executada, apresenta-se ineficaz ao seu objetivo de prevenção geral – diante da sensação de impunidade que o indevido cumprimento da pena gera –, não retribui o mal causado ou não propicia reinserção social – já que o agente, a despeito de sua condenação, continua a infringir o ordenamento jurídico.

A jurisprudência majoritária defende a regressão de regime nos casos de cometimento de falta grave. Vale destacar que tem autorizado, inclusive, a regressão liminar, casos em que o direito do condenado ser ouvido é postergado para após a sua captura, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Mais polêmica é a discussão relativa à possibilidade de regressão nos casos em que o agente ainda cumpre pena no regime inicial fixado na sentença condenatória. A respeito, vale destacar decisão do Ministro Eros Grau em habeas corpus impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, na qual argumentou que “não seria coerente admitir que a condenação do paciente se tornasse mais severa na fase de execução penal” e, complementando asseverou: “seria ilógico que o réu pudesse regredir de regime sem ter progredido” (HC 93761/RS, rel. Min. Eros Grau, 13.05.2007 – Informativo STF n.º 506/2008).

Embora ciente dos entraves que tal posicionamento pode ocasionar na execução da pena de condenado que descumpra os requisitos do regime inicialmente fixado, impende reconhecer que essa tendência tem-se fortalecido, em especial pelo

crescimento dos adeptos do garantismo penal, assegurando ao agente uma espécie de “direito adquirido” ao regime de pena fixado na condenação.

3.2 Sanção disciplinar e regressão de regime: *bis in idem*?!

Conforme cumpre observar, a LEP previu como consequências do cometimento de falta grave tanto a aplicação de sanção disciplinar (artigo 53), quanto a regressão de regime (artigo 118).

Qual seria a razão do diferente tratamento? Implica bis in idem a sua aplicação conjunta?

A existência de condenados com diferentes históricos criminais em um mesmo estabelecimento, por si só, gera risco aos detentos, às autoridades carcerárias e à própria sociedade. A disciplina e a ordem tornam-se, assim, requisitos indispensáveis à estabilidade social e segurança do estabelecimento penal. Por essa razão, no regime penitenciário, qualquer ato de indisciplina deve ser reprimido com o rigor necessário ao restabelecimento da ordem violada.

Para a salvaguarda dos interesses administrativos do estabelecimento criminal, portanto, o descumprimento das regras de execução penal gera a imposição de sanções disciplinares, em geral aplicadas por seu próprio diretor, em graduação proporcional à falta cometida.

A regressão de regime, por sua vez, tem o objetivo de assegurar a suficiência da medida penal aplicada, garantir que o regime de pena fixado pela sentença seja adequado no caso específico, o que é aferido de acordo com o mérito do condenado no cumprimento de seus requisitos.

Se o agente não cumpre as condições da pena à qual foi condenado, fica evidenciada a absoluta inadaptação ao regime em que se encontra. Significa que o regime mais brando não está retribuindo o mal causado, nem tampouco prevenindo futuras infrações. Indica que o crime cometido não está sendo punido com o rigor necessário.

Para garantir que a pena seja efetivamente cumprida nos casos em que o condenado não atende aos requisitos do regime mais brando ou, não obstante a condenação, continua a infringir o ordenamento jurídico, mister se faz que a pena seja executada com maior vigilância, em um regime mais rígido, objetivo alcançado pela regressão do regime, a ser aplicada por decisão judicial.

Conforme destacado, a sanção disciplinar visa salvaguardar o interesse administrativo

de ordem e segurança nos estabelecimentos penais, enquanto a regressão de regime influi diretamente na forma de cumprimento da pena. A sanção administrativa e a sanção penal cumprem, assim, diferentes papéis na execução da pena. Estando consagrada na doutrina e na jurisprudência a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, apresenta-se possível, por um mesmo fato, a punição disciplinar e a sanção penal.

Conclusão

As diferentes nuances do acórdão analisado possibilitaram a análise dos institutos da regressão de regime e das sanções disciplinares, assim como do papel que desempenham no processo de individualização da execução da pena. Importante, por óbvio, diante do caso concreto, conciliar a eficácia da execução penal com os direitos e garantias do condenado.

4. TÉCNICAS

4.1. APELAÇÃO CRIMINAL

JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

FEITO Nº XXXXXXXXXXXX (TJMG)
COMARCA: XXX
ESPÉCIE: Apelação Criminal
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO: XXXXXXXXXXXX
INCIDÊNCIA PENAL: art. 244 do Código Penal

EMENTADO PARECER: CASSAÇÃO TOTAL DO *DECISUM*
HOSTILIZADO – PROCEDÊNCIA INTEGRAL DO PLEITO
CONDENATÓRIO ESTAMPADO NA DENÚNCIA DO MP
– DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO
DAS OBRIGAÇÕES ALIMENTÍCIAS – ABANDONO
MATERIAL CARACTERIZADO – PROVIMENTO DO
APELO MINISTERIAL.

Egrégio Tribunal de Justiça,
Colenda Câmara Criminal,
Eminentes Desembargadores.

Denunciado, após regular instrução do feito, sem registro de incidentes dignos de nota, viu-se absolvido o réu e ora apelado do imputado crime de abandono material – *ex vi* do artigo 244 do Código Penal (cf. sentença, às fls. 158/163). Ato contínuo, eis que, inconformada, a douta Promotoria Pública apelou (fl. 163), por meio do que busca a reforma radical do *decisum*, consubstanciado o inconformismo nos termos das ofertadas razões recursais (pleito de condenação na forma exata da denúncia, ante à vislumbrada suficiência do acervo probatório – fls. 166/173).

Contra-razões de apelação, pela defesa, também regularmente acostadas, ato contínuo (proposta de manutenção integral da sentença apelada – fls. 175/176). Subiram os autos à instância superior, vindo em seguida à Procuradoria-Geral de Justiça para colheita do parecer, conforme dispositivos legais (artigos 613, do Código de Processo

Penal, 25, V, e 31, da Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados, e 66, VII, e 71, II, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais).

Este o relatório, em apertada síntese do que realmente importa.

Sobre os demais eventos do processo invoco, na oportunidade, o suficiente intróito da v. sentença objurgada (fls. 158/159). Passo, em seguida, a manifestar-me.

Considerações preambulares

A presente impugnação vem a ser própria (artigo 593, I, CPP), tempestiva (fl. 163), encontra-se regularmente processada e presente se faz o legítimo interesse recursal, face à registrada sucumbência total suportada pela acusação, motivos por que o apelo há de ser conhecido na instância revisora. Inexistente arguição de questões preliminares por qualquer das partes, também não é o caso de aqui se levantar alguma.

Assim, forçosa é a conclusão no sentido de encontrar-se o feito em absoluta ordem (o juízo é o competente para a causa, não se verificam nulidades a serem sanadas, bem assim viram-se inteiramente respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa). Quanto ao mérito do apelo, propriamente dito, eis que, em face justamente da ostentada regularidade formal dos autos, de plano e *a priori* dispensada estaria a emissão, pelo procurador de justiça, de parecer analítico, peça a qual deve sempre se pautar, como sói acontecer com todas as manifestações processuais, por pelo menos um mínimo de utilidade prática.

Situações diferentes, porém, são aquelas – como acontece presentemente, por sinal – em que eventualmente há considerações a se fazer (isto é, acréscimos, requerimentos, propostas, correções ou recomendações – esta última constitui a hipótese dos autos), motivo por que a manifestação processual então deixa de ser mera prática rotineira – como infelizmente vem ocorrendo há muitos anos e em praticamente todo o país (emissão de pareceres sem nenhum reflexo no panorama processual, completamente desprovidos de finalidade útil) –, para de fato assumir verdadeira relevância jurídica.

Protege-se, dessarte, os princípios do contraditório e da ampla defesa, velando-se insofismavelmente pelo completo equilíbrio processual, cumprindo o *Parquet*, por ocasião do julgamento do recurso ordinário, o seu papel mais importante, que é o de atuar *custos legis*.

No tocante ao mérito do recurso em tela, portanto, malgrado a regularidade exibida pelos autos, eis que assume real importância o parecer da Procuradoria de Justiça, no específico sentido de:

- recomendar, aos eminentes desembargadores, a cassação integral do *decisum* hostilizado, com a subsequente condenação do acusado (*vide* tópico à frente).

Muito embora o possível impacto negativo dessa posição (intervenção substancial da Procuradoria de Justiça somente diante de questões que porventura revelam-se verdadeiramente importantes para o julgamento do recurso – eventuais hipóteses de acréscimos, correções, requerimentos, propostas ou recomendações), tal não deixará de ser, contudo, absolutamente equivocado, de vez que me declaro adepto desse entendimento já há vários anos.

A propósito reafirmo, incansável e forte em abalizados entendimentos idênticos, que o mergulho no cerne dos autos somente se justifica quando a manifestação, em nome da Procuradoria-Geral de Justiça, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, reveste-se de real importância com vistas à melhor entrega possível da prestação jurisdicional, essa a encargo do Judiciário de segunda instância, isto é, o Tribunal de Justiça, sob pena de se ferir o indispensável equilíbrio das partes (princípio da equivalência de armas entre a defesa e a acusação).

BREVE INCURSÃO AO MÉRITO – REGULARIDADE FORMAL DO FEITO – EXISTÊNCIA DE RECOMENDAÇÃO A SER FEITA – CASSAÇÃO TOTAL DO *DECISUM* HOSTILIZADO – PROCEDÊNCIA INTEGRAL DO PEDIDO CONDENATÓRIO ESTAMPADO NA DENÚNCIA DO MP – DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DAS OBRIGAÇÕES ALIMENTÍCIAS PACTUADAS OU IMPOSTAS – CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ABANDONO MATERIAL – PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL.

Como anteriormente já consignado, forçosa é a conclusão no sentido de encontrar-se o presente feito em absoluta ordem (o juízo é o competente para a causa, não se verificam nulidades a serem sanadas, bem assim viram-se inteiramente respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa).

Deu-se, *in casu*, registre-se, a exigível intervenção da Promotoria Pública em todos os atos (*ex vi* do artigo 564, III, “d”, do CPP). Nada obstante terem ambas as partes debatido livremente suas próprias teses, inexistindo necessidade ou conveniência, neste ensejo, de acréscimos de dados, vale *en passant* consignar, todavia, no que pertine à busca da condenação do réu, a constatação da existência de um panorama até mais do que suficiente de provas e indícios, tudo convergente, concatenado e harmônico, a francamente reclamar a procedência da proposta solução condenatória (abandono material, art. 244 do CP), inviabilizados por completo, ressalte-se, os

argumentos defensivos em favor do acusado – fragilidade do contexto probatório e assunto que melhor se dissecar na seara cível –, alegações essas contidas nas ofertadas contra-razões de inconformismo.

Não é razoável exigir-se, ademais, uma prova cabal, farta, robusta, inequívoca, isso muito mais utopia do que realidade, sendo o bastante, portanto, para legitimar uma conclusão incriminatória, uma coleção de elementos de convicção (provas e indícios) que, dada sua convergência e harmonia, aliada à lógica e ao bom senso, esteja a apontar no sentido da culpa do réu.

Correta, ademais, toda a linha de argumentação contida nas excelentes e judiciosas ponderações levadas a efeito pelo combativo promotor de justiça autor das razões recursais, o Dr. XXXXX, desnecessárias meras repetições, pena de odiosa tautologia. O que se extrai dos autos é, sem sofismas, a reiterada e injustificada inadimplência, por parte do réu, no que concerne às obrigações alimentícias pactuadas ou impostas em favor de seu filho ainda criança, o que por si só autoriza o reconhecimento, plenamente, do crime de abandono material, estampado no artigo 244 do CP.

As apresentadas pseudojustificativas, ou quase-justificativas, não têm o condão de elidir sua responsabilidade, perfeitamente configurado o seu descaso, portanto, para com as necessidades alimentares da criança por ele gerada. Em nenhum momento da instrução, registre-se, ficou demonstrado pela defesa, como lhe incumbia, encontrar-se o réu amparado pela excludente do estado de necessidade, *in casu* a hipótese de extrema escassez de meios. No que tange às contribuições esporádicas, conforme salientado nos autos, eis que tal não exonera aquele que abandona os filhos do dever inarredável de sustentá-los (RT 391/317).

Idem quanto ao sustento da criança em questão por parte de terceiros: “o simples fato de terceiro auxiliar a vítima, de forma a evitar a falta de meios para a subsistência desta, não basta para elidir a ocorrência de abandono material” (JTACRIM 50/261).

Certo é, demais disso, que, sobre pagamentos eventuais do sustento alimentar, como asseverado pela defesa, “comete o delito do art. 244 do CP quem descumprir sentença que lhe impôs a obrigação de prestar alimentos mensais a filho menor. *Atendimento tão-só parcial ou irregular não elide a infração, de consumação imediata, tão logo ocorra a impontualidade ou a omissão, total ou parcial, do dever; sendo certo que a quitação da dívida por pagamento posterior não faz desaparecer a infração*” (JTACRIM 89/439, RT 391/131, JTACRIM 29/314 etc.) (destaques acrescentados).

Equivocado o entendimento do magistrado monocrático, outrossim, no que diz respeito à interpretada inadequação do tipo penal para questões dessa natureza, as

quais deveriam se limitar, como afirma S. Ex^a, à esfera cível. *A própria Constituição Federal – Capítulo VII, especialmente artigo 229 – impõe a especial proteção das crianças e dos adolescentes, jamais se pode olvidar.*

Nessa instância revisora, portanto, há de ser dado provimento ao recurso manifestado pela Promotoria de Justiça, *data maxima venia*. Deixo de propugnar por vista à defesa (princípio do contraditório), em face do que aqui consta, eis tratar-se de posicionamento que, na realidade, nada trouxe de surpreendente, de modo prejudicial, ao réu ou ao seu defensor.

Conclusão

Pelo exposto sou, respeitosamente, pelo conhecimento do presente recurso, porquanto próprio, tempestivo, regularmente processado e presente o legítimo interesse recursal (sucumbência total da acusação). No mérito, estou a manifestar-me pelo provimento do apelo manifestado, no sentido da incriminação do réu na exata forma da exordial acusatória do *Parquet*.

Belo Horizonte, 24 de março de 2008.

SEÇÃO III – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

SUBSEÇÃO I – DIREITO CIVIL

1. ARTIGOS

1.1 FAMÍLIA HOMOAFETIVA

MARIA BERENICE DIAS

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vice-Presidente Nacional do IBDFAM

RESUMO: As uniões de pessoas do mesmo sexo sempre existiram, mas a partir do momento em que a igreja sacralizou o conceito de família, conferindo-lhe finalidade meramente procriativa, as relações homossexuais se tornaram alvo do preconceito e do repúdio social. A mais chocante consequência da exclusão no âmbito jurídico é a absoluta invisibilidade a que são condenados os vínculos afetivos, cujo único diferencial decorre do fato de serem constituídos por pessoas de igual sexo. Mas as lutas emancipatórias, o florescer dos direitos humanos e a laicização do Estado estão forjando a construção de uma nova sociedade. É preciso resgatar os estragos que acabaram jogando para fora do âmbito da tutela jurídica significativa parcela da população. É necessário reconhecer que as uniões entre pessoas, independente de sua identidade sexual, é uma união de afetos e como tal precisam ser identificadas. Daí a expressão homoafetividade.¹ De há muito o mundo civilizado já acordou, transformando em realidade o que proclamam todas as revoluções: o direito à liberdade e à igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: uniões homoafetivas; homoafetividade; igualdade; liberdade; omissão legal.

ABSTRACT: The unions of people of the same sex have always existed, but from the moment that the Catholic Church holified the concept of family, giving it a procreative purpose, the homosexual relations were targeted with prejudice and social rejection. The most shocking consequence of the exclusion from the sphere of the judiciary is the entire invisibility that the affection links are convicted to. The only difference comes from the fact that they are formed by people of same sex. But the emancipationist struggles, the blossom of human rights, the withdrawal of the religious character of the State are producing a new society. The damages ended up casting away from the justice sphere of action a significant portion of the population. It is necessary to recognize that the unions between people, independently of their sexual identity, are

unions based on affection and therefore they must be so identified – one can mention the expression “homoaffectivity”. It has been a long time since the civilized world woke up, bringing to reality what all revolutions had proclaimed: the right to freedom and to equality.

KEY WORDS: same-sex unions; “homoaffectivity”; equality; freedom; legal omission.

SUMÁRIO: 1. Família e afetividade. 2. Liberdade e igualdade. 3. Direito à sexualidade. 4. Homoafetividade. 5. Uniões homoafetivas. 6. Homoparentalidade. 7. Avanços jurisprudenciais. 8. Referências bibliográficas.

1. Família e afetividade

A tendência ao engessamento dos vínculos afetivos sempre existiu, variando segundo valores culturais e, principalmente, influências religiosas dominantes em cada época. No mundo ocidental, tanto o Estado como a Igreja buscam limitar o exercício da sexualidade ao casamento. Ora identificado como uma instituição, ora nominado como contrato – o mais solene que existe no ordenamento jurídico –, o casamento é regulamentado exaustivamente: impedimentos, celebração, efeitos de ordem patrimonial e obrigacional. A própria postura dos cônjuges é determinada pela lei, que impõe deveres e assegura direitos de natureza pessoal, como, por exemplo, o dever de fidelidade.

O casamento inicialmente era indissolúvel. A família, consagrada pela lei, tinha um modelo conservador: entidade matrimonial, patriarcal, patrimonial, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual. O vínculo que nascia da livre vontade dos nubentes era mantido, independente e até contra o desejo dos cônjuges. Mesmo após o advento da Lei do Divórcio, a separação e o divórcio só são deferidos quando decorridos determinados prazos ou mediante a identificação de um culpado. Quem não tem motivo para atribuir ao outro a culpa pelo fim do casamento não pode tomar a iniciativa do processo de separação, o que evidencia a intenção do legislador de punir aquele que simplesmente não mais quer continuar casado.

A sacralização do casamento e a tentativa de sua manutenção como única estrutura de convívio lícita e digna de aceitação fez com que os relacionamentos chamados de marginais ou ilegítimos, por fugirem do molde legal, não fossem reconhecidos, sujeitando seus atores a severas sanções.

Os vínculos afetivos extramatrimoniais, por não serem admitidos como familiares, eram condenados à invisibilidade. Ainda assim, existiam. Chamada a Justiça para solver as questões de ordem patrimonial, com a só preocupação de não cancelar o enriquecimento sem causa, primeiro foi identificada uma relação de natureza trabalhista, só se vendo labor onde existia amor. Depois, a jurisprudência passou a permitir a partição do patrimônio, considerando uma sociedade de fato o que nada mais era do que uma sociedade de afeto.

O Direito das Famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de profunda transformação, que ocasionou verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. *Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito* (VELOSO, 1999). Foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. Também se alargou o conceito de família para além do casamento.

Mesmo quando a Constituição inseriu no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável, houve resistência a migrar as demandas para o âmbito do Direito das Famílias. Apesar dos protestos da doutrina, as uniões continuaram sendo vistas como sociedades de fato e julgadas segundo o Direito das Obrigações. A dificuldade de as relações extramatrimoniais serem identificadas como entidades familiares revela a tendência de sacralizar o conceito de família. Mesmo inexistindo qualquer diferença estrutural em comparação com os relacionamentos oficializados, a sistemática negativa de estender àqueles novos arranjos os regramentos do direito familiar, nem ao menos por analogia, mostra a tentativa de preservação da instituição da família dentro dos padrões convencionais. Porém, como adverte Lôbo (2002, p. 101): “[...] não há necessidade de degradar a natureza pessoal de família convertendo-a em fictícia sociedade de fato, como se seus integrantes fossem sócios de empreendimento lucrativo”.

A Constituição, ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. Mas é meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. O *caput* do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade (LÔBO, 2002, p. 95).

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu

somente essa convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação para transformá-la em casamento. Em nenhum momento foi dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos no casal para haver a proteção do Estado é fazer *distinção odiosa* (SUANNES, 1999, p. 32), postura nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade, ignorando a existência da vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana (DIAS, 2005, p. 45).

2. Liberdade e igualdade

A Constituição Federal tem como regra maior o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme expressamente proclama o seu art. 1º, inc. III, que serve de norte ao sistema jurídico. Tal valor implica dotar de potencialidade transformadora os princípios da igualdade e da isonomia na configuração de todas as relações jurídicas. “Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei”, como bem explicita Hesse (1998, p. 330), “[...] o fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito”.

Os princípios da igualdade e da liberdade estão consagrados já no preâmbulo da norma maior do ordenamento jurídico, ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, considerando “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

O artigo 5º da Carta Constitucional, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama: “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Garante o mesmo dispositivo, de modo expresso, o direito à liberdade e à igualdade. Repetitivos são os dois primeiros incisos desta norma constitucional ao enfatizar a igualdade entre o homem e a mulher e a vedação de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana e à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos-alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e

mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado Democrático de Direito.

3. Direito à sexualidade

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual e a liberdade da livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outro direito fundamental.

As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita à inclinação sexual. “A discriminação de um ser humano em virtude de sua orientação sexual constitui, precisamente, uma hipótese (constitucionalmente vedada) de discriminação sexual” (RIOS, 1998, p. 29). Rejeitar a existência de uniões homossexuais é afastar o princípio insculpido no inc. IV do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual é dever do Estado promover o bem de todos, vedada qualquer discriminação, não importa de que ordem ou de que tipo. Conforme Giorgis (2002, p. 244):

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

O direito à livre orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configuraria afronta à liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida.

4. Homoafetividade

A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da homossexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas

é marcada pelo estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencionais. “Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais” (DIAS, 2005, p. 17).

Em virtude do preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do Direito. Mas imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso.

O direito à homoafetividade, além de estar amparado pelo princípio fundamental da isonomia, cujo corolário é a proibição de discriminações injustas, também se alberga sob o teto da liberdade de expressão. Como garantia do exercício da liberdade individual, cabe ser incluído entre os direitos de personalidade, precipuamente no que diz com a identidade pessoal e a integridade física e psíquica. Acresce ainda lembrar que a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada é “[...] a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana” (FACHIN, 1999, p. 95).

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, princípio maior consagrado pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais e acaba por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. (RIOS, 1998, p. 34).

O núcleo do atual sistema jurídico é o respeito à dignidade humana, atentando nos princípios da liberdade e da igualdade. A identificação da orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação ao de quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva:

Uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação. (SARLET, 2001, p. 46).

O impedimento de tratamento discriminatório não tem exclusivamente assento constitucional. Como preceituam o § 2º e o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, são recepcionados pelo ordenamento jurídico os tratados e as convenções internacionais objeto de referendo, tornando-se emenda constitucional. Ante tais normatizações, a ONU tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja pelo princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade (RIOS, 1988, p. 35).

O direito à orientação que alguém imprime na esfera da sua vida privada não admite restrições. Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para se emprestarem efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito das Famílias. Atendidos os requisitos legais para a configuração da união estável, necessário que se confirmem direitos e se imponham obrigações independentemente da identidade ou diversidade de sexo dos conviventes. O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Assim, melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais.

A homossexualidade existe, é um fato que se impõe, estando a merecer a tutela jurídica. O estigma do preconceito não pode ensejar que um fato social não disponha de efeitos jurídicos. Como todos os segmentos-alvo do preconceito e da discriminação social, as relações homossexuais sujeitam-se à deficiência de normação jurídica, sendo deixados à margem da sociedade e à míngua do Direito. É no mínimo perverso impor a mesma trilha traçada pela doutrina e percorrida pela jurisprudência às relações entre um homem e uma mulher fora do casamento, até o alargamento do conceito de família por meio da constitucionalização da união estável.

5. Uniões homoafetivas

Impondo a Constituição respeito à dignidade humana, são alvos de proteção os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Mesmo

que, quase intuitivamente, conceitue-se família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que não-previstas expressamente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, existem e fazem jus à tutela jurídica. A ausência de regulamentação impõe que as uniões homoafetivas sejam identificadas como entidades familiares no âmbito do Direito de Família. A natureza afetiva do vínculo em nada o diferencia das uniões heterossexuais, merecendo ser identificado como união estável.

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Reconhecer como juridicamente impossíveis ações que tenham por fundamento uniões homossexuais é relegar situações existentes à invisibilidade, ensejar a consagração de injustiças e autorizar enriquecimento sem causa. Nada justifica, por exemplo, deferir a herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida ao outro, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo.

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel consequência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças. (DIAS, 2005, p. 17).

Descabido estabelecer a distinção de sexos como pressuposto para a identificação da união estável. Dita diferença, arbitrária e aleatória, é exigência nitidamente discriminatória. O próprio legislador-constituente reconheceu a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes também como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado. Diante dessa abertura conceitual, nem o matrimônio nem a

diferenciação dos sexos ou a capacidade procriativa servem de elemento caracterizador da família. Por consequência, não há como ver como entidade familiar somente a união estável entre pessoas de sexos opostos.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não mais cabe excluir do conceito de família as relações homoafetivas. Excepcionar aquilo que a lei não distingue é forma de excluir direitos.

Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. Mister identificá-la como união estável, geradora de efeitos jurídicos. Em face do silêncio do constituinte e da omissão do legislador, deve o juiz cumprir com sua função de dizer o Direito, atendendo à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 126 do Código de Processo Civil. Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, precisa valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Nada diferencia as uniões homoafetivas de modo a impedir que sejam definidas como família. Enquanto não existir regramento legal específico, imperiosa se faz a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa: o casamento e a união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o acréscimo dessa forma integrativa de um fato existente e não-regulamentado ao sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para que se busque qualquer outro ramo do Direito que não o Direito das Famílias.

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos. (RIOS, 2000, p. 122).

Igualmente há a determinação de se fazer uso dos princípios gerais do Direito, para colmatar as lacunas da lei. Devem ser invocados os princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito, que impõem o respeito à dignidade e asseguram o direito à liberdade e à igualdade. O ordenamento

jurídico estrutura-se em torno de certos valores, muitos dos quais estão postos em sede de princípios constitucionais, que também devem informar a interpretação da legislação específica numa leitura incorporada pelos reclamos da atualidade histórica (MATOS, 2004, p. 145).

Quando inexistir lei, há a determinação de se atentar também aos costumes. Mas imperioso é que se invoquem os costumes atuais, que cada vez mais vêm respeitando e emprestando visibilidade aos relacionamentos das pessoas do mesmo sexo. As relações sociais são dinâmicas. Totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado, encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura dos tempos de hoje.

Também o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil indica um caminho para o juiz: ele deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e às mudanças sociais (VELOSO, 1999, p. 92).

A aversão da doutrina dominante e da jurisprudência majoritária em se socorrerem das regras legais que regem a união estável ou o casamento leva singelamente ao reconhecimento de uma sociedade de fato. Sob o fundamento de se evitar enriquecimento injustificado, invoca-se o Direito das Obrigações, o que acaba subtraindo a possibilidade da concessão de um leque de direitos que só existem na esfera do Direito das Famílias. Presentes os requisitos legais - vida em comum, coabitação, laços afetivos -, não se pode deixar de conceder às uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características. Como adverte Villela (1979, p. 12): “Sexo é sexo, patrimônio é patrimônio. Se, em geral, já é um princípio de sabedoria e prudência não misturá-los, aqui é definitivamente certo que um nada tem a ver com o outro”.

O tratamento diferenciado a situações análogas acaba por gerar profundas injustiças. Segundo Pereira (2001, p. 281), “[...] em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social”.

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em verdadeiro convívio estável caracterizado por amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem

da lei.

Ignorar a realidade, deixando-a à margem da sociedade e fora do Direito, não irá fazer a homossexualidade desaparecer. Impositivo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Como diz Giorgis (2002, p. 244):

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

Mais do que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Bem questiona Lôbo (2002, p. 100): “Afim, que ‘sociedade de fato’ mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?”

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos para não enxergar essa nova realidade, assumindo postura preconceituosa ou discriminatória. Os aplicadores do Direito não podem ser fonte de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas. É necessário mudar valores, abrir espaços para novas discussões, revolver princípios, dogmas e preconceitos.

6. A homoparentalidade

Não só a família mas também a filiação foram alvo de profunda transformação, o que levou a repensar as relações paterno-filiais e os valores que as moldam (ALMEIDA, 2003, p. 179). Das presunções legais se chegou à plena liberdade de reconhecimento de filhos e à imprescritibilidade da investigação dos pais. Tais foram as mudanças, que a Constituição acabou com a perversa classificação dos filhos, diferenciação hipócrita e injustificável, enfatiza Veloso (1997, p. 90), como se as crianças inocentes fossem mercadorias expostas em prateleiras de mercadorias, umas de primeira, outras de segunda, havendo, ainda, as mais infelizes, de terceira classe ou categoria.

Se o afeto passou a ser o elemento identificador das entidades familiares é este o sentimento que serve de parâmetro para a definição dos vínculos parentais, levando ao surgimento da família eudemonista, espaço que aponta o direito à felicidade como núcleo formador do sujeito (CARBONERA, 1988, p. 486).

De outro lado, a facilidade para descobrir a verdade genética, com significativo

grau de certeza, desencadeou grande corrida na busca da verdade real, atropelando a verdade jurídica, definida muitas vezes por meras presunções legais. À Justiça coube a tarefa de definir o vínculo paterno-filial quando a estrutura familiar não reflete o vínculo de consangüinidade. No confronto entre a verdade biológica e a realidade vivencial, a jurisprudência passou a atentar ao melhor interesse de quem era disputado por mais de uma pessoa. Prestigiando o comando constitucional, que assegura com absoluta prioridade o interesse de crianças e adolescentes, regra exaustiva e atentamente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram os juízes a investigar quem a criança considera pai e quem a ama como filho. O prestígio à afetividade fez surgir uma nova figura jurídica, a filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo à realidade biológica.

A moderna doutrina não mais define o vínculo de parentesco em função da identidade genética. A valiosa interação do Direito com as ciências psicossociais ultrapassou os limites do direito normatizado e permitiu a investigação do justo, buscando mais a realidade psíquica do que a verdade eleita pela lei. Para dirimir as controvérsias que surgem – em número cada vez mais significativo – em decorrência da manipulação genética, prevalece a mesma orientação. Popularizaram-se os métodos reprodutivos de fecundação assistida, cessão do útero, comercialização de óvulos ou espermatozoides, locação de útero, e, assim, todos viram a possibilidade de realizar o sonho de ter filhos.

Nesse caleidoscópio de possibilidades, os vínculos de filiação não podem ser buscados nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. A definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho, reconhecida como a relação afetiva, íntima e duradoura em que uma criança é tratada como filho, por aquele que cumpre com todos os deveres inerentes ao poder familiar: cria, ama, educa e protege (NOGUEIRA, 2001, p. 85).

Para evitar confronto ético, acabou sendo imposto o anonimato às concepções heterólogas, o que veda identificar a filiação genética. Porém, essa verdade não interessa, pois o filho foi gerado pelo afeto, e não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, mas, sim, o cordão umbilical do amor. A paternidade é reconhecida pelo vínculo de afetividade, fazendo nascer a filiação socioafetiva. Ainda segundo Fachin (1997, p. 85), a verdadeira paternidade não é um fato da Biologia, mas um fato da cultura, está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.

Se a família, como diz Villela (1979, p. 404), deixou de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, o que imprimiu considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade, torna-se imperioso questionar os vínculos parentais nas

estruturas familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que as famílias homoparentais, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Está-se à frente de uma realidade cada vez mais presente: crianças e adolescentes vivem em lares homossexuais. *Gays* e lésbicas buscam a realização do sonho de estruturarem uma família com a presença de filhos. Não ver essa verdade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, postura discriminatória com nítido caráter punitivo, que só gera injustiças.

As situações são várias, cabendo lembrar as que surgem com mais frequência. Após a separação com prole, o pai ou a mãe que tem a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação sexual e passa a viver com alguém do mesmo sexo. O companheiro do genitor não é nem pai nem mãe dos menores, mas não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Não raro o parceiro participa da criação, desenvolvimento e educação das crianças, passando a exercer a função parental.

Outra opção cada vez mais comum é um do par se submeter à reprodução assistida. Este será o pai ou a mãe. O parceiro ou parceira, que não participou do processo reprodutivo, fica excluído da relação de parentesco, ainda que o filho tenha sido concebido por vontade de ambos. Os *gays* utilizam espermia de um ou de ambos, e, realizada a fecundação *in vitro*, a gestação é levada a termo por meio do que se passou a chamar de barriga de aluguel. As lésbicas muitas vezes optam pela utilização do óvulo de uma, que, fecundado em laboratório, é introduzido no útero da outra, que leva a gestação a termo. Nessas hipóteses, o pai ou a mãe biológica é somente um deles, ainda que o filho tenha sido concebido por amor, processo do qual participaram os dois.

Em todas essas hipóteses, permitir que exclusivamente o pai (biológico ou adotante) tenha um vínculo jurídico com o filho é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo: a tutela jurídica dos vínculos afetivos, pois não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe (BARROS, 2002, p. 9).

A adoção vem sendo incentivada por campanhas, como modalidade de amenizar o grave problema social das crianças abandonadas ou institucionalizadas. A esse apelo só pode responder um dos parceiros. No entanto, mesmo sendo adotada por apenas um deles, a criança vai ter dois pais ou duas mães.

A maior visibilidade e a melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas tornam impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os

genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

Existindo um núcleo familiar, estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, a identificação da união estável do casal torna imperioso o reconhecimento da dupla paternidade. Para assegurar a proteção do filho, os dois pais precisam assumir os encargos do poder familiar. Como lembra Veloso (1997, p. 180), o princípio capital norteador do movimento de renovação do Direito das Famílias é fazer prevalecer, em todos os casos, o bem da criança; valorizar e perseguir o que melhor atender aos interesses do menor.

A enorme resistência em aceitar a homoparentalidade decorre da falsa idéia de que são relações promíscuas, não oferecendo um ambiente saudável para o desenvolvimento de uma criança. Também é alegado que a falta de referências comportamentais pode acarretar seqüelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do filho. Mas estudos realizados há longo tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de dano, sequer potencial, no desenvolvimento e na inserção social, havendo sadio estabelecimento de vínculos afetivos. Ora, se esses dados dispõem de confiabilidade, a insistência em rejeitar a regulamentação de tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica.

Negar a realidade, não reconhecer direitos só tem uma triste seqüela: os filhos são deixados à mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica. Livrar os pais da responsabilidade pela guarda, pela educação e pelo sustento da criança é deixá-la em total desamparo. Há que se reconhecer como atual e adequada a observação de Bevilacqua (1941, p. 329) ao visualizar um misto de cinismo e de iniquidade, chamando de absurda e injusta a regra do Código Civil de 1916 que negava reconhecimento aos filhos adulterinos e incestuosos.

Outra não é a adjetivação que merecem os dispositivos do Projeto de Lei da Parceria Civil Registrada, de nº 1.151/95, e do Pacto de Solidariedade, de nº 5.252/2002, que vedam quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros ou pactuantes. Cabe repetir as palavras indignadas de Cimbali: “Estranha, em verdade, a lógica desta sociedade e a justiça destes legisladores, que, com imprudente cinismo, subvertem, por completo, os mais sagrados princípios da responsabilidade humana” (apud BEVILAQUA, 1941, p. 329).

Agora, pelo que se percebe, está-se chamando de espúrio alguém pelo simples fato de, em vez de um pai e uma mãe, ter dois pais ou duas mães. Quem sabe a intenção é arrancá-lo de sua família, que, como toda família, é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições (ROUDINESCO, 2003, p. 198)?

Para o estabelecimento do vínculo de parentalidade, basta que se identifique quem desfruta da condição de pai, quem o filho considera como tal, sem perquirir se a realidade é biológica, presumida, legal ou genética. Também a situação familiar dos pais em nada influencia na definição da paternidade, pois família, como afirma Lacan, não é um grupo natural, mas um grupo cultural e não se constitui apenas por um homem, uma mulher e filhos, conforme bem esclarece Rodrigo da Cunha Pereira: a família é uma estruturação psíquica, em que cada um de seus membros ocupa um lugar, desempenha uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Assim, nada significa ter um ou mais pais, serem eles de mesmo ou de sexo diferente (PEREIRA, 1999, p. 47).

Mais uma vez o critério deve ser a afetividade, elemento estruturante da filiação socioafetiva, pois, como diz Groeninga (1993, p. 7), a criança necessita de pais que transmitam a verdade dos afetos. Não reconhecer a paternidade homoparental é retroagir um século, ressuscitando a perversa classificação do Código Civil de 1916 que, em boa hora, foi banida em 1988 pela Constituição Federal.

Além de retrógrada, a negativa de reconhecimento escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. As relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe (GAMA, 2001, p. 93), e a negativa de reconhecimento da paternidade afronta um leque de princípios, direitos e garantias fundamentais, como o respeito à dignidade, à igualdade e à identidade.

Não se pode esquecer que crianças e adolescentes têm, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação e à convivência familiar; negar o vínculo de filiação é vetar o direito à família: lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade (HIRONAKA, 2000, p. 21).

7. Avanços jurisprudenciais

As normas legais precisam adequar-se aos princípios e às garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta Política, retrato da vontade geral do povo. O núcleo do

sistema jurídico, o qual sustenta a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para se negar a prestação jurisdicional ou de motivo para se deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos. Omitindo-se o legislador em regular situações dignas de tutela, as lacunas precisam ser colmatadas pelo Judiciário. Na presença de vazios legais, a plenitude do reconhecimento de direitos deve ser implementada pelo juiz, que não pode negar proteção jurídica nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei; precisa assumir sua função criadora do direito. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não devem levar também o juiz a se calar. Imperioso que ele reconheça direitos às situações merecedoras de proteção, pois não se pode afastar do dever de fazer justiça. Para conceder direitos aos segmentos-alvo da exclusão social, impositiva a aplicação da analogia que leva à invocação do princípio da igualdade na busca de identificação da semelhança significativa.

Ainda que o preconceito faça com que os relacionamentos homoafetivos recebam o repúdio de segmentos conservadores, o movimento libertário que transformou a sociedade acabou por mudar o próprio conceito de família. A homossexualidade existe, sempre existiu e cabe à Justiça emprestar-lhe visibilidade. Em nada se diferenciam os vínculos heterossexuais e homossexuais: ambos têm o afeto como elemento estruturante.

O legislador intimida-se no momento de assegurar direitos às minorias excluídas do poder. A omissão da lei dificulta o reconhecimento de direitos, sobretudo frente a situações que se afastam de determinados padrões convencionais, o que faz crescer a responsabilidade do Poder Judiciário. Preconceitos e posições pessoais não podem levar o juiz a fazer da sentença um meio de punir comportamentos que se afastam dos padrões tidos por como normais. Igualmente não cabe invocar o silêncio da lei para negar direitos àqueles que escolheram viver fora do padrão imposto pela moral conservadora, mas que não agridem a ordem social.

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que não legalizadas,

acabaram batendo às portas da Justiça para reivindicar direitos. Mais uma vez o Judiciário foi chamado a exercer a função criadora do direito. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo *iter* percorrido pelas uniões extramatrimoniais. Em face da resistência em ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato, dando ensejo à mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição (DIAS, 2003, p. 17).

O receio de comprometer o sacralizado conceito do casamento, limitado à idéia da procriação e, por conseqüência, à heterossexualidade do casal, não permitia que se inserissem as uniões homoafetivas no âmbito do Direito das Famílias. Havia dificuldade de reconhecer que a convivência está centrada em um vínculo de afeto, o que impedia fazer a analogia dessas uniões com o instituto da união estável. Afastada a identidade familiar, nada mais era concedido além da repartição do patrimônio comum. Alimentos e pretensão sucessória eram rejeitados sob a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

As uniões homossexuais, quando reconhecida sua existência, eram relegadas ao Direito das Obrigações. Como relações de caráter comercial, as controvérsias eram julgadas pelas varas cíveis. Chamadas tais uniões homossexuais de sociedades de fato, limitava-se a Justiça a conferir-lhes seqüelas de ordem patrimonial. Logrando um dos sócios provar sua efetiva participação na aquisição de bens amealhados durante o período de convívio, era determinada a partição do patrimônio, operando-se verdadeira divisão de lucros.

A mudança começou pela Justiça gaúcha, que, ao definir a competência dos juizados especializados da família para apreciar as uniões homoafetivas¹, acabou por inseri-las no âmbito do Direito de Família, como entidades familiares. Cabe sinalar que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul possui estrutura diferenciada. A divisão de competência por matérias existe também no segundo grau de jurisdição entre os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça. Essa peculiaridade evidencia o enorme significado do deslocamento das ações relativas a uniões de pessoas do mesmo sexo das varas cíveis para os juízos de família. Esse, com certeza, foi o primeiro grande marco que ensejou a mudança de orientação da jurisprudência sul-rio-grandense. A definição da competência das varas de família para o julgamento das ações envolvendo as uniões homossexuais provocou o envio de todas as demandas que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família.

¹ RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS – AI 599 075 496, 8ª C.Civ. Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/6/1999).

Também os recursos migraram para as câmaras do Tribunal que detêm competência para apreciar essa matéria.

Proposta a ação trazendo por fundamento jurídico as normas de Direito das Famílias, a tendência era o indeferimento da petição inicial. Decantada a impossibilidade jurídica do pedido, era decretada a carência de ação. O processo era extinto em seu nascedouro, por ser considerado impossível o pedido do autor. Esta foi a decisão proferida em ação de petição de herança em cujo recurso², invocando os princípios constitucionais que vedam a discriminação entre os sexos, por unanimidade de votos, a sentença foi reformada. Reconhecido que a inicial descrevia a existência de um vínculo familiar, foi afirmada a possibilidade jurídica do pedido e determinado o prosseguimento da ação. Essa decisão, invocando a vedação constitucional de discriminação em razão do sexo, sinalizou de forma clara o caminho para a inserção, no âmbito do Direito de Família, das uniões homoafetivas como entidades familiares.

A primeira decisão da Justiça brasileira que deferiu herança ao parceiro do mesmo sexo também é da Justiça do Rio Grande do Sul³. A mudança de rumo foi de enorme repercussão, pois retirou o vínculo afetivo homossexual do Direito das Obrigações, em que era visto como simples negócio, como se o relacionamento tivesse objetivo exclusivamente comercial e fins meramente lucrativos. Esse equivocado enquadramento evidenciava postura conservadora e discriminatória, uma vez que não conseguia ver a existência de um vínculo afetivo na origem do relacionamento.

Fazer analogia com o Direito das Famílias, que se justifica pela afetividade, significa

² HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (TJRS – AC 598 362 655, 8ª C. Civ., Rel. Des. José S. Trindade, j. 01/3/2000).

³ UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (TJRS – AC 70001388982, 7ª C. Civ. – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j., 14/3/2001).

reconhecer a semelhança entre as relações familiares e as homossexuais. Assim, pela primeira vez, a Justiça emprestou relevância ao afeto, elegendo-o como elemento de identificação para se reconhecer a natureza familiar das uniões homoafetivas. O Relator, Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, em longo e erudito voto, invocou os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, concluindo que o respeito à orientação sexual é aspecto fundamental para o reconhecimento desses princípios. Na esteira dessa decisão, encorajaram-se outros tribunais, e, com significativa frequência, se têm notícias de novos julgamentos adotando posicionamento idêntico.

Mesmo inexistindo controvérsia sobre a existência da união, passou a ser reconhecido o interesse de agir, por meio de medida cautelar de justificação⁴, bem como o uso de ação declaratória da existência da relação homossexual, sob o fundamento de que a prova da convivência efetiva seria da maior importância na eventualidade de ruptura da vida em comum, com vista à apuração do resultado patrimonial⁵.

Talvez o julgamento mais emblemático tenha sido o do companheiro sobrevivente quando, na ausência de herdeiros sucessíveis do *de cujus*, a herança estava na iminência de ser declarada vacante e recolhida ao município. Em sede de embargos infringentes, foram reconhecidos direitos sucessórios ao companheiro pelo voto de Minerva do Vice-Presidente do Tribunal⁶. Desta decisão, o Ministério Público opôs recurso tanto ao Superior Tribunal

⁴ JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente a Justiça Estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as Varas de Família, e também as Câmaras Especializadas em Direito de Família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do Direito das Obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do Direito de Família, na parte assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 2. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade é comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. Inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. (TJRS – AC 70002355204, 7ª C. Civ. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 11/4/2001).

⁵ APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PESSOAS DO MESMO SEXO. Afastada carência de ação. Sentença desconstituída para o devido prosseguimento do feito. (TJRS – AC 70005733845, 2ª C.Civ.Esp. Rel. Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, j. 20/3/2003).

⁶ UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe que seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria. (TJRS – EI 70003967676, 4º Grupo de C.Civ. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 09/5/2003).

de Justiça como ao Supremo Tribunal Federal, não tendo sido ainda alvo de julgamento.

Porém, como o Tribunal Superior Eleitoral⁷ já proclamou a inelegibilidade (CF/88, art. 14, § 7º) nas uniões homossexuais, está reconhecido que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, tanto que está sujeita à vedação, que só existe no âmbito das relações familiares. Ora, se estão sendo impostos ônus aos vínculos homoafetivos, faz-se mister sejam assegurados também todos os direitos e garantias a essas uniões no âmbito do Direito das Famílias e do Direito Sucessório.

Recente julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,⁸ por decisão unânime, reconheceu o direito de adoção a um casal formado de pessoas do mesmo sexo. Os filhos haviam sido adotados por uma das parceiras, vindo a outra a pleitear a adoção em juízo. Com certeza essa decisão selou de vez o reconhecimento de que a divergência de sexo é indiferente para a configuração de uma família.

É de se louvar a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e quando se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos e deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

A postura da jurisprudência de juridicizar as relações homoafetivas e inseri-las como entidades familiares no âmbito do Direito das Famílias é um marco significativo. À

⁷ REGISTRO DE CANDIDATO. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (CF, 14, § 7º). Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (TSE – Resp Eleitoral 24564 – Visau/PA – Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º/10/2004).

⁸ ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime. (TJRS – AC 70013801592 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 5/5/2006).

medida que se consolida a orientação jurisprudencial, emprestando efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começa a alargar-se o espectro de direitos reconhecidos aos parceiros quando do desfazimento dos vínculos homoafetivos. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da tutela jurídica. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Porém, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal.

Não é mais possível deixar de arrostar a realidade do mundo de hoje. É necessário ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de família os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontade, merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar.

O caminho está aberto, sendo imperioso que os juízes cumpram com sua verdadeira missão: fazer Justiça. Acima de tudo, precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas precisam ser julgadas com mais empatia e menos preconceito. Os princípios de justiça, igualdade e humanismo devem presidir as decisões judiciais.

Há muito já caiu a venda que tapava os olhos da Justiça. O *símbolo da imparcialidade* não pode servir de empecilho para o reconhecimento de que a diversidade necessita ser respeitada. Não mais se aceita conviver com a exclusão e o preconceito.

A Justiça não é cega nem surda. Também não pode ser muda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam e a coragem para dizer o Direito em consonância com a Justiça.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria Cristina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito das Famílias*. Porto Alegre, jul./ago./set. 2002.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: CONGRESSO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS, 1., 1988, Belo Horizonte. *Anais ...* Belo Horizonte, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Manual do direito das famílias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Família hoje. In: BARRETO, Vicente. (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito das famílias e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 88, t. 1. dez. 2002.

GROENINGA, Giselle. O secreto dos afetos: a mentira. *Boletim do IBDFAM*, n. 19, mar./abr. 1993.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução, direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002, Belo Horizonte. Família e cidadania: o novo ccb e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto*

como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 6, dez. 1998.

_____. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Adauto. As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96. *COAD*, out./nov. 1999.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e Direito. *Jornal O Liberal*, Belém, 22 maio 1999.

_____. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Comentários à Lei de introdução ao Código Civil: artigos 1º a 6º. Belém: UNAMA, 2005.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 21, 1979.

_____. Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo? *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte, n. 2, p. 11-12, abr. 1998.

NOTAS

ⁱ Os neologismos homoafetividade e união homoafetiva foi cunhado por Maria Berenice Dias, na sua obra: União homossexual: o preconceito & a justiça.

1.2 O MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG

Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG

Professor da PUC/MG

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

RESUMO: Visando adequar a atuação do Ministério Público como *custos legis* nos processos de separação e divórcio (consensual e litigioso) ao moderno conceito de família e à sua tendência atual de racionalização dos trabalhos na área cível, o presente artigo tem como objetivo avaliar se ainda é necessária a referida intervenção do *Parquet* em processos desta natureza.

PALAVRAS-CHAVE: *custos legis*; divórcio consensual; divórcio litigioso.

ABSTRACT: Aiming at adapting the role of prosecutor as *custos legis* in the processes of separation and divorce (consensual and litigious) to the modern concept of the family and its current trend of rationalization of the work in the civil area, this article aims to assess whether it is still necessary for the *Parquet* to intervene in such proceedings.

KEY WORDS: *custos legis*; consensual divorce; litigious divorce.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo. 3. O contemporâneo movimento legislativo consagrador do direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo. 4. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio. 5. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio atende aos reclamos de racionalização dos trabalhos na área cível. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho, fruto da tese “A racionalização da intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio”, aprovada por ampla

maioria no XVII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Salvador/BA, nos dias 26 a 29 de setembro de 2007, parte da idéia inicial de que, em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros.

Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende como tese principal deste trabalho a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a esses feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (que passam a ter um *direito potestativo extintivo* do matrimônio).

Tal posicionamento vai ao encontro da atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, privilegiando-se, portanto, a atuação dos órgãos de execução na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais relevantes à coletividade, o que se coaduna perfeitamente com o verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna.

Como proposição, pretende-se sugerir que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e as Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país incluam a matéria ora apreciada nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível, a título de recomendação não vinculativa.

2. O direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo

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 conferira 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, em que 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 com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

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 (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 principal requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: *o afeto*.

Nessa esteira, o brilhante Professor Cristiano Chaves de Farias enfatiza 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” (FARIAS, 2002).

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 (DIAS; PEREIRA, 2001, p. 11).

Nesse contexto, o casamento passa a ter nova roupagem. Muito longe de ser o único meio de legitimar a formação da família, tal instituto 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. Em outras palavras, nos dias de hoje, o casamento passa a ser visto como um dos meios (nunca o único) de promoção da dignidade da pessoa humana.

Por conta disso, a entidade familiar ora em comento somente deve ter vigência enquanto cumprir a função acima referida. No momento em que esta se encerra, devem os consortes ter *pleno direito* de dissolver a sociedade conjugal (no caso da separação) ou o vínculo matrimonial (no caso do divórcio), *sem limitação de qualquer ordem*.

Avançando na discussão do tema, temos que, assim como o direito à conjugalidade integra o conjunto dos direitos da personalidade, o direito à dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial também deve integrá-lo. Afinal de contas, se a “comunhão plena de vida” estabelecida pelo casamento (art. 1.511 do Código

Civil de 2002) acabou, que sentido há em se criar óbices à decretação do fim da sociedade conjugal e/ou do vínculo matrimonial? Em outra perspectiva, é crível que o ordenamento jurídico imponha restrições ao direito de extinção do ente familiar advindo do casamento, obrigando inclusive os consortes a continuarem convivendo, se já não persiste mais entre eles o *affectio familiae*? A esse respeito, recorremos novamente ao genial Professor Farias (2004, p. 115, grifo nosso), segundo o qual o direito de não manter o núcleo familiar é um:

[...] *direito potestativo extintivo*, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade.

Adotando essa concepção de direito de não manter o núcleo familiar como *direito potestativo extintivo*, abalizada doutrina civilista vem modernamente sustentando a necessidade de se pôr fim a todo e qualquer elemento legislativo que sirva como empecilho à liberdade de se separar ou se divorciar. Nesse sentido, algumas vitórias já foram obtidas, a exemplo da recente promulgação da Lei nº 11.441/2007, que facilitou sobremaneira a vida dos cônjuges ao permitir que a separação e o divórcio consensuais fossem obtidos por meio de um simples procedimento administrativo (extrajudicial). Outras vitórias já se aproximam, tendo em vista que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em última análise, é corroborar a tendência aqui apresentada.

Considerando que tanto a novel legislação supramencionada como as propostas de alteração legislativa anteriormente referidas (acaso aprovadas, o que certamente ocorrerá) influem significativamente na atuação do Ministério Público como *custos legis* em processos desta natureza, dedicamos a seguir um tópico específico para apreciar, de forma muito breve, todas essas novidades.

3. O contemporâneo movimento legislativo consagrador do direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo

Atendendo ao princípio constitucional da facilitação do divórcio (art. 226, § 6º, CF/88), muito recentemente, presenciou-se o advento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que, acrescentando ao Código de Processo Civil o art. 1.124-A, permitiu que o divórcio e também a separação consensuais, desde que não existam filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, estando as

partes devidamente representadas por advogado, possam ser realizados por escritura pública, a qual será, inclusive, gratuita para os declarados pobres em sentido legal.

A novel legislação, sem dúvida alguma, desburocratizando o procedimento de dissolução do casamento por mútuo consentimento, consagra a tendência de tratar o direito à separação e ao divórcio como *direito potestativo extintivo*.

Noutro giro, impende mencionar que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em uma perspectiva de fundo, é confirmar a tendência em debate, senão vejamos.

A título de exemplo e seguindo uma gradação crescente de importância, podemos citar inicialmente o Projeto de Lei nº 507/2007, de autoria do Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM –, que propõe a abolição de todas as espécies de separação judicial litigiosa (separação-sanção, separação-falência e separação-remédio, atualmente previstas, respectivamente, no art. 1.572, *caput*, parágrafos 1º, 2º e 3º, do Código Civil). Aqui merece destaque a proposta de eliminação do ordenamento jurídico nacional da tão criticada separação-sanção (baseada na culpa de um dos cônjuges) e dos efeitos dela decorrentes (sanções de perda dos direitos a alimentos e ao uso do nome de casado aplicadas ao culpado pela separação).

Substituindo o princípio da culpa pelo *princípio da ruptura* (ou do *desamor*), partindo da idéia de que ninguém deve ser punido apenas pelo fim do amor, ainda mais quando se leva em conta que a família da modernidade, entendida como comunidade de afeto e entrelaçada, somente deve persistir enquanto preencher esta sua missão, e considerando ainda que a busca por um culpado pela separação judicial, além de violar o sagrado direito de intimidade do casal, é injusta, pois, na verdade, não há apenas um culpado pelo término da relação, o Projeto atende a um antigo clamor da doutrina civilista, estipulando como única causa de pedir da ação de separação judicial o término da comunhão de vida.

O Projeto *sub oculis*, com idêntico escopo, ainda exclui a necessidade de decurso do lapso temporal de um ano de casamento, atualmente previsto no *caput* do art. 1.574 do Código Civil, para a formulação do pedido de separação consensual.

Mais revolucionário do que este Projeto de Lei é a Proposta de Emenda à Constituição – PEC – nº 33/2007, também de autoria do Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) e igualmente sugerida pelo IBDFAM, que visa alterar o art. 226, § 6º, do Texto Maior, para eliminar do ordenamento jurídico pátrio de uma vez o instituto da separação judicial (em qualquer modalidade, consensual ou litigiosa).

A separação judicial (antigo desquite) está ligada historicamente ao embate travado no Congresso Nacional entre divorcistas e antidivorcistas à época da discussão da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio): muito embora estes últimos tenham sido derrotados em tal embate (afinal, o divórcio passou a ser permitido no país), continuaram exercendo fortes pressões para extirpar do ordenamento jurídico um instituto considerado (por eles) pernicioso à formação da família (entenda-se: família matrimonializada), a qual deveria ser sempre e em qualquer hipótese preservada; para aliviar estas pressões, aqueles (os divorcistas) acabaram aceitando a manutenção no ordenamento do instituto da separação como meio de frear e desestimular as partes a procurarem o divórcio.

Passado o calor desta discussão¹ e diante do reconhecimento constitucional de novas entidades familiares, verifica-se que a manutenção da separação judicial, no ordenamento brasileiro, perdeu completamente sua razão de ser. Clama-se então por uma imediata reforma legislativa para que este instituto seja definitivamente extirpado do cenário jurídico nacional.

Aliás, impende mencionar que, estatisticamente, os casais acabam optando pelo uso da via menos traumática do divórcio (direto) pelo fato de este se preocupar apenas com a causa objetiva da separação de fato do casal, deixando de lado a apuração do odioso (e completamente subjetivo) elemento culpa pelo término do relacionamento conjugal.

Acrescente-se ainda que o estabelecimento de dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) para que se atinja o fim do vínculo matrimonial provoca no casal oneração financeira desnecessária, isso sem falar do aumento do desgaste psíquico peculiar de processos desta natureza.

Como se vê, o direito material regulador da dissolução do casamento caminha a passos largos no sentido de garantir aos cônjuges, no exercício de sua autonomia privada, a livre escolha em manter ou extinguir a família por eles formada². Na outra face desta mesma moeda, o Estado, cada vez mais, deixa de ter interesse na manutenção a qualquer custo do casamento, motivo pelo qual vem sendo reduzida a (indevida) ingerência estatal nesta seara, em respeito ao *direito potestativo extintivo* por diversas vezes aqui aludido, até porque, nos termos do art. 226, § 7º, da *Lex Fundamentalis*, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

¹ A discussão encontra-se superada no plano jurídico. Contudo, setores conservadores da sociedade mundial, em pleno século XXI, ainda relutam em admitir o instituto do divórcio. Nesse sentido, registre-se que o Papa Bento XVI, em sua *Sacramentum Caritatis*, divulgada no início do ano 2007, afirmou categoricamente que o divórcio é “a praga do ambiente social contemporâneo”.

² Noticie-se que a PEC nº 33/2007 foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 2 de agosto de 2007.

Neste cenário, a atuação do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio não pode nem deve ficar engessada na contramão da história, exigindo-se uma adaptação frente aos novos tempos, o que passa a ser apreciado a seguir.

4. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio

Quanto ao procedimento administrativo da separação e do divórcio consensuais, naturalmente, por não se tratar de procedimento judicial, nele não deve ocorrer a intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

Por questões de coerência, utilizando-se das palavras do preclaro Professor Farias (2007, p. 57), é possível afirmar que “[...] se não há interesse público que justifique a atuação do Promotor de Justiça nos acordos consensuais de separação ou divórcio em cartório, também não pode existir interesse na dissolução matrimonial em juízo, quando se trate de procedimento consensual”. Não haveria nenhum motivo lógico para tratar situações absolutamente idênticas de forma desigual.

Aliás, esse posicionamento já encontra guarida nas recentes manifestações dos mais diversos órgãos ministeriais do país a respeito da racionalização da atuação do *Parquet* no processo civil. A título de ilustração, registre-se que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, publicou a chamada Carta de Ipojuca (PE), na qual consta a recomendação, sem caráter vinculativo, de que é desnecessária a atuação ministerial na “separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes” (letra A, número 4, item I).

O Ministério Público da Bahia, por sua vez, pelo Ato Normativo nº 15/2006, publicado em 20 de dezembro de 2006, de lavra da Procuradoria-Geral de Justiça, consagrou entendimento ainda mais amplo, segundo o qual “[...] a intervenção do Ministério Público, quando atuar como *custos iuris* e *inexistindo interesse de incapaz*, poderá ser considerada nas seguintes hipóteses: I – em processos atinentes a Direito de Família e Sucessões, *quanto a questões econômicas e demais direitos disponíveis [...]*” (grifo nosso).

Corroboramos *in totum* com o teor do Ato Normativo do *Parquet* baiano. Na verdade, a atuação ministerial no processo civil deve ser sempre dispensada quando o interesse público não estiver em jogo. Ora, como já afirmado alhures, não se verifica hodiernamente interesse público na manutenção do casamento se os cônjuges assim não desejam. Por isso, meras questões patrimoniais, a exemplo da partilha de bens,

não têm o condão de provocar a presença do Ministério Público nos processos de separação e divórcio judiciais consensuais. Desse modo, a única hipótese de intervenção ministerial como fiscal da lei em processos deste *jaez* é a existência de interesse de incapaz, em respeito ao disposto no art. 82, I, do Código de Processo Civil.

Ousamos ir um pouco além. *A nosso ver, a existência de interesse de incapaz deve ser a única hipótese a ensejar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer ação de separação ou divórcio, seja ela consensual ou litigiosa.* Como justificativa desta tese, é forçoso reprisar o que já afirmado: se não há mais interesse público na manutenção do matrimônio quando os consortes assim não querem, estando, portanto, a decisão de dissolver ou não a família por eles formada única e exclusivamente nas mãos do casal (*direito potestativo extintivo*), no exercício de sua autonomia privada, razão inexistente para que o *Parquet* continue atuando em ações desta espécie, salvo no caso de incidência de interesse de incapaz.

A tese aqui esposada não propõe nenhuma revolução no ordenamento jurídico nacional, sequer deve ser encarada como novidade, mas sim como simples adaptação das atribuições ministeriais ao conceito moderno de família e ao regramento da dissolução do casamento dele decorrente.

Nesse trilhar, convém trazer à baila o Ato Normativo 313/2003, de lavra da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, que, no seu art. 3º, I, consagra integralmente o entendimento aqui defendido ao estatuir que “Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, fica facultada a intervenção ministerial nas seguintes hipóteses: I - Separação judicial e divórcio, onde não houver interesse de incapazes”.

No mesmo sentido, é deveras pertinente o advento da recente Recomendação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de nº 03/2007 (publicada em 12/11/2007), que recomenda, sem caráter normativo, “[...] aos Membros do Ministério Público que oficiam no âmbito cível para não mais intervir nos seguintes feitos: I - separação e divórcio judiciais em que não houver interesse de incapazes”.

De outro lado, o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei nº 2.285/2007 apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro à Câmara dos Deputados, por sugestão do IBDFAM, no dia 25 de outubro de 2007, não deixa qualquer dúvida sobre esse posicionamento ao determinar, no seu art. 130, que “[...] o Ministério Público deve intervir nos processos judiciais em que houver interesses de crianças, adolescentes e incapazes”.

Ademais, insta salientar que, em existindo interesse de incapaz, a atuação do Promotor de Justiça deve cingir-se apenas e tão-somente a tal interesse, não se manifestando, portanto, quanto ao próprio decreto de separação ou divórcio, bem como quanto aos efeitos decorrentes da dissolução do matrimônio. Nessa linha de intelecção, entende-se necessário o pronunciamento do órgão ministerial de execução, por exemplo, em matérias como guarda judicial dos filhos menores ou alimentos a eles devidos, mas considera-se desnecessária a participação do Promotor no debate de questões como decurso do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto, partilha de bens (e demais questões econômicas, repetindo as palavras do Ato Normativo do Ministério Público baiano), uso do nome de casado etc.

Por outro lado, impende registrar também que o posicionamento ora sustentado não provoca violação ao quanto previsto no art. 82, II, do Código de Processo Civil, segundo o qual compete ao Ministério Público intervir nas causas concernentes ao estado da pessoa (dentre outras). Como é cediço, a doutrina processual contemporânea vem lecionando que todas as hipóteses de atuação do Ministério Público como fiscal da lei previstas no art. 82 do CPC³ devem ser conciliadas com as funções atribuídas a este órgão pelos artigos 127, *caput* (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”), e 129 da Constituição Federal, o que somente pode ser auferido no caso concreto e não aprioristicamente.

Nunca é demais lembrar que, no processo de mandado de segurança, há situação bastante semelhante à presente, pois, embora também exista previsão legal expressamente exigindo a participação do Ministério Público em tal feito (art. 10 da Lei nº 1.533/51), vem prevalecendo o entendimento de que é obrigatória apenas a intimação do órgão de execução, pois a atuação ministerial somente ocorrerá se presente uma das hipóteses definidas no art. 82 do CPC e/ou no art. 127, *caput*, da *Lex Legum*, ou seja, desde que esteja configurada nos autos a incidência do interesse público (evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte – art. 82, III, *in fine*, CPC), o qual não se confunde com o interesse do ente estatal (aquele é tido como interesse público primário, este é considerado interesse público secundário, na clássica distinção perpetrada pela doutrina processual italiana). A esse respeito, vale a pena colacionar o seguinte julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE PÚBLICO.

³ O raciocínio também é válido para os processos de jurisdição voluntária, a exemplo da separação e do divórcio judiciais consensuais: não obstante o teor do art. 1.105 do CPC, que obriga a participação do Ministério Público em todos os processos desta natureza, vem-se entendendo que o *Parquet* somente deve intervir em tais feitos quando estiver presente uma das hipóteses estampadas pelo art. 82 do CPC e/ou art. 127, *caput*, da Carta Magna.

1. Não é obrigatória a intervenção do Ministério Público no agravo de instrumento contra decisão que indefere ou concede liminar em mandado de segurança.
2. O interesse público, a que alude o art. 82, III, do CPC, não se confunde com o interesse da Fazenda Pública.
3. Recurso especial improvido. (STJ. REsp 686377/RS. Rel. Min. Castro Meira, j. 20.06.06).

Esclareça-se ainda que, com o fito de se evitar a ocorrência de nulidade processual por ofensa ao disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, sustenta-se que persiste a necessidade de intimação do Ministério Público em todos os processos de separação e divórcio, afinal de contas, nas palavras do insigne Professor baiano Didier Junior (2006, p. 236), “[...] o que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; ‘se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há’”. De fato, somente após ser intimado (nunca antes, por óbvio) é que o Promotor de Justiça terá acesso aos autos e assim poderá analisar se está presente ou não o interesse público justificador da sua intervenção. Não sendo hipótese de sua intervenção (*in casu*, não existindo interesse de incapaz), deverá o Promotor externar os seus fundamentos, por exigência do art. 43, III, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Seguindo esse trilhar, a Carta de Ipojuca, na letra A, número 1, é de clareza solar ao estatuir que “Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos”. Ainda mais preciso é o Ato Normativo nº 15/2006 do *Parquet* baiano, que assevera o seguinte:

Art. 8º - A racionalização não implica renúncia ao direito de receber os autos com vista, nas hipóteses em que a lei prevê a participação do Ministério Público, devendo o representante ministerial, no caso concreto, avaliar a presença, ou não, do interesse público justificador da intervenção, fundamentando, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, o seu entendimento.

Idêntico raciocínio é estampado no Ato Normativo nº 313/2003 do Ministério Público paulista, que, nos artigos 1º e 4º, dispõe:

Art. 1º - Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

Art. 4º - O exame mencionado no artigo 1º deverá ser renovado em toda vista dos autos, podendo também ser realizado a qualquer momento.

5. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio atende aos reclamos de racionalização dos trabalhos na área cível

Adotar o posicionamento defendido na presente tese significa atender aos reclamos de Promotores de Justiça de todo o país de racionalização dos trabalhos do Ministério Público. Completamente assoberbados nas Comarcas onde atuam em virtude das inúmeras atribuições conferidas pela Constituição Federal, os Promotores, que gozam de enorme credibilidade perante os jurisdicionados e, por isso mesmo, são constantemente cobrados e fiscalizados pela sociedade, acabam sendo obrigados a realizar uma seleção das Curadorias mais relevantes àquela localidade e atuar apenas nelas, deixando de lado Curadorias outras. Acrescente-se a este cenário o fato de que os Promotores ainda têm um volumoso número de processos judiciais (dos mais diversos) aguardando manifestação nas prateleiras das Promotorias de Justiça e chegue-se à conclusão de que a atuação do Ministério Público apenas e tão-somente nas searas mais caras à sociedade não é uma alternativa simplesmente cômoda, mas sim um necessário caminho de sobrevivência para a Instituição. Trata-se, inclusive, de ajuste da atuação do Ministério Público ao perfil traçado pela Carta Magna Federal nos artigos 127, *caput*, e 129. Em uma perspectiva hodierna, deve a Instituição priorizar a atuação em prol dos valores mais relevantes da sociedade, deslocando para um plano secundário interesses de menor repercussão. Nessa esteira, sábias são as palavras do Professor Oliveira (2007, p. 83), segundo o qual: “Em suma, lembrado que o Ministério Público tem sua atuação pautada pela defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, resta imprópria sua investidura para tarefas de outra ordem [...]”.

Na área cível, pode-se afirmar que a racionalização implica deixar a cargo dos particulares o trato de questões que apenas a eles dizem respeito. Há determinadas matérias em que não se verifica a existência de interesse público (a exemplo da habilitação de casamento, quando esta não envolver incapaz ou quando não houver oposição de impedimento ou arguição de causa suspensiva, justificação de fato necessário à habilitação ou pedido de dispensa de proclamas, nos termos do art. 3º do Ato Normativo nº 015/2006 do Ministério Público baiano; ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens em que não houver interesse de incapazes, conforme item II da Recomendação nº 03/2007 do Ministério Público mineiro), motivo pelo qual os cidadãos, no exercício da sua autonomia privada, devem livremente discipliná-las, o que implica a desnecessidade de atuação do *Parquet* em processos envolvendo tais matérias.

A esse respeito, acrescentando o exemplo do pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido (Lei nº 6.858/80), veja-se o ensinamento de Farias (2007, p. 14):

De igual sorte, vislumbro uma magnífica oportunidade para um debate aprofundado também sobre a intervenção do Ministério Público na área cível, afastando o *Parquet* de uma série de atos típicos da vida privada, v.g., a habilitação para o casamento e a atuação como *custos legis* em ações tipicamente decorrentes da autonomia privada do titular (que podem ser lembradas com o reconhecimento e dissolução de uniões estáveis, sem interesses menoristas, e o conhecido pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido, conforme disciplina da Lei nº 6.858/80). Seguramente, não é esse o papel conferido pelo constituinte ao Promotor de Justiça. Intérprete dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais significativos para a coletividade, não pode o Ministério Público atuar na esfera personalíssima de interesses do titular, até porque nada poderá fazer para impedir o exercício de direitos. O que faria, por exemplo, para obstar uma separação consensual? Pleitearia um mandado de obrigação de fazer para ambos, atentando contra a dignidade de cada um?

Guimarães Júnior (1999, p. 158) tem idêntico posicionamento, senão vejamos:

[...] Se o *Parquet* recebeu da Constituição um papel relevante, sua atuação, na prática, deve ser condizente com tal relevância. Aqui vem um argumento de ordem prática: a redução quantitativa da intervenção processual ensejará maior disponibilidade de tempo ao Promotor para que se dedique aos direitos difusos e coletivos da comarca em que atue, inclusive através de mecanismos extrajudiciais. Tudo, vale lembrar, em favor da maior efetividade de atuação ministerial como um todo.

À guisa de arremate, por tudo quanto exposto na presente tese, considera-se que as pretensões de separação e divórcio, em qualquer modalidade, também devem ser reguladas pela autonomia privada dos consortes (exceto quando envolver interesse de incapaz), dispensando, portanto, a intervenção do Ministério Público como *custos legis*. Por conta disso, será alcançado o objetivo da racionalização, o que fomentará a atuação do *Parquet* na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais caros à coletividade, atuação esta que é sua verdadeira vocação constitucional. O professor Farias (2007, p. 15, grifo nosso) apresenta perfeita síntese desse entendimento final, nestes termos:

Isso significa, no plano concreto aqui analisado, que o Ministério Público deve concentrar os seus esforços na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, afastando-se, definitivamente, de toda e qualquer atuação – processual ou extraprocessual – que não se conforme com a sua feição (constitucional) de instituição vocacionada à defesa de interesses metaindividuais. *Vejo, inclusive, com tranquilidade, a possibilidade de asseverar que – mesmo havendo disposição infraconstitucional prevendo a atuação ministerial em determinadas hipóteses (atinentes a interesses privados, estranhos às latitudes do art. 127 da CF/88) – não deverá o Ministério Público, lastreado no respeito às disposições constitucionais, atuar, em razão da interferência indevida no campo das relações particulares, atentando, não raro, contra garantias individuais.* É o caso da habilitação para o casamento, das dissoluções consensuais de união estável, dos alvarás judiciais... O desafio está posto. E, como propõe RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, uma coisa é bem certa: o Direito não mais pode fechar os olhos à realidade que insiste, sempre, em surgir. Compreender isso é fazer cumprir o Direito mais autêntico, é dar-lhe vida e colocá-lo na vida.

6. Considerações finais

Em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (*direito potestativo extintivo*), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo.

Tal posicionamento vai ao encontro da atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, a exemplo do baiano, do paulista e do mineiro. Em sendo ela adotada, haverá benefícios práticos relevantes aos Promotores de Justiça, que terão mais tempo para atuar em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de maior relevância à coletividade, adequando-se esta atuação ao verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna.

A tese não é revolucionária, apenas busca ajustar a atuação do *Parquet* ao seu papel constitucional e à evolução do Direito de Família. Por conta disso, conclui-se este estudo sugerindo ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país que façam incluir nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível a recomendação não vinculativa de que *é desnecessária a intervenção do Ministério Público como custos legis nas ações de separação e divórcio, em qualquer modalidade (consensuais ou litigiosos), exceto quando estiver em jogo interesse de incapaz, devendo cingir-se a sua atuação, nesta última hipótese, apenas a tal interesse, sendo obrigatória, entretanto, em todas as hipóteses, a intimação do órgão ministerial de execução, o qual, no caso concreto, avaliará a presença ou não da hipótese justificadora da sua intervenção, e, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, fundamentará o seu entendimento.*

7. Referências bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *JusNavigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 8 nov. 2006.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA; Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. 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.

_____. A proclamação da liberdade de permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 18, jun./jul. 2003, p. 49-82.

_____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *O novo procedimento da separação e do divórcio de acordo com a Lei nº 11.441/07: comentários e análise da Lei nº 11.441/07*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Ministério Público: instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *JusNavigandi* Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=2552>>. Acesso em: 27 out. 2006.

MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Euclides de. Ministério Público na Interdição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 00, Porto Alegre, p. 74-83, out/nov. 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

1º Acórdão.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TELECOMUNICAÇÕES. PULSOS ALÉM DA FRANQUIA. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Imposição de multa de 1% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil. (STF, 1ª Turma, AI-AgR 673180 / MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento 27/11/2007, Divulg. 31-01-2008).

2º Acórdão.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Imposição de multa de 1% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil. (STF, 1ª Turma, AI-AgR 683304 / MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento 27/11/2007, Divulg. 31-01-2008).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 FUNÇÃO SOCIOECOLÓGICA DO IMÓVEL RURAL: UM ESTUDO SOBRE A INCONSISTÊNCIA DA DICOTOMIA ENTRE AS EXIGÊNCIAS DE AVERBAÇÃO E CONSERVAÇÃO DA RESERVA FLORESTAL LEGAL E O DIREITO DE PROPRIEDADE

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA

Bacharel em Direito (Universidade Federal de Minas Gerais)

Mestrando em Ciências Naturais (Programa de Pós-Graduação em Evolução Crustal e Recursos Naturais, Departamento de Geologia, Escola de Minas, Universidade Federal de Ouro Preto)

1. Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL n. 1.0694.06.033664-1/001(1)

Relator: Desembargador Dárcio Lopardi Mendes

Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Apelados: Antonielli Leandro da Fonseca e Outros

Autoridade coatora: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Três Pontas

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEL RURAL - RESERVA LEGAL - INEXISTÊNCIA DE FLORESTA OU VEGETAÇÃO NATIVA - NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO - DIREITO DE PROPRIEDADE - FUNÇÃO SOCIAL - MEIO AMBIENTE - PREVALÊNCIA DO INTERESSE COLETIVO. A questão da averbação da reserva legal demanda análise de vários princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio, tais quais o direito à propriedade, a função social da propriedade, a defesa ao desenvolvimento econômico do país por meio da produção e a proteção ao meio ambiente. Lembre-se que, na verdade, não existe contradição entre o princípio da propriedade e da função social da propriedade, uma vez que se encontra inserida no nosso ordenamento jurídico a necessidade da releitura do primeiro princípio, face à nova ótica social do Estado Democrático de Direito. Assim, o direito de propriedade será sempre exercido nos limites da função social, não podendo, mais, se distanciar dessa. A exigência de destinação de reserva legal gera constrição ao direito de propriedade, reduzindo, no imóvel rural, a área de produção agrícola. Contudo, o que se deve preconizar, na análise da matéria, e a função sócio-ambiental da propriedade, fazendo-se uma releitura da Lei n. 4.771/64 à luz da Constituição da República de 1988, devendo-se interpretar as normas de proteção ao meio ambiente da forma mais abrangente possível, não restringindo onde o legislador não o fez expressamente. Não há se falar em destinação da reserva legal apenas em imóveis rurais nos quais ainda haja floresta ou vegetação nativa, visto que, a instituição da reserva legal busca

ampliar as áreas de uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e reabilitação dos processos ecológicos, a conservação da biodiversidade e a proteção da fauna e flora nativas, pouco importando se há, na área, vegetação original ou não. Deve-se aplicar, na interpretação das normas sobre a reserva legal, o entendimento de que deva ser exigida em toda e qualquer propriedade rural, independente da existência de vegetação original, visto que essa a exegese que melhor se compatibiliza com a principiologia de proteção ao meio ambiente, e, por conseguinte, com as necessidades de preservação impostas pelo meio ambiente, que já vem dando sinais de sua falência, em razão da má utilização pelo homem.

Acórdão: Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª 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, EM NÃO CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, DE OFÍCIO. CONHECER, DE OFÍCIO, DO REEXAME NECESSÁRIO. ACOLHER PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E REFORMAR A SENTENÇA, VENCIDO PARCIALMENTE O REVISOR.

Data do julgamento: 23 de agosto de 2007.

2. Tema-problema e objetivo

Não são raras decisões jurisdicionais contrapostas à reserva legal (RL), notadamente em Minas Gerais. Um exemplo é verificado no recente Acórdão 1.0287.07.031999-4/001(1), proferido pelo Tribunal de Justiça desse Estado (TJMG). Na ementa correlativa ao julgado, referiu-se que a exigência de averbação da RL, derivada do art. 16, §8º, do Código Florestal, com redação determinada pela Medida Provisória 2.166-67/2001, “[...] não deve atingir todo e qualquer imóvel rural, mas apenas aqueles que contêm área de florestas, sob pena de ferir direito de propriedade assegurado no art. 5º, XXII da Constituição Federal” (MINAS GERAIS, 2008).

Todavia, a exigibilidade da RL não viola o direito fundamental à propriedade (CF/88: art. 5º, *caput* e inc. XXII). Muito ao contrário, a RL tem como uma de suas principais vocações efetivar a função socioecológica desse direito, reconhecida pelo texto constitucional em vigor (art. 5º, inc. XXIII; art. 170, inc. III; art. 186, inc. II) e pelo próprio Código Civil/2002 (art. 1.228, §1º).

Sob inspiração do acórdão referido no item 1, aborda-se neste texto a inconsistência da dicotomia entre as obrigações de averbação e conservação da RL e o direito de propriedade, enfatizando-se que o Código Civil em vigor, na perspectiva do Estado Democrático de Direito (CF/88: art. 1º), atribui funções transindividuais a tal direito.

3. Comentários

Para toda a amplitude territorial da Federação vigora a norma geral (CF/88: art. 23, inc. VI e §1º) de que a RL deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel rural, no registro de imóveis competente, sendo defesa a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, desmembramento ou retificação da área (Lei 4.771/1965, com redação dada pela Medida Provisória 2.166-67/2000: art. 16, §8º). Em Minas Gerais, a Lei 14.309/2002, que instituiu a política estadual florestal e de proteção à biodiversidade, também determina a conservação da reserva biogeográfica.

Sob o ângulo do direito constitucional substantivo, a RL está classificada entre os espaços especialmente protegidos (CRFB: art. 225, §1º, inc. III), porções de território dedicadas “[...] à proteção e manutenção da diversidade biológica e dos recursos naturais e culturais associados [...]” (IUCN, 1994, p. 7). Decerto, tais espaços, na terminologia constitucional, não se reduzem às unidades de conservação instituídas pela Lei 9.985, de 18 de julho de 2000 (MEDEIROS, 2006, p. 41), sendo correto afirmar que “[...] toda unidade de conservação constitui um espaço territorial protegido, muito embora a recíproca não seja verdadeira” (FERREIRA, 2007, p. 241).

Do ponto de vista principiológico, o instituto consiste em “densificação” (CANOTILHO *apud* ESPÍNDOLA, 1998, p. 233)¹ do preceito da função socioecológica da propriedade (CRFB: art. 5º, inc. XXIII; art. 170, inc. III; e art. 186, inc. II), intimamente relacionado ao fenômeno a que Benjamin (2007, p. 71) chama de “constitucionalização do ambiente”. O emprego da locução “socioecológica” deriva da visão, através da *lente constitucional*, de que a observância da função ecológica da propriedade é condição para o cumprimento de seu papel social (MACHADO, 2002, p. 685; BRAGA & SANTIAGO, 2007, p. 13). Por certo, o reconhecimento de valores ecológicos pela CRFB “[...] teve o intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (= sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental” (BENJAMIN, 2007, p. 72).

No direito brasileiro, a funcionalidade socioecológica é *inerente* ao direito de propriedade (SILVA, 1995, p. 273).² Sem ela, o exercício desse direito não tem

¹ Canotilho citado por Espíndola (1998, p. 233) esclarece que: “Densificar uma ‘norma’ significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”.

² Para Santiago (2006), a integração da função social à estrutura do direito de propriedade tem reconhecimento normativo “[...] em dispositivo pouco lembrado, o artigo 12 do Estatuto da Terra, que, ao determinar caber à propriedade privada da terra ‘*intrinsecamente* uma função social’ consagrou o entendimento de que a função social é elemento interno do conceito jurídico de propriedade”.

legitimidade frente à CRFB (artigos 5º, incisos XXII e XXIII, 170, inc. III, e 186).³ Justamente por isso, o Código Florestal alude às ações ou omissões contrárias às regras que positiva como usos nocivos da propriedade (art. 1º, §1º). Essa codificação contém exigências de extensão geral que, em nome do interesse metaindividual quanto à conservação da flora brasileira, condicionam o próprio exercício do direito em foco (ALVARENGA & VASCONCELOS, 2005, p. 35-36). A esse respeito, assim pontificou o Tribunal de Justiça do Paraná, ao julgar o Agravo de Instrumento 328.732-1: “A função sócio-ambiental da propriedade é inerente ao exercício do direito de propriedade, não esvaziando o conteúdo econômico da área rural as restrições impostas ao particular, com base no desenvolvimento sustentável” (PARANÁ, 2007). Em suma, as funções social e ecológica configuram a própria *estrutura* do direito de propriedade, cujo exercício somente é válido se tais funções forem efetivamente cumpridas (PACCAGNELLA, 1997, p. 7).

A RL também é expressão concreta do direito fundamental a um ambiente dignificante, isto é, capaz de contribuir para a promoção da dignidade da vida humana (ALVARENGA, 2007). A definição pelo Poder Público de espaços territoriais especialmente protegidos (CRFB: art. 225, §1º, inc. III) não tem seu foco restrito à proteção de ecossistemas e processos ecológicos tomados isoladamente. De uma perspectiva atenta às condições socioecológicas mínimas para uma vida humana digna (CRFB: art. 1º, inc. III, art. 5º, *caput*), trata-se, em última análise, “[...] de instrumento para a concretização do próprio direito fundamental ao meio ambiente, direito intergeracional de usufruto de estados ecológicos essenciais” (AYALA, 2007, p. 273). De fato, como lembra Pádua (2006, p. 413): “O que está vivo na idéia do desenvolvimento é justamente o direito da humanidade, em suas diferentes expressões, melhorar suas condições de vida e realizar suas potencialidades”.

Destarte, as obrigações de averbação e conservação da RL não violam, de modo algum, o direito constitucional de propriedade (CRFB: art. 5º, inc. XXII). Por encontrar suas causas finais na efetivação da função socioecológica da propriedade rural e do direito à vida num ambiente dignificante, essencialmente transindividual (ALVARENGA, 2007), a exigência de averbação é um *fator de legitimação* do exercício do domínio perante a coletividade. Como ensina Derani (2001, p. 253), a propriedade “[...] mostra um conteúdo mínimo instrumental para a realização dos sujeitos concretos, através da função de assegurar a realização dos interesses individuais e agora também sociais. O que legitima a propriedade é o exercício de sua função social [e ecológica]”. A

³ Para Benjamin (2007, p. 59), as inovações da CRFB quanto à proteção ambiental não significaram simples “[...] reordenação cosmiética da superfície normativa, constitucional e infraconstitucional”. Essas inovações implicaram, p.ex., “[...] o enfraquecimento da separação absoluta entre os componentes naturais do entorno (o objeto, na expressão da dogmática privatística) e os sujeitos da relação jurídica, com a decorrente limitação, em sentido e extensão ainda incertos, do poder de disposição destes (= *dominus*) em face daqueles (= *res*)”.

averbação obrigatória da RL é, enfim, manifestação tangível do princípio da função socioecológica da propriedade e do direito fundamental e transindividual à vida num ambiente dignificante.

Não por acaso, o Código Civil em vigor, instituído pela Lei Federal 10.406/2002, preceitua que o direito de propriedade deve ser exercido “[...] em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (art. 1.228, §1º).

4. Considerações finais

O acórdão proferido no Processo n. 1.0694.06.033664-1/001(1), ora em comento, reconheceu não haver contradição entre a RL e o direito de propriedade. Por certo, a constituição da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito (CF/88: art. 1º) demanda, sim, uma “releitura”, para usar um termo empregado no texto da referida decisão, de institutos jurídicos aos quais se atribuía, à luz da tradição liberal, o caráter de exclusivamente privados. Na contemporaneidade, a dicotomia entre público e privado tem escasso sentido prático, o que tem levado a teoria do Direito, aos poucos, a abandoná-la. Deveras, com crescente ênfase, estudiosos de diversas instituições jurídicas demonstram que os chamados direitos individuais apresentam, todos, aspectos coletivos. Reconhece-se, p.ex., que o exercício do direito de propriedade deve contribuir para a promoção do direito à vida num ambiente dignificante e com justiça social e intergeracional (CF/88: art. 1º, inc. III, art. 3º, art. 5º, caput, e art. 225, caput). Não é por acaso, portanto, que a CF/88 preceitua que a propriedade deve cumprir sua função social (art. 5º, inc. XXIII), função essa que compreende, como o próprio texto constitucional reconhece, a proteção das bases ecológicas e culturais da existência coletiva. Não é sem razão, do mesmo modo, que o Código Civil/2002 preceitua que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de maneira que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (art. 1.228, §1º).

Referências

ALVARENGA, L.J. O aspecto imaterial e a transindividualidade do direito a um meio ambiente dignificante como justificativas teóricas para o reconhecimento do dano ambiental coletivo extrapatrimonial. In: 11º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2007, São Paulo. *Anais...*, v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial

do Estado de São Paulo, 2007, p. 423-431.

_____. VASCONCELOS, A.S. Introdução ao Código Florestal Brasileiro: Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. In: AZEVEDO, M.G.L. *et all.* (Org.). *As leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AYALA, P.A. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J.J.G.; LEITE, J.R.M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, A.H. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, J.J.G.; LEITE, J.R.M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA, F. A.; SANTIAGO, A. F. Áreas de preservação permanente e reserva legal: apontamentos jurídicos e ecológicos. In: ABREU, M.H.N.G. (Org.). *Ciências Ambientais: uma abordagem multidisciplinar*. Belo Horizonte: Silveira Editora Gráfica, 2007.

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 14 jul. 2007.

_____. Constituição (1988). Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 jul. 2007.

_____. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2007.

DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ESPÍNDOLA, R.S. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 1998.

FERREIRA, H.S. Política ambiental constitucional. In: CANOTILHO, J.J.G.; LEITE, J.R.M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

IUCN. *Guidelines for protected area management categories*. 1994. Disponível em: <<http://www.unep-wcmc.org>>. Acesso em: 08 jan. 2008.

MACHADO, P.A.L. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDEIROS, R. Evolução das tipologias e categorias de áreas protegidas no Brasil. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, v. 9, n. 1, p. 41-64, jan./jun., 2006.

MINAS GERAIS. Lei n. 14.309, de 19 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação cível. Processo 1.0694.06.033664-1/001(1) – Três Pontas. Relator: Desembargador Dárcio Lopardi Mendes. Acórdão 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Reexame necessário. Processo 1.0287.07.031999-4/001(1) – Guaxupé. Relator: Desembargador Mauro Soares de Freitas. Acórdão 12 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

PACCAGNELLA, L.H. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 5-19, out./dez., 1997.

PÁDUA, J.A. Dilemas entrecruzados. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 409-414, maio/ago., 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento. Processo n. 328.732-1 – Clevelândia. Relator: Desembargador Marcos Moura. Acórdão 26 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

SANTIAGO, A.F. Reserva legal. *Revista de Direito Agrário*, Brasília, a. 19, n. 18, p. 45-63, 2006.

SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1. ARTIGOS

1.1 AS TENDÊNCIAS ATUAIS NA CIRCULAÇÃO INTERNACIONAL DE SENTENÇAS E O BRASIL¹

MARCELA HARUMI TAKAHASHI PEREIRA

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

Doutoranda e mestre em Direito Internacional e Integração Econômica – UERJ

Aluna intercambista da UERJ na Universidade de Estudos Estrangeiros de Tóquio (2002-2003)

Bolsista de doutorado da Capes (2007)

RESUMO: Quais são as tendências atuais na circulação internacional de sentenças? Com base em reformas jurídicas operadas a partir de 1980 em diversos países, observa-se que as novas leis tendem a privilegiar o indivíduo (em lugar do Estado), as soluções globais e uma atitude amistosa em relação aos estrangeiros. De acordo com a autora, essa tendência deve ser considerada na resposta a algumas questões sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras no Brasil, como, por exemplo: as sentenças estrangeiras sem fundamentação podem ser reconhecidas?

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado; Processo Civil Internacional; Sentença Estrangeira.

ABSTRACT: Which are the current trends in the international circulation of judgements? Based on juridical reformatations which were carried out from 1980 onwards in many countries, one observes that the new laws tend to privilege the person (instead of the State), the global solutions and a friendly attitude towards the foreign people. According to the author, this tendency must be considered when one answers some questions about the acknowledgement of foreign judgements in Brazil, as, for instance: can the foreign judgements without grounds be acknowledged?

¹ Este trabalho foi apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ como requisito para a obtenção de créditos referentes à disciplina “Novas tendências do direito processual”, ministrada pelo Prof. Luiz Fux. O texto inspirou, ainda, a redação de um dos apêndices da nossa dissertação de mestrado, orientada pela Prof. Carmen Tiburcio: *Homologação de sentenças estrangeiras desmotivadas*. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica)– Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. A autora agradece à Prof. Carmen Tiburcio, ao Fernando Ângelo Leal, à Maria Lucia Fumiko Takahashi, à Prof. Regina Machado Maués, ao Ricardo Perin e à Sandra Cerqueira, que contribuíram com críticas e sugestões.

KEY WORDS: International Private Law; International Civil Procedure; foreign judgement.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As reformas jurídicas e sua interpretação. 2.1. A reciprocidade. 2.2. Outras condições para o reconhecimento. 2.3. A forma do reconhecimento. 2.4. A litispendência internacional. 3. As tendências atuais. 3.1. A tendência subjetiva. 3.2. A tendência geográfica. 3.3. A tendência afetiva. 4. As tendências atuais e algumas controvérsias brasileiras. 4.1. A Constituição da República impõe a homologação de todas as sentenças estrangeiras? 4.2. O art. 90 do CPC merece uma interpretação estrita? 4.3. A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser reconhecida? 4.4. Podem ser concedidas a medida cautelar ou a antecipação de tutela no processo de homologação? 5. Conclusão.

1. Introdução

Na virada do século XX², observa Cappelletti ([1968], p. 345) que o direito internacional privado passou a basear-se na soberania dos Estados³:

O princípio fundamental [do direito internacional] torna-se aquele da *completa, plena separação recíproca dos ordenamentos soberanos*. Desse princípio se extraem [...] múltiplos e importantíssimos corolários. Afirma-se – com Franz Kahn na Alemanha, em 1891, com Etienne Bartin na França, em 1897 – o caráter meramente *interno* do direito internacional privado. Afirma-se o princípio da *territorialidade* da jurisdição. A lei estrangeira, a sentença estrangeira, por fim a sentença internacional afirmam-se como *simples fatos* para o direito interno.

O direito internacional privado do século XX descrito por Cappelletti é familiar a todos

² A data indicada por Cappelletti talvez seja especialmente adequada à Itália, país de unificação tardia. É possível que, em outras partes da Europa e em algumas áreas de influência européia, a mudança tenha tido lugar um pouco antes. Na França, por exemplo, a revisão do fundo das sentenças estrangeiras, uma medida claramente nacionalista, começou a ser feita no início do século XIX (MAYER e HEUZÉ, 2001, p. 244).

³ No original: “Il principio fondamentale diviene quello della *completa, piena separazione reciproca degli ordinamenti sovrani*. Da questo principio principio si desumono via via, con ferreo rigore, in un travolgente movimento de pensiero che ben presto s’impone anche alla giurisprudenza pratica dei vari Paesi, molteplici e importantissimi corollari. Si afferma - con Franz Kahn in Germania nel 1891, con Etienne Bartin in Francia nel 1897 – il carattere meramente *interno* del diritto internnazionale privato. S’afferma il principio della *territorialità* della giurisdizione. La legge straniera, la sentenza straniera, perfino la sentenza internazionale, s’affermano come *meri fatti* per il diritto interno.”

nós⁴. Alguns de seus conceitos soam até óbvios, como a territorialidade da jurisdição e o caráter interno das normas estatais que regem os conflitos de leis e de jurisdições. Apesar disso, as premissas por trás desses conceitos como o Estado, sua soberania e seu território vêm sendo postas de lado, inclusive na disciplina do reconhecimento de sentenças estrangeiras. Este trabalho irá identificar as atuais tendências ideológicas⁵ na circulação internacional de sentenças cíveis⁶. O ponto de partida será a identificação e a interpretação de várias *mudanças*⁷ legislativas e jurisprudenciais posteriores a 1980 e ocorridas em diversos países (item 2), com base nesta pergunta: quais eram as motivações do *legislador* antigo e quais são as do hodierno? Somente as normas estatais serão consideradas⁸.

As respostas, a princípio casuísticas, serão posteriormente sintetizadas em três grandes linhas evolutivas (item 3): 1) as normas passam a preferir a perspectiva do indivíduo à do Estado; 2) passam a privilegiar as soluções globais, em vez das localistas; 3) passam a adotar uma postura mais amistosa em relação ao estrangeiro. Quando compreendermos os novos fundamentos, estaremos mais aptos para interpretar as normas sobre o reconhecimento de sentença estrangeira. A título de exemplo, a exegese atualizada que propomos será usada para solucionar quatro controvérsias jurídicas brasileiras, no final deste estudo (item 4).

2. As reformas jurídicas e sua interpretação

⁴ Cappelletti circunscreveu à Europa suas observações sobre a história da ideologia no direito internacional. Nada obstante, a herança colonial parece explicar por que nós testemunhamos uma evolução semelhante à tratada pelo autor. No Brasil, a emergência do nacionalismo fez-se sentir, por exemplo, na controvérsia jurisprudencial acerca da necessidade de homologar *todas* as sentenças (entre 1915 e 1920) e na subsequente vitória daqueles que pugnavam pela tese afirmativa (controvérsia e superação são relatadas por Valladão (1978, p. 190).

⁵ Em nosso texto, a palavra ideologia tem o significado que lhe deu Cappelletti ([1968], p. IX) no clássico *Processo e ideologie*: o conjunto das razões e condicionamentos sociais e culturais subjacentes à norma, ao ordenamento, à interpretação jurídica e, em geral, à atividade do jurista.

⁶ Sobre a ideologia e as sentenças estrangeira, cf. Cappelletti ([1968], p. 339-400). A respeito das linhas evolutivas do processo penal transnacional, cf. GRINOVER, 1995, pp. 3-37 e GRINOVER, 2004, pp. 3-27. Para as principais linhas evolutivas na cooperação jurídica internacional em matéria cível, cf. ANDOLINA, 1997, pp. 108-127, e, com mais detalhes, ANDOLINA, 1996, pp. 8-60.

⁷ Assim, se a lei do país A continua a mesma desde 1900 até hoje, ela será ignorada, independentemente de seu conteúdo.

⁸ Com isso, evitar-se-ão distorções nos resultados. As normas estatais, em qualquer época, são menos propícias à abertura do que as internacionais —ao celebrarem um tratado, os países fazem concessões recíprocas e nenhum se expõe mais que os outros, o que os predispõe à cooperação. Em consequência, não seria sensato extrair uma tendência do cotejo entre um tratado velho e uma lei doméstica nova ou vice-versa. É verdade que seria razoável comparar leis velhas com leis novas; tratados velhos com tratados novos. Mas essa opção ampliaria sensivelmente o objeto da pesquisa e os nossos propósitos são modestos.

A análise das recentes reformas jurídicas sugere os seguintes contrastes entre, digamos por comodidade, o modelo jurídico do século XX e o do século XXI⁹ na circulação internacional de sentenças: ao contrário de seu sucessor, o modelo do século XX (1) exigia a *reciprocidade* e (2) *várias outras condições* para o reconhecimento; (3) previa uma *chancela formal* para que a sentença estrangeira produzisse quaisquer efeitos locais; (4) não derivava da *pendência da lide no exterior* repercussão alguma no exercício da jurisdição nacional. A seguir, interpretamos por que cada um desses pontos vem sendo revisto.

2.1 A reciprocidade

A reciprocidade identifica-se com a idéia de fazer aos outros tal qual eles fazem conosco (MEHREN, 1980, p. 49). Exigi-la como requisito para a cooperação entre países é cultivar a igualdade no plano internacional: se os países são iguais, se nenhum é superior aos outros, nada justifica que um deles colabore para a satisfação do interesse alheio em medida maior àquela na qual será correspondido. Uma vez que a igualdade no plano internacional integra o próprio conceito de soberania, ao menos na formulação tradicional¹⁰, a intenção de preservar a soberania estatal parece ter sido o móbil que levou muitas legislações a exigir a reciprocidade no reconhecimento de sentenças estrangeiras. Sem embargo, essa política vem sendo modificada.

Na Argentina, a Lei nº 22.434, publicada em 1981, suprimiu do Código Processual Civil e Comercial da Nação o requisito da reciprocidade para o reconhecimento (ORCHANSKY, 1997, p. 474). No Uruguai, evolução semelhante pôde ser verificada em 1989, com a promulgação do Código Geral de Processo¹¹ (VESCOVI, 1995, p. 203; 206). No Peru, na antiga Iugoslávia¹² e no Japão, a requisição de reciprocidade foi relaxada. Os primeiros passaram a estabelecer a presunção relativa de reciprocidade, atribuindo o ônus da prova a quem negá-la. A inovação ocorreu no Peru, em 1992 (*vide* art. 2.103 do Código Civil de 1984 e art. 838 do Código de Processo Civil de 1992), e na ex-Iugoslávia, em 1982 (VARADY, 1983, p. 85)¹³.

⁹ Essas datas são imprecisas. Assim como um carro 2005 já podia ser comprado no final de 2004, o modelo *século XXI* começou a ser produzido na segunda metade do século XX.

¹⁰ Para Rezek (2002, p. 216, grifo nosso), é soberano o Estado que possui competências que não são inferiores às de nenhuma outra entidade. E o autor cita o art. 2º, § 1º, da Carta da ONU, que põe como uma das bases da organização o “[...] princípio da *igualdade soberana* de todos os seus membros”.

¹¹ Disponível em: < <http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/Ley15982.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2004.

¹² Em 2003, a Iugoslávia foi substituída pelo Estado chamado Sérvia e Montenegro. Em 1983, Varady (1983, pp. 69-86) noticiou que o Código de Direito Internacional Privado havia sido elaborado na *Iugoslávia*. É provável que essa lei e as demais tenham sido herdadas pela Sérvia e Montenegro.

¹³ Na verdade, a lei de 1982 foi um pouco além: suprimiu a exigência de reciprocidade no reconhecimento de sentenças de divórcio, anulação de casamento ou reconhecimento de paternidade (VARADY, 1983, p. 85).

No Japão, um julgado de 1933 da mais alta corte da época havia determinado que o reconhecimento somente seria possível se o país estrangeiro conferisse à sentença japonesa um tratamento tão ou mais favorável do que o previsto na lei nipônica. Em 1984, no entanto, a Suprema Corte endossou um parecer mais liberal, admitindo o reconhecimento quando a lei no país de origem da sentença coincida com a japonesa *nos pontos relevantes* (TAKESHITA, 1996, pp. 72 e 73). Conforme pôde ser observado, Hitters¹⁴ (1995, p. 246), Mehren (1980, p. 50) e Moreira (1989, p. 261) têm razão quando afirmam que a idéia de reciprocidade vem sendo abandonada no reconhecimento de sentenças estrangeiras¹⁵.

Mehren (1980) propõe explicações plausíveis para o fenômeno¹⁶. Segundo ele, a reciprocidade criaria um embaraço excessivo ao reconhecimento, inclusive porque se trata de um conceito de difícil aplicação prática: principalmente quando o direito estrangeiro não é codificado, pode ser tormentoso descobrir como receberia uma hipotética sentença local. Ademais, o autor observa que é errado onerar os indivíduos em retaliação contra as práticas jurídicas do país estrangeiro (MEHREN, 1980, p. 50).

De par com essas reflexões, que endossamos, o abandono da exigência de tratamento igualitário quiçá evidencie que a soberania vem perdendo valor na disciplina da circulação internacional de sentenças. Para testar essa impressão inicial, convém persistir na investigação.

2.2 Outras condições para o reconhecimento

Em geral, as sentenças estrangeiras são tratadas com muito maior rigor do que as domésticas, as quais, após o trânsito em julgado, só podem ser desconstituídas em situações de injustiça clamorosa (*vide*, p. ex., o art. 485 do CPC). Várias razões levam à distinção, entre elas a desconfiança (MEHREN, 1980, p. 32-34)¹⁷. Muitos suspeitam que o sistema estrangeiro de administração da justiça, um estranho, possivelmente não produza um resultado equânime. Esse temor ganhou corpo em algumas práticas jurídicas, como na Itália, onde até 1995 se reexaminava o fundo das sentenças estrangeiras proferidas à revelia antes de se reconhecê-las. Igualmente muitas pessoas receiam pelo direito material aplicado no exterior: *será que os juízes alienígenas se valem de normas adequadas para julgar os conflitos? Será que as interpretam bem?*

¹⁴ Esse autor referia-se particularmente aos países ibero-americanos.

¹⁵ Não temos notícia de qualquer país que, nas últimas décadas, tenha começado a reclamar a reciprocidade.

¹⁶ Essas explicações, aliás, coincidem com as aventadas por Moreira (1989, p. 260).

¹⁷ Igualmente Valladolid (1978, p. 184) associava um “[...] alto grau de desconfiança mútua” a reservas contra as sentenças estrangeiras.

Assim devem se sentir, v.g., os franceses, ao exigirem que a sentença estrangeira tenha por fundamento a norma material indicada pelo direito internacional privado francês¹⁸.

Além da desconfiança, a insegurança jurídica causada pelo reconhecimento é uma razão para diferenciar sentenças nacionais e estrangeiras. Dentro do território do Estado, não há incerteza sobre a forma de solução dos eventuais conflitos, porque existem um corpo legislativo e um sistema judiciário comuns¹⁹. No entanto, quando se reconhecem sentenças estrangeiras, abre-se espaço para soluções múltiplas, haja vista os muitos ordenamentos jurídicos e organismos judiciários existentes no mundo; gera-se insegurança (MEHREN, 1980, p. 33).

Por fim, o argumento do custo do processo nem sempre dissuade o legislador local de impor restrições às sentenças estrangeiras. No âmbito interno, rever infinitamente uma sentença é dispendioso. Uma vez solucionado o litígio, cumpre poupar energia e, satisfeitas condições mínimas de justiça, aceitar o resultado alcançado. No âmbito internacional, a situação é diferente. O Estado receptor, que nada investiu para produzir a sentença estrangeira, hesita menos em negar-lhe valor (MEHREN, 1980, p. 33). Ainda assim, constatamos transformações legislativas e jurisprudenciais no tema das condições para o reconhecimento.

Na Itália, a Lei 218 de 1995 aboliu o reexame de mérito da sentença estrangeira, o qual tinha lugar quando a sentença houvesse sido proferida à revelia ou incidisse em uma das hipóteses que autorizariam a rescisão da sentença italiana (CAMPEIS; DE PAULI, 1996, p. 487 e 507). No Paraguai, admitiu-se o reconhecimento das sentenças proferidas à revelia com o Código de Processo Civil de 1988 (art. 532 e, sobre o quadro anterior, KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, 1975, p. 357). Em Portugal, subsiste o privilégio de nacionalidade: a sentença estrangeira contra uma nacional não deve ofender as disposições do direito privado português, quando ele for aplicável à luz das regras de conflito locais (art. 1.100 do Código de Processo Civil de 1997). Nada obstante, desde 1997 essa imposição legal deixou de ser examinada de ofício e passou a depender da arguição da parte interessada (SANTOS, 1998, p. 349).

Na Alemanha, o privilégio de nacionalidade foi extinto em 1986 (SANTOS, 1998,

¹⁸ A situação já foi pior. Até a prolação do acórdão *Munzer*, de 7 de janeiro de 1964, os franceses procediam à completa revisão de mérito das sentenças estrangeiras antes de reconhecê-las (MAYER e HEUZÉ, 2001, p. 244). Hoje, contudo, examinam-se apenas cinco elementos: “[...] a competência do tribunal estrangeiro que proferiu a decisão, a regularidade do procedimento que teve lugar perante esse tribunal, a aplicação da lei competente segundo as regras de conexão francesas, a conformidade à ordem pública internacional e a absoluta ausência de fraude à lei” (MAYER; HEUZÉ, 2001, p. 247, tradução nossa). A mudança não será mencionada no texto porque anterior a 1980.

¹⁹ Exceção: alguns Estados federados.

p. 351). A antiga Iugoslávia, em 1982, desistiu de rever sempre o fundo das sentenças estrangeiras que tivessem alterado o estado civil de um nacional, e passou a fazê-lo apenas quando as regras de conexão iugoslavas determinassem a aplicação do direito material doméstico. Na mesma ocasião, abandonou-se o controle da competência do juiz estrangeiro com base na bilateralização das regras locais de competência internacional relativa. A lei de 1982 contenta-se com a não-violação da competência exclusiva do país (VARADY, 1983, pp. 85 e 86).

Os casos examinados sugerem que as condições do reconhecimento vêm sendo reduzidas ao mínimo²⁰. Essa foi também a impressão de Moreira (1989, p. 247), Kerameus (1997, p. 356) e Hitters²¹ (1995, p. 271), os quais distinguiram um movimento no sentido de facilitar a recepção das sentenças estrangeiras. As mudanças encontradas são, em primeiro lugar, um voto de confiança aos países estrangeiros. A progressiva assimilação dos sistemas judiciários e dos ordenamentos, o avanço da tecnologia de informação e o intercâmbio de pesquisadores fazem do processo estrangeiro cada vez menos um estranho e conseqüentemente cada vez mais confiável.

Quanto aos cálculos sobre a insegurança jurídica e o custo da gestação da sentença estrangeira, deve-se admitir que são verdadeiros. Continua a causar certa insegurança o fato de a sentença ser produzida a partir de regras que não foram previamente acordadas na sociedade receptora. Igualmente, ainda é verdade que o custo da sentença estrangeira não onera o país que se recusa a recebê-la. Sem embargo, na ótica dos juízes, dos legisladores, das sociedades contemporâneas, essas ponderações estão tornando-se secundárias. Vêm sendo substituídas pela preocupação em proteger a coisa julgada estrangeira em prol do litigante vencedor, em não duplicar os esforços empreendidos alhures, sobretudo pelas partes, e finalmente em garantir estabilidade e coerência à solução dos conflitos transnacionais (MEHREN, 1980, p. 35 e 36).

2.3 A forma do reconhecimento

Para Chiovenda e Anzilotti (apud CAPPELLETTI, [1968], p. 348 e 349), qualquer eficácia jurídica no foro derivaria não da sentença estrangeira, e sim da sentença local de confirmação ou de delibação, que assumiria como próprio o conteúdo da outra. Coerente com essa premissa teórica, Chiovenda (apud CAPPELLETTI, [1968], p. 348 e 349) dizia que nenhuma sentença não nacional poderia produzir efeitos locais senão após *nacionalizada*. Essa orientação, na verdade uma decorrência lógica da *completa, plena separação recíproca dos ordenamentos soberanos* (CAPPELLETTI, [1968], p. 345-348), foi incorporada em várias legislações, as quais condicionaram todo

²⁰ Ignoramos qualquer reforma posterior a 1980 que tenha aumentado o rigor das condições do reconhecimento.

²¹ Para ele, a tendência é a *evaporação* das condições.

reconhecimento de sentença estrangeira a um ato formal de chancela, comumente uma sentença. Todavia, registram-se dois progressos legislativos nas últimas décadas²².

No Uruguai, onde uma lei de 1974 sujeitava as sentenças estrangeiras de divórcio ao *exequatur*, desde 1989 qualquer sentença estrangeira produz efeitos sem passar sequer pelo crivo do Judiciário quando inexistir controvérsia e não se trate de executá-la²³. No registro civil do divórcio, a fiscalização dos requisitos das sentenças estrangeiras vem sendo feita em nível notarial²⁴ (EDUARDO VESCOVI, 2000, p. 181; 182; 204).

A Itália, em 1995, seguiu pelo mesmo rumo do Uruguai e admitiu o reconhecimento automático das sentenças estrangeiras, salvo diante de controvérsia ou execução forçada (BARIATTI, 1995, p. 1242). Se bem que, em vida do Código de Processo Civil de 1942, já houvesse hipóteses de reconhecimento automático de eficácia às sentenças estrangeiras²⁵, o mecanismo está agora indiscutivelmente²⁶ generalizado²⁷. Em poucas palavras, houve mudanças legislativas que dispensaram algumas sentenças estrangeiras da chancela do Judiciário local²⁸.

²² Embora dois casos possam parecer pouco expressivos para afirmarmos uma tendência, é preciso destacar que tanto a Itália quanto o Uruguai ocupam posição de vanguarda em nosso tema, a qual foi afirmada por Eduardo Vescovi (1995, p. 201) e Valladolid (1978, p. 182), respectivamente.

²³ Assim crê, esclarece Vescovi (2000, p. 181), a *más autorizada doctrina*.

²⁴ Daí se observa que o reconhecimento é automático quanto à forma, não incondicionado. A sentença estrangeira terá de preencher certos requisitos para ser reconhecida *ope iuris*. O mesmo ocorre na Itália.

²⁵ Por exemplo, as sentenças de jurisdição voluntária, por força do art. 801.

²⁶ Cappelletti ([1968], p. 368) já defendia, na vigência da lei antiga, que nem todas as sentenças estrangeiras precisariam ser delibadas. Nada obstante, havia controvérsia.

²⁷ Na percepção de Bariatti (1995, p. 1223), sucedeu na Itália um retorno às origens. De fato, Cappelletti ([1968], p. 343) relata que, no final do século XIX, as sentenças estrangeiras produziam efeitos automaticamente no país, desde que não fosse necessária a execução. Só depois de iniciado o século XX, teria vingado a tese de que inclusive as declaratórias ou constitutivas deveriam ser confirmadas por uma sentença interna para valerem no país (CAPPELLETTI, [1968], p. 348). Bariatti (1995, p. 1222) notou também que o “retorno às origens” teria provocado perplexidade e resistência em alguns ambientes jurídicos, sem, porém, compartilhar desse estado de ânimo.

Pegna (2004, p. 469), depois de fazer a inquietante pergunta *é tempo de contra-reforma?*, noticia que, em dezembro de 2003, foi apresentado um *projeto* de lei restringindo o reconhecimento automático ao previsto em tratados. A lógica da contra-reforma, analisa a autora, seria fechar as portas aos países sem “afinidade jurídica” com a Itália (PEGNA, 2004, p. 471). Apesar disso, Pegna (2004, p. 473) opina que a contra-reforma seria desnecessária, porque o sistema em vigor fornece garantias suficientes.

²⁸ Não sabemos de reforma posterior a 1980 no sentido inverso. Conquanto o caso esteja fora do período sob exame, pode-se mencionar que, em 1967, o Código Processual Civil e Comercial da Argentina tornou desnecessário o *exequatur* para que a sentença estrangeira produza efeitos incidentais em um processo doméstico, como, v.g., quando o réu invoca em sua defesa a coisa julgada estrangeira (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 484 e 492).

Duas ordens de razões parecem explicar o fato. No plano das relações internacionais, assegurar que o Estado detenha o monopólio do exercício do poder jurisdicional em seu território torna-se menos importante. O conceito de soberania vem sendo esvaziado²⁹. No plano processual, o pêndulo “[...] perenemente oscilando entre a qualidade da justiça e a celeridade em sua prestação parece agora preferir a última alternativa”³⁰ (KERAMEUS, 1997, p. 219). Há mais luz sobre a agilidade na solução dos processos transnacionais do que sobre a prevenção contra os perigos gerados pelas soberanias estrangeiras.

2.4 A litispendência internacional

Do momento em que o processo é iniciado até sua conclusão, diz-se que está pendente. No âmbito interno, a pendência de um processo tem, *inter alia*, o efeito de impedir a instauração válida de outro para discutir a mesma causa. O mais novo deve ser extinto sem julgamento do mérito. A existência de processo em curso no exterior (litispendência internacional), entretanto, nem sempre produz esse efeito.

Há legisladores que levam a ferro e fogo o princípio da territorialidade da jurisdição – um corolário da autonomia e independência dos países no plano internacional. A primeira consequência dessa postura são normas arquitetadas para proteger a *prerrogativa nacional da jurisdição sobre situações conexas* ao país, consoante escreveu Consolo (1997, p. 14) acerca especificamente da Itália; a segunda, normas que façam os efeitos da atividade jurisdicional estrangeira esgotarem-se no país de origem (o próprio reconhecimento seria uma exceção)³¹. Ambos os aspectos convergem para que se ignore a litispendência internacional, negando-lhe qualquer repercussão jurídica no foro. Recentemente, porém, textos legislativos e decisões judiciais têm inovado.

Na Itália, onde o art. 3º do Código de Processo Civil de 1942 previa que “[...] a jurisdição italiana não é excluída pela pendência perante um juiz estrangeiro da mesma causa”³², desde a Lei 218 de 1995 a litispendência internacional acarreta a

²⁹ De acordo com o Prof. Celso Mello (2000, p. 131): “A tendência atual é a da soberania existir como um conceito meramente formal, isto é, estado soberano é aquele que se encontra direta e imediatamente subordinado ao DIP. O seu conteúdo é cada vez menor, tendo em vista a internacionalização da vida econômica, social e cultural.”

³⁰ No original: “[...] perennially swinging between quality of justice and celerity in its administration seems now to prefer the latter alternative”.

³¹ Diferente argumento, ainda na linha territorialista, foi usado por Andrioli em 1954 (apud CONSOLO, 1997, p. 11 e 12): a causa da proibição da simultaneidade de processos no âmbito interno seria a economia processual. Como, no entanto, a litispendência no exterior não implicaria qualquer gasto de energia no foro local, far-se-ia irrelevante o *bis in idem*.

³² No original: “La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa [...]”.

suspensão do processo doméstico (art. 7º)³³. A legislação federal suíça ganhou, em 1987, a regra de que o processo local deve ser suspenso, quando a mesma demanda tiver sido proposta com anterioridade no exterior e lá for julgada em tempo razoável (CONSOLO, 1997, p. 35)³⁴.

Na então Iugoslávia, em 1982 a lei passou a determinar a suspensão do processo doméstico em caso de litispendência internacional, desde que exista reciprocidade (VARADY, 1983, p. 84). No Japão, o silêncio legislativo foi vencido pela jurisprudência, informa Takeshita. Para confirmar seu ponto de vista, o autor menciona duas decisões – uma de 1984 e outra de 1991 – que acolheram a exceção de litispendência internacional, com fundamento na promoção da justa e ordenada administração da justiça (TAKESHITA, 1996, p. 71)³⁵.

Em síntese, muitos países passaram a limitar a sua atividade jurisdicional diante da litispendência no exterior³⁶. Esse balanço é confirmado por Consolo (1997, p. 35): uma solução aberta vem sendo generalizada na matéria. Ao condicionarem, em certa medida, a atividade jurisdicional doméstica à desenvolvida no exterior, as leis traíram a vetusta concepção de mundo na qual, descreveu Taruffo (2001, p. 1057), os vários Estados são indicados por cores diferentes como nos mapas-múndi políticos. Aonde se quer chegar com a quebra do paradigma?

De início, o simples fato de o Judiciário local conhecer da causa já em discussão no processo estrangeiro provoca imprevisibilidade, dúvidas. “Qual processo será efetivo? Qual prevalecerá na concorrência com o outro?”, hão de se inquietarem os litigantes. Nessa ótica, não iniciar ou suspender o processo doméstico diante da anterior litispendência internacional serve à segurança dos jurisdicionados. Além disso – e é o que interessa

³³ Consolo (1997, p. 5-15) fez uma retrospectiva da disciplina da litispendência internacional na Itália e descreveu um movimento reversivo. A princípio, a litispendência internacional recebia o mesmo tratamento da interna, por analogia. Em 1940, o Código de Processo Civil, refletindo a evolução jurisprudencial, passou a negar-lhe qualquer efeito. Em 1995, uma nova reforma legislativa determinou seja suspenso o processo italiano quando tiver por objeto causa anteriormente apresentada perante o Judiciário estrangeiro, desde que satisfeitas certas condições.

³⁴ O Código Civil peruano de 1984 contém uma disposição semelhante à da lei suíça, estabelecendo, contudo, o prazo de três meses para a conclusão do processo estrangeiro (art. 2.066).

³⁵ A maioria dos países citados, senão todos, condiciona o não-exercício da jurisdição a que a decisão estrangeira seja reconhecível no foro local. Dois deles: França e Suíça, deixam à discrição do juiz local declinar de sua jurisdição de plano ou suspender o processo (CONSOLO, 1997, p. 37 e 38). Em um deles, no Japão, a solução parece ser sempre declinar da jurisdição (TAKESHITA, 1996, p. 71).

³⁶ Desconhecemos qualquer país que tenha inovado para ignorar a litispendência internacional depois de 1980. A França não foi mencionada no texto porque liberalizou o regime da litispendência internacional na década de 70. De todo modo, Mayer e Heuzé (2001, p. 293) relatam que, conquanto a Corte de Cassação tenha sido hostil à exceção de litispendência internacional durante muito tempo, houve uma reviravolta na jurisprudência, e os acórdãos mais recentes têm acolhido a exceção.

ao nosso tema –, levar adiante o processo local apesar da litispendência no exterior pode ocasionar decisões conflitantes. Havendo conflito, o reconhecimento da decisão estrangeira será ameaçado, pois o mais provável é que ela seja preterida em benefício da nacional, independentemente da anterioridade de uma ou de outra. Para prevenir o entrave à circulação de decisões e melhorar a qualidade da justiça no mundo³⁷, as legislações têm dado nova disciplina à litispendência internacional.

3. As tendências atuais

As convicções que modelaram ou modelam as normas sobre a circulação internacional de sentenças podem ser reagrupadas em torno de três tendências gerais.

3.1 A tendência subjetiva

Em uma linha horizontal que tenha no extremo esquerdo a ideologia da proteção dos interesses e autonomia estatais e, no direito, a ideologia do acesso à justiça apesar das fronteiras, a tendência é o deslocamento para a direita. Enquanto o legislador do início do século passado se perguntava: “[...] como disciplinar o processo transnacional de modo a preservar a soberania e os interesses nacionais?”, o atual indaga-se: “[...] como torná-lo efetivo para as pessoas?”. Não se pense, por isso, que antigamente inexistisse a preocupação com o bom funcionamento do processo, nem que hodiernamente a soberania não tenha importância. Mas o fato é que as prioridades mudaram: se antes eram estabelecidas conforme a perspectiva do *Estado*, agora são escolhidas de acordo com a ótica do *indivíduo*. Nesse contexto, podem-se compreender as palavras de Andolina (1996, p. 60)³⁸:

Os verdadeiros destinatários do novo aparelho normativo – amadurecido no tema da cooperação internacional em matéria judiciária – não parecem mais ser os Estados, senão os homens.
O baricentro da nova disciplina colhe-se não mais na soberania dos Estados nacionais, mas no direito do Homem (seja qual for

³⁷ Kerameus (1997, p. 405) notou que raramente se põe em questão que a livre circulação internacional de sentenças contribua para melhorar a qualidade da justiça.

³⁸ No original: “I veri destinatari del nuovo impianto normativo – maturato in tema di cooperazione internazionale in materia giudiziaria – non sembrano più essere gli Stati ma gli uomini. [§] Il baricentro della nuova disciplina si coglie non più nella sovranità degli Stati nazionali, ma nel diritto dell’Uomo (quale che sia la sua cittadinanza, la razza ed il luogo in cui vive ed opera) di vedere soddisfatto – in termini di effettività e, quindi, di tempestività – il proprio bisogno di giustizia.” (SOSA, 1996, p. 257) expressou igualmente que: “la colaboración internacional en la dimensión jurisdiccional tiene como destinatarios no a los Estados extranjeros, sino al hombre como sujeto de derecho universal, quien debe tener acceso a la jurisdicción internacional en cualquier lugar del universo”. Podem-se acrescentar aqui as palavras de Takeshita (1996, p. 74, tradução nossa), embora restritas ao Japão: “os tribunais tendem a conceber o sistema de reconhecimento, em primeiro lugar, como instrumento dos interesses das partes, [...] não do interesse nacional”.

sua nacionalidade, raça e lugar onde vive e atua) de ver satisfeita – em termos de efetividade e portanto de tempestividade – a própria necessidade de justiça.

Enquanto o direito privilegiou o Estado, a autonomia das jurisdições teve por reflexo a não-atribuição de efeitos à litispendência internacional e o não-reconhecimento de qualquer eficácia à sentença estrangeira antes de nacionalizada. Em adição, a igualdade entre os Estados justificava que fosse exigida a reciprocidade. Com a superação da perspectiva estatal, tudo isso está perdendo o sentido. À medida que o ponto de referência passa a ser o indivíduo, valoriza-se a facilitação da circulação internacional de sentenças, de modo a garantir ao litigante vitorioso a certeza do seu direito e livrar as partes do preço de rediscutir uma demanda já decidida.

3.2 A tendência geográfica

Visualizem-se dois círculos concêntricos de raios diferentes. O menor faz uma ilha no maior. O exterior representa o *globo terrestre*, ao passo que o de dentro, o *território nacional*. No centro dos círculos, eis o criador das normas sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras. Se a princípio o seu campo de visão não ia além dos limites da ilha, atualmente ele enxerga toda a área do círculo maior. Não mais se contenta com soluções insulares, quer soluções globais. Sem que tenha desaparecido, o círculo menor deixou de ser o todo e tornou-se parte. Kerameus (1997, p. 405) deu uma boa legenda para nossa imagem: “Na verdade, o que se quer é [...] a disjunção entre o direito e o espaço [nacional].”³⁹

Quando a ilha era tudo, impunham-se várias condições para o reconhecimento: era preciso evitar a insegurança trazida pela sentença estrangeira, uma sentença produzida consoante regras que não são previamente acordadas no país. Ademais, pensava-se que o prejuízo da ineficácia da sentença oneraria o país prolator e não se faria sentir localmente. Considerações desse gênero, porém, passaram a soar mesquinhas após a expansão dos limites geográficos. Em uma perspectiva mais ampla, o reconhecimento deve ser facilitado em prol da boa administração da justiça e da segurança jurídica no globo. Com igual propósito, vale reger a litispendência internacional de forma a não frustrar a circulação de sentenças⁴⁰.

³⁹ No original: “In reality, what is asked for is equality of treatment irrespective of State borders, [...] disjunction of law from space.” Cf. também a impressão de Taruffo (2001, p. 1062, tradução nossa): “A propósito da jurisdição, pode-se observar, em linha geral, que a globalização comporta uma acentuação do fenômeno que foi oportunamente indicado como «delocalização», ou seja, o afrouxamento e, no limite extremo, a eliminação da tradicional relação entre jurisdição, soberania e território do Estado-nação”. No mesmo sentido, Hiitters (1995, p. 281) apontou, em nossa matéria, a superação dos critérios excessivamente localistas e isolacionistas.

⁴⁰ Quando dizemos que o nosso tema é a *circulação internacional de sentenças*, em vez de simplesmente *reconhecimento*, estamos em sintonia com a tendência geográfica: enquanto sob o prisma territorialista, a imagem é de decisões estrangeiras *chegando* ao país, sob o prisma global vêem-se decisões de todas as nacionalidades *indo e vindo*.

3.3 A tendência afetiva

Estamos ficando menos *nacionalistas*, mais *cosmopolitas*. Antigamente as pessoas não conviviam com o estrangeiro. Hoje, os produtos fabricados no exterior, a ampla cobertura jornalística dos fatos ocorridos em outros países e as viagens de passeio, trabalho e estudo compõem a rotina de muitos. Essa nova realidade está mudando nossa forma de sentir e fazendo dos valores estrangeiros conhecidos, familiares, até mesmo estimáveis. Precisamente no tema sob análise, a tendência afetiva conduz as sociedades a vencer os preconceitos mútuos, tornando-as mais receptivas às sentenças estrangeiras. Em sintonia com os novos dias, Cappelletti ([1968], p. 395-396) disse

⁴¹ :

Hoje, depois de duas catástrofes que sacudiram nos fundamentos o ‘mundo dos Estados’, as coisas parecem muito mudadas. A humanidade, mais conscientizada da fundamental comunidade de natureza existente entre todos os homens, parece desejar novas e superiores formas de associação e de comunidade. A antiga ‘sagrada’ idéia de soberania parece já destinada a fazer-se em pedaços. [...] todos somos hoje verdadeiramente conscientes de viver em uma época caracterizada —como destacou ALCALÁ-ZAMORA— mais pela *tendência associativa* que pela nacional, razão por que no plano do direito se impõe a máxima liberalidade no reconhecimento dos valores jurídicos estrangeiros e na adaptação do direito interno para o respeito de tais valores.

Da mesma forma, Sosa (1996, p. 257) enfatizou a importância da solidariedade entre todos os povos na cooperação jurídica internacional, rejeitando o chauvinismo⁴². Se, no reinado do nacionalismo, as suspeitas recíprocas impuseram várias barreiras às sentenças estrangeiras, por exemplo o reexame de mérito como condição para o reconhecimento em alguns países, atualmente prevalece uma atmosfera de confiança, que favorece a demolição ou, quando menos, a diminuição de tais barreiras.

⁴¹ No original: “Oggi, dopo due catastrofi che hanno scosso dalle fondamenta il «mondo degli Stati», le cose appaiono molto mutate. L’umanità, divenuta più consapevole della fondamentale comunanza di natura esistente fra tutti gli uomini, sembra anelare verso nuove e superiori forme di associazione e di comunità. [...] siamo oggi invero consapevoli tutti di vivere in un’epoca caratterizzata – come ha rilevato Alcalá-Zamora – piuttosto della *tendenza associativa* che da quella nazionale, onde sul piano del diritto s’impone la massima liberalità nel riconoscimento dei valori giuridici stranieri e nell’adattamento del diritto interno al rispetto di tali valori.”

⁴² Mas o radicalismo universalista, ajunte-se logo, tampouco merece acolhida. A tensão entre *nacionalismo* e *cosmopolitismo* não deve ser resolvida na base do tudo ou nada (mundo: ame-o ou deixe-o). Devemos buscar um novo ponto de acomodação, sem apagar os interesses nacionais.

4. As tendências atuais e algumas controvérsias brasileiras

Quem preferir o indivíduo ao Estado, o globo ao território de seu país, a pátria de todas as mulheres e homens à pátria nacional, enfim quem for uma pessoa do seu tempo avaliará positivamente as tendências na circulação internacional de sentenças. Todavia aprová-las não basta. É preciso torná-las realidade – no Brasil. Em matéria de reconhecimento de sentenças estrangeiras, muitas de nossas práticas e dúvidas têm raízes em convicções que estão sendo abandonadas no mundo. O quadro seria outro se aplicássemos as tendências atuais na interpretação das normas brasileiras. Apesar de ser inviável esgotar o tema aqui, podemos dar quatro exemplos.

4.1 A Constituição da República impõe a homologação de todas as sentenças estrangeiras?

Por algum tempo, houve intenso debate acerca da necessidade ou não de homologar *todas* as sentenças estrangeiras. A questão vinha à baila sempre que se devesse aplicar o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942: “Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado de pessoas.” Nessas ocasiões, indagava-se se a Constituição de 1937, ao atribuir a competência para a homologação *de* sentenças estrangeiras ao Supremo Tribunal Federal, e mais tarde a de 1946 e posteriores, que repetiam a norma trocando o *de* por *das*, subordinariam a eficácia de quaisquer sentenças estrangeiras à homologação. Se assim fosse, o parágrafo único, que dispensava uma parte delas do ato formal de chancela, seria inconciliável com a norma constitucional⁴³.

Em 1953, registram Assis e Tanaka (2003, p. 97), a ementa do acórdão que julgou a Sentença Estrangeira nº 1.343 foi: “Sentença estrangeira; não depende de homologação quando meramente declaratória do estado das pessoas.” Mas, dois anos depois, aquele que Valladão (1978, p. 191) chamou o *leading case* na matéria seria decidido destarte: “Sentença estrangeira; é de ser homologada, em face do disposto no art. 101, I, alínea g da vigente Constituição, ainda que meramente declaratória do estado das pessoas, a fim de se tornarem exequíveis no Brasil” (Emb. SE 1.297/Itália, Rel. Ribeiro da Costa, 24/05/1955).

⁴³ Para detalhes sobre as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, cf. (ASSIS e TANAKA, 2003, p. 91). Acreditamos que o parágrafo único não tenha sido recepcionado pela Constituição de 1946 e que, se assim não fosse, teria sido revogado pelo art. 483 do CPC em 1973. Sem embargo, como se pode inferir das ponderações adiante tecidas, pensamos que nada obsta – ao contrário, o momento aconselha – a edição de nova norma com o mesmo conteúdo do parágrafo único, que seria agora constitucional. Ressalve-se, contudo, subsistir a controvérsia sobre a vigência do parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução. (PS: ao iniciarmos a elaboração de nossa pesquisa de doutorado, começamos a rever o posicionamento externado nesta nota de rodapé.)

Se bem que tenham restado inquietações mesmo após o *leading case*, principalmente doutrinárias, elas foram aplacadas pelo advento do art. 483 do Código de Processo Civil de 1973, que é explícito: “A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada [...]”. Ou seja, em caso algum a sentença estrangeira produzirá eficácia automática no País, restando aparentemente revogado o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução. Na ausência de lei posterior a 1973 que dispensasse a homologação, a questão da interpretação constitucional permanece como a Bela Adormecida depois do art. 483 envenenado. Antecipemo-nos ao príncipe: a Constituição de 1988 nunca exigiu a homologação de todas as sentenças estrangeiras. Era este o texto originário da norma constitucional:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

h) a homologação das sentenças estrangeiras [...].

Essa redação, informa Moreira (2001, p. 77), foi adotada a partir de 1946. Em 1937, a Constituição falava em homologação *de* sentenças estrangeiras. E explica o autor (MOREIRA, 2001, pp. 77 e 78): “A mudança da redação [...] resultara de emenda do então Deputado ADROALDO MESQUITA DA COSTA, destinada precisamente a tornar certo que *todas* as sentenças estrangeiras precisavam de homologação para produzir efeitos no Brasil.”⁴⁴ Parodiando Cappelletti ([1968], p. 368), diríamos:

Não negamos em absoluto que uma indagação histórica possa demonstrar que a intenção deles que deram ao art. 101, I, g, da Constituição de 1946 a redação mantida em todas as constituições posteriores, inclusive, a princípio, na de 1988, fosse de acolher uma interpretação nacionalista da necessidade *sempre* de homologar as sentenças estrangeiras.

E continuando nas palavras do próprio Cappelletti ([1968], p. 368)⁴⁵:

⁴⁴ Esse aspecto também foi enfatizado pelo parecer de Matos Peixoto no julgamento do *leading case* em que o Supremo Tribunal Federal, à época competente para o processo de homologação, exigiu a homologação das sentenças impropriamente chamadas “declaratórias do estado de pessoas” (Emb. SE 1.297 / Itália).

⁴⁵ Cappelletti ([1968], p. 368) teceu essas considerações para provar que, ainda na vigência do Código de Processo Civil italiano de 1942, a sentença estrangeira deveria produzir eficácia automática no país em alguns casos, apesar da intenção do legislador. Foram estas as suas palavras: “Non neghiamo affatto che un’indagine storica possa dimostrare che l’intenzione di coloro, che redassero gli artt. 796 e ss. del codice del 1942, fosse di accogliere nei nuovi testi l’interpretazione anzilottiana e post-anzilottiana affermando la necessità sempre della delibazione delle sentenze straniere. Ma una interpretazione storico-evolutiva non può concepire la storia in maniera statica e unidimensionale. La storia non è soltanto il passato, ma è il movimento del passato verso il presente e verso il futuro. La storia ha, insomma, tre dimensioni, e una corretta interpretazione storico-evolutiva non può non tener conto dei nuovi movimenti, delle nuove esigenze, delle nuove tendenze che si manifestano rispetto alla norma al principio o all’istituto oggetto di interpretazione.”

Mas uma interpretação histórico-evolutiva não pode conceber a história de maneira estática e unidimensional. A história não é apenas o passado, mas é o movimento do passado em direção ao presente e ao futuro. A história tem, em suma, três dimensões, e uma correta interpretação histórico-evolutiva não pode deixar de levar em conta os novos movimentos, as novas exigências, as novas tendências que se manifestam em relação à norma, ao princípio ou ao instituto objeto de interpretação.

Pouco importa que a *mens legis*, em 1946, tenha sido ordenar a homologação de *todas* as sentenças estrangeiras no Brasil – uma idéia contemporânea da II Guerra Mundial. Pouco importa que a Constituição de 1988 tenha, no início, repetido *ipsis litteris* a Carta de 1946. Importante é que a realidade em 1988 já era mais cosmopolita do que nacionalista; já preferia a agilidade e a segurança na solução dos conflitos transnacionais, em benefício do indivíduo, à salvaguarda de uma concepção tacanha da soberania. Na conjuntura em que a Constituição de 1988 foi elaborada, exigir a homologação de *todas* as sentenças estrangeiras não teria sentido. Não era essa a *ratio iuris* do art. 102, I, *h*.

O contexto de abertura aos valores estrangeiros que prevalecia em 1988 ficou retratado em algumas inovações trazidas pela Constituição mesma, a saber: (1) o art. 4º, que, no inc. IX, erige a “[...] cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” em princípio reitor das relações internacionais do País e, no parágrafo único, diz: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”; (2) o § 2º do art. 5º, segundo o qual: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Seja como for, o fundamento racional da norma é mais importante do que a *occasio legis* (BARROSO, 1998, p. 137), e ele vai adquirindo novos sentidos conforme a realidade em que a norma está inserida vai mudando (REALE apud BARROSO, 1998, p. 137). Mesmo que o constituinte de 1988 quisesse a homologação de *todas* as sentenças, tal exigência definitivamente não se justificaria na vida atual. Por isso, a Emenda n. 45 de 2004 atualizou a dicção constitucional e, pela primeira vez em mais de meio século, fala na homologação *de* sentenças estrangeiras (art. 105, I, *i*)⁴⁶.

⁴⁶ A emenda alterou a competência para a homologação, que passou do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça. Todavia a novidade não parece ser significativa no quadro das tendências atuais. Ela, na verdade, parece ter sido destinada a diminuir o volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Ano a ano, de 1990 a 2004, foram esses os crescentes números de processos de homologação recebidos pelo Presidente: 86, 146, 140, 180, 145, 171, 241, 248, 267, 353, 413, 462, 550, 647, 749.

Adicionalmente, a emenda confirmou a tendência ao cosmopolitismo e à valorização do indivíduo nas relações internacionais do País, consoante se percebe nestes acréscimos ao art. 5^o⁴⁷: (§ 3º) “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”; (§ 4º) “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Em poucas palavras, a atual Constituição da República não impõe a homologação de todas as sentenças estrangeiras⁴⁸.

4.2 O art. 90 do CPC merece uma interpretação estrita?

Prescreve o art. 90 do Código de Processo Civil: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.” Isto é, o Brasil ignora a litispendência no exterior ao exercer a sua jurisdição. *De lege ferenda*, essa norma ultrapassada deveria ser revista. *De lege lata*, não podemos desprezá-la. O que podemos discutir é se o art. 90 merece uma interpretação ampla ou estrita.

Se interpretássemos amplamente o texto, seríamos levados a acreditar que, onde o legislador escreveu litispendência, dever-se-ia ler *litispendência ou coisa julgada*. A mesma justificativa para ignorar a litispendência serve para ignorar a coisa julgada: a territorialidade do exercício da jurisdição. Em ambos os casos, trata-se de evitar que os efeitos da atividade jurisdicional estrangeira transbordem pelo território brasileiro e de assegurar que o País decida todas as demandas que, previstas em suas normas de competência internacional, tem interesse em julgar. Como se viu, esse parecer está

⁴⁷ Da mesma forma, é sintomático o novo parágrafo (§ 5º) do art. 109: “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

⁴⁸ No entanto, de acordo com o art. 109, X, da Constituição: “Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] a execução [...] de sentença estrangeira, após a homologação [...]” Isso significa que toda sentença estrangeira será executada pelos juízes federais e somente será executada após homologada. A homologação é pressuposto da *execução* de todas as sentenças estrangeiras. Nesse caso, o dispositivo vai de encontro à nossa conclusão? Não, pois a norma inequivocamente cuida apenas da *execução* da sentença estrangeira. Esta só é possível “após a homologação”. Ela não põe óbice a que os efeitos constitutivos e declaratórios da sentença tenham lugar independentemente da homologação. A leitura casada dos arts. 105, I, *i*, e art. 109, X, da Constituição indica que a realização de atos executórios no Brasil com base em provimento alienígena é que depende do controle prévio pelo Superior Tribunal de Justiça. No mais, a disciplina compete à norma infraconstitucional. Embora o art. 109 não sirva para refutar nossa conclusão, ele basta para fazer inconstitucional o art. 13 da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar da OEA (1989), promulgada no Brasil pelo Dec. 2.428. O tratado prevê que o controle dos requisitos da delibação caiba “[...] diretamente ao juiz a quem corresponda a execução” da sentença.

centrado no Estado e em seu território. Mas o sentido da norma somente pode ser determinado em seu contexto histórico e, hoje, o foco é o indivíduo no mundo. Na nova perspectiva, deve ser preferida a interpretação estrita do art. 90: a coisa julgada estrangeira impede o juiz brasileiro de reexaminar a causa⁴⁹.

Se a sentença estrangeira for favorável ao litigante, faltar-lhe-á interesse de agir para pleitear o rejugamento da causa no Brasil. A via processual adequada será a demanda homologatória. De mais a mais, não há por que obrigar seu adversário a ser processado duas vezes pelo mesmo motivo. Se a sentença estrangeira for desfavorável ao litigante – o que é mais verossímil –, não se poderá admitir que ele tente a sorte outra vez no Brasil. Tolerar tal comportamento criaria incerteza na solução dos conflitos transnacionais, agrediria o princípio dos direitos adquiridos e contrariaria o princípio da eticidade nos litígios internacionais, pelo qual “[...] deve-se sempre tentar impedir as partes de lucrar abusivamente com a diversidade das ordens jurisdicionais”⁵⁰ (MAYER; HEUZÉ, 2001, p. 292).

A controvérsia tem reflexos na homologação da sentença estrangeira. Estudemos este problema (narrativa em ordem cronológica): 1) A e B têm um filho comum; 2) transita em julgado uma sentença estrangeira atribuindo a guarda do filho a B; 3) A propõe uma demanda, no Brasil, reabrindo a discussão sobre a guarda; 4) o juiz J, dando-se por competente, concede uma medida liminar em favor de A; 5) B pede a homologação da sentença estrangeira. Deve-se homologar? Não, se se aceitasse a interpretação estatal do art. 90 – a coisa julgada estrangeira não obsta o juiz brasileiro de conhecer da mesma causa. Nesse caso, J teria obedecido à lei. Sob pena de inconsistência, o ordenamento não poderia abrigar normas que adiante privassem de qualquer utilidade prática o exercício legítimo de jurisdição brasileira; em particular, não poderia abrigar normas que amparassem a demanda homologatória proposta por B. No caso, existe até medida liminar brasileira em favor de A e, por isso, permitir a homologação equivaleria a privilegiar um ato soberano estrangeiro em prejuízo do nacional⁵¹. Mas, visto que

⁴⁹ Exceção: se a sentença estrangeira não preencher os requisitos do reconhecimento.

⁵⁰ No original: “Il faut toujours tenter d’empêcher les parties de profiter abusivement de la diversité des ordres juridictionnels.”

⁵¹ Como se disse pouco antes de o Supremo Tribunal Federal deixar de deter a competência para homologar sentenças estrangeiras: “a jurisprudência da Corte já se firmou no sentido de que, em caso de conflito entre atos sentençiais brasileiros e estrangeiros que versem sobre o mesmo tema, há que prevalecer a sentença proferida por autoridade judiciária brasileira” (SEC 7.100-3 – Estados Unidos, rel. Carlos Velloso, Plenário, j. em 14/04/2004). Outras decisões nesse sentido: SEC 3.457 – Paraguai, rel. Aldir Passarinho, Plenário, j. em 27/08/1987; SEC 4.012 – Alemanha, rel. Paulo Brossard, Plenário, j. em 22/10/1992; SEC 4.694 – Estados Unidos, rel. Ilmar Galvão, Plenário, j. em 10/12/1993; SE 5.778 – Estados Unidos, rel. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 12/05/2000; SEC 6. 971 – Estados Unidos, rel. Maurício Corrêa, Plenário, j. em 28/11/2002; SEC 7. 218-2 – Estados Unidos, rel. Nelson Jobim, Plenário, j. em 24/09/2003. Mas existe uma diferença entre os precedentes citados e a hipótese examinada: somente nesta existia uma sentença estrangeira transitada em julgado *antes* da propositura da demanda no Brasil.

o art. 90 não determina que o Judiciário brasileiro opere a despeito da coisa julgada estrangeira, a atuação de J foi ilegítima e nada se opõe à homologação pretendida por B. Um erro não justifica o outro. É esse o nosso parecer. Uma hipótese semelhante à descrita foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal em 2004 e houve controvérsia (SEC 5.526-1 – Noruega, Rel. Ellen Gracie, 22/04/2004⁵²). Para a maioria:

A preexistência destes julgados alienígenas não retira a validade da decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Família da Comarca de Niterói – RJ que, em sede de medida cautelar preparatória de ação de divórcio direto, conferiu a guarda provisória da menor à requerida. [...]
[...] O deferimento do pedido de homologação representaria, dessa forma, a prevalência da sentença norueguesa sobre a decisão de um juiz brasileiro que, embora proferida em sede liminar, seria modificada, importando numa clara ofensa aos princípios da soberania nacional.

Para Marco Aurélio:

[...] não consta do art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, como óbice à homologação da sentença estrangeira, o fato de ter-se, no período compreendido entre o trânsito em julgado e o pleito de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, a propositura de uma ação, no Brasil, versando sobre a mesma matéria. [...]
No caso concreto, sendo a decisão anterior à propositura de ação semelhante ou idêntica no Brasil e havendo a sentença estrangeira transitado em julgado em data também pretérita à citada propositura, peço vênha para proceder à homologação [...].

Pelos motivos que expusemos acima, aplaudimos o voto solitário de Marco Aurélio.

4.3 A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser reconhecida?

Ao tratar do reconhecimento de eficácia às sentenças estrangeiras, a lei brasileira é liberal na medida em que restringe ao mínimo as condições do reconhecimento. Conforme disciplinado pela Lei de Introdução ao Código Civil de 1942:

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:
a) haver sido proferida por juiz competente;
b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado

⁵² No mesmo sentido do voto de Ellen Gracie: SEC 6.729 – Espanha, rel. Maurício Corrêa, Plenário, j. em 15/04/2002. Há, ainda, outros precedentes sobre o tema, tanto no Supremo Tribunal Federal, como, mais recentemente, no Superior Tribunal de Justiça. A matéria não foi pacificada.

a revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

[...]

Art. 17. As [...] sentenças de outro país [...] não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

No entanto, a interpretação jurisprudencial dos requisitos de homologação nem sempre combina com o minimalismo legislativo. Por vezes, destacou Dolinger (1985, p. 876), a ordem pública desempenhou um papel excessivo no reconhecimento de sentenças estrangeiras. Um dos casos que, na opinião do autor, denuncia o excesso é a recusa de homologação às sentenças estrangeiras desmotivadas (DOLINGER, 1985, p. 869 e 870)⁵³. Antes de a Emenda Constitucional 45 entrar em vigor, o Supremo Tribunal Federal examinou muitas vezes o tema, que era controvertido. A partir da década de 90, prevaleceu a tese da homologabilidade da sentença estrangeira desmotivada. Era representativa esta ementa⁵⁴:

Sentença estrangeira — Formalidades — Legislação aplicável.

A sentença estrangeira deve estar revestida das formalidades impostas pela legislação do país em que prolatada. Descabe cogitar da estrutura de tal peça considerados o Código de Processo Civil e a Constituição nacionais (SEC 4.590 – Estados Unidos, Rel. Marco Aurélio, 05/06/1992).

A preferência por essa tese, contudo, era sutil. Em várias ocasiões, ganhou o parecer contrário⁵⁵. Veja-se, a propósito: “Decisão que se limita a revelar a sanção aplicada à ré,

⁵³ Nossa análise limita-se, aqui, à hipótese em que a fundamentação não é exigida no país de origem. Não tratamos daquela em que o juiz estrangeiro, descumprindo a sua lei processual, não fundamenta.

⁵⁴ No mesmo sentido: Ag. Reg. SE 2.521/Estados Unidos, Rel. Antônio Neder, 07/11/1980; SEC 3.397-6/Inglaterra, Rel. Francisco Rezek, 11/11/1993; SEC 4.469/Inglaterra, Rel. Marco Aurélio, 10/12/1993: “SENTENÇA ESTRANGEIRA. ESTRUTURA. A estrutura da sentença estrangeira há de ser perquirida em face à legislação do país em que prolatada e não a brasileira”; SEC 3.897/Inglaterra, Rel. Néri da Silveira, 09/03/1995; SEC 5.157-6/Alemanha, Rel. Néri da Silveira, 19/06/1996; SEC 4.415/Estados Unidos, Rel. Francisco Rezek, 11/12/1996; SEC 5.720/Áustria, Rel. Marco Aurélio, 22/10/1998; SEC 5.418/Estados Unidos, Rel. Mauricio Corrêa, 07/10/1999: “A concisão da sentença não compromete sua inteligibilidade, se apoiada nas razões da inicial, da contestação e da reconvenção, acostadas aos autos. Pedido de homologação deferido.” Em vários julgamentos em que a sentença estrangeira não tinha fundamentação —o que se pode inferir do relatório—, essa circunstância não mereceu sequer o debate, o que é uma anuência tácita à homologação de sentenças estrangeiras sem fundamentação. Cf., *inter alia*, SE 2.124 – Estados Unidos, rel. Bilac Pinto, Plenário, j. em 04/04/1974; SEC 4.835-4 – Estados Unidos, rel. Néri da Silveira, Plenário, j. em 04/04/2002.

⁵⁵ Cf. SEC 3.262 – Estados Unidos, Rel. Djaci Falcão, 03/09/1986; SEC 3.977/França, Rel. Francisco Rezek, 01/07/1988; SE 4.447/Estados Unidos, Pres. Sidney Sanches, decisão monocrática, 11/10/1991; SEC 3.976/França, Rel. Mauricio Corrêa, 27/09/1995; ED – SEC 3.977/França, Rel. Carlos Velloso, 05/09/1996.

sem dizer as razões que orientam o arbítrio, não se qualifica como hábil à homologação” (SEC 3.976 – França, Rel. Maurício Corrêa, 27/09/1995). Acreditamos que a sentença estrangeira sem fundamentação possa ser reconhecida. Nossa opinião baseia-se no magistério de Mehren (1980, p. 38)⁵⁶, ao tratar da recusa do reconhecimento por motivo processual: “Em essência, todos os sistemas processuais devem ser vistos como um todo; debilidade em um departamento pode ser compensada por força em outro”.

Na matéria da fundamentação das decisões judiciais, deve-se ter em conta que há sistemas processuais que valorizam a escritura, enquanto outros têm nítida preferência pela oralidade. Comparado ao processo na Inglaterra, por exemplo, onde às vezes não há fundamentação a não ser que o interessado a requeira (SPENCER, 1998, p. 823), o processo brasileiro é escritural⁵⁷. Lá, com exceção da demanda, “[...] quase tudo é apresentado oralmente”⁵⁸ (ROTH, 1998, p. 774). Nesse caso, a forma falada favorece a participação efetiva dos litigantes no processo, permite um intenso intercâmbio de idéias e propicia a fiscalização recíproca e constante de todos os atores processuais, porque a oralidade pressupõe atos realizados em conjunto. Comparando o sistema inglês com o brasileiro, cremos que a falta de fundamentação das sentenças inglesas – uma debilidade⁵⁹ – seria compensada por uma virtude no departamento dos debates diretos e, no todo, o sistema inglês seria justo⁶⁰. Considerações semelhantes poderiam ser tecidas sobre o processo na Alemanha e nos Estados Unidos, países onde nem sempre as sentenças precisam ser fundamentadas.

⁵⁶ No original: “In principle, all procedural systems should be viewed as a whole; weakness in one department may well be offset by strength in another.”

⁵⁷ A partir da lição de David e Vescovi (1995, p. 29-30) dividiu o mundo em quatro partes: anglo-saxã, soviética, do *civil law* continental e do *civil law* hispano-americano (a nomenclatura não era claríssima – foi a empregada por um uruguaio –, mas certamente o processo brasileiro se identifica mais com a descrição do sistema hispano-americano do que com qualquer outra). Nos três primeiros, prevaleceria a oralidade. O último, de processo escrito, foi retratado destarte: “Sin intermediación, con predominio de funcionarios y burocrático. Basado, al decir de Cappelletti en el sistema de actas. (Quod non est in actis non est in mundo)” (VESCOVI, 1995, p. 29 e 30).

⁵⁸ No original: “*presque tout est présenté oralement*”.

⁵⁹ A rigor, não se trata de debilidade, porém de uma opção. Toda pessoa tem o direito de conhecer as razões que levam o judiciário a decidir de modo a afetar-lhe os interesses; sem isso não há devido processo legal. Mas esse direito não se confunde com a fundamentação *escrita no corpo da sentença*, ou seja, com a fundamentação de que trata o art. 458, II, do CPC e correntemente se crê tratar o art. 93, IX, da CR. O direito de conhecer as razões pode ser condicionado à requisição do interessado ou pode ser satisfeito oralmente; a fundamentação contextual e escrita é apenas um dos meios de atendê-lo. Cf. Andrade (1992, p. 192-220), que tece considerações semelhantes em torno da fundamentação de atos administrativos em Portugal.

⁶⁰ O Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris II e a Escola Nacional da Magistratura francesa realizaram um colóquio sobre o tema *A elaboração das decisões judiciais: estudos de direito comparado*. Os resultados são muito elucidativos e foram publicados em: REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ, 1998.

Não obstante pareça suspeita e arbitrária para os brasileiros, a sentença sem fundamentação pode ser compatível com as nossas noções essenciais de justiça e moral. É errado supor que somente sejam razoáveis os sistemas processuais integrados por garantias e normas idênticas às nossas. É correta a advertência de Mehren (1980, p. 38): “[...] devemos ter cautela na avaliação de outros sistemas; com frequência excessiva, o não-familiar é equiparado ao injusto”⁶¹. A tendência ao cosmopolitismo recomenda que não sejamos preconceituosos. Demais disso, se considerarmos que a homologação muitas vezes é requerida quando a sentença só pode ser executada no Brasil, compreenderemos que recusá-la é bastante grave. É furtar ao indivíduo a certeza do seu direito, apesar de já afirmada alhures.

Seguramente haverá situações em que precisaremos ser draconianos, até porque a aplicação da ordem pública no processo de homologação não comporta meio-termo⁶². Quando a nossa ordem pública internacional exigir, negaremos o reconhecimento da sentença, deixando a parte vitoriosa no estrangeiro na mesma situação daquela que não propôs demanda alguma. Mas isso só é aceitável se a ordem pública exigir, jamais por ignorância do sistema processual estrangeiro. Em suma: desde que preencha os requisitos legais, a sentença estrangeira sem fundamentação deverá ser homologada no Brasil.

4.4 Podem ser concedidas medida cautelar ou antecipação de tutela no processo de homologação?

O Supremo Tribunal Federal, quando competente, controvertia sobre a possibilidade de concessão de cautelar e antecipação de tutela no processo de homologação (PERIN, 2004, p. 16-29). Em 1984, o Plenário negou uma medida cautelar – arresto – requerida no curso do processo homologatório, a qual objetivava assegurar a execução da sentença estrangeira homologanda. O fundamento para a negativa foi a impossibilidade de que a sentença produzisse efeito executivo no Brasil antes do ato formal de chancela. Eis a ementa:

Ementa: - Homologação de sentença estrangeira. Despacho que denega a concessão de medida cautelar de arresto. Inadmissibilidade de efeito executivo à sentença estrangeira antes da homologação – AGRG a que se nega provimento.

⁶¹ No original: “Furthermore, one must be cautious in evaluating other systems; too often the unfamiliar is equated with the unjust.”

⁶² O mecanismo de atuação da ordem pública na aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional é bem diferente. Se a regra de conexão indicar uma norma incompatível com a nossa ordem pública, nem por isso o juiz negará o direito da parte. Ele irá aplicar a lei do foro e dará o direito a quem tiver razão. Na homologação, é tudo ou nada. Se a sentença não for reconhecida, a parte será prejudicada, ponto final (MAYER ; HEUZÉ, 2001, p. 257).

(Ag. Reg. SE 3.408-5/Estados Unidos, Rel. Cordeiro Guerra, 01.08.1984.)

Em decisão monocrática de 1999, Celso de Mello decidiu ser “[...]incabível, na ação de homologação de sentença estrangeira, a antecipação da tutela a que se refere o art. 273 do CPC”, invocando o mesmo fundamento da decisão de 1984: “[...] enquanto não esgotadas as fases rituais da ação de homologação, [...] não se revela possível conferir eficácia executiva à sentença emanada de tribunal estrangeiro, mediante juízo de provisória e antecipada delibação”⁶³ (SE 6069-8, 26/03/1999). Em decisão monocrática de 2003, Marco Aurélio afastou-se dos precedentes e concedeu uma medida cautelar para assegurar a efetividade da eventual sentença homologatória de um laudo arbitral inglês (Ação Cautelar n.º 13/PR, 08/05/2003). Nada se disse sobre a possibilidade de a sentença estrangeira produzir efeitos no País antes de homologada.

A melhor decisão é a última, com base na tendência subjetiva: o ponto de vista do indivíduo passa a ser preferido ao do Estado. Os precedentes que negam à sentença estrangeira qualquer efeito antes do ato formal de chancela são anacrônicos. No passado, não se admitia que um ato soberano estrangeiro pudesse produzir efeitos no país. Quando muito, aquiescia-se em que a sentença homologatória local incorporasse o conteúdo da sentença estrangeira. Antes da sentença doméstica, porém, nada. Essa ordem de razões, vimos, apequenou-se diante do valor que hoje damos ao direito humano de acesso à justiça apesar das fronteiras. A premissa não é mais a autonomia das jurisdições, é a efetividade dos remédios processuais para os conflitos intersubjetivos. Portanto, rejeitar a possibilidade de medida cautelar ou antecipação de tutela no processo de homologação constitui um atraso inaceitável. A Resolução 9/2005 da Presidência do Superior Tribunal de Justiça andou bem ao esclarecer, em seu art. 4º, § 3º, que “Admite-se a tutela de urgência nos procedimento de homologação de sentenças estrangeiras.”

5 Conclusão

A disciplina da circulação internacional de sentenças vem sendo alterada no mundo e os brasileiros não devemos negligenciar as tendências atuais. Devemos, ao contrário, usá-las na interpretação das nossas normas. Neste trabalho, foram dados quatro exemplos de como fazê-lo. Alguns aspectos, contudo, permanecem inexplorados e justificariam pesquisas futuras, como a homologabilidade (ou não) de medidas cautelares⁶⁴. Alternativamente, um desafio mais ambicioso do que o enfrentado nesta

⁶³ Ele aduziu um novo argumento: o Supremo Tribunal Federal seria uma instância de delibação, não de execução.

⁶⁴ Quem se dispuser a estudar esse tema se beneficiará da leitura de Collins (1992, p. 121-127).

investigação, restrita às reformas em leis estatais, seria examinar como as tendências estão se fazendo sentir nos tratados e, melhor ainda, comparar a evolução das normas internas com a das internacionais, inclusive indicando-se as influências recíprocas⁶⁵. Fora do âmbito da circulação internacional de decisões, poder-se-iam explorar os recentes progressos em matéria de competência internacional, eventualmente cotejando-os com os descritos aqui⁶⁶. O valor tanto da pesquisa que fizemos quanto das que sugerimos consiste em orientar a atividade do jurista e, quem sabe, do legislador. Aliás, uma lei que se afinasse com as tendências atuais seria muito bem-vinda no Brasil.

6 Referências bibliográficas

ANDOLINA, Italo. La cooperazione internazionale nel processo civile. In: _____ (Dir.; Coord.). *Cooperazione internazionale in materia giudiziaria*. Catania: Torre, 1996.

_____. La cooperazione internazionale nel processo civile. Profile della esperienza europea: verso un modelo de integrazione trans-nazionale. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 22, n. 88, p. 108-127, out./dez. 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. 396 f. Tese (Doutorado)– Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1992.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Aurea Christine. Homologação de sentença estrangeira meramente declaratória do estado das pessoas (a propósito do art. 15, par. ún., da LICC). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 81-101, jul./set. 2003.

BANCO NACIONAL DE DADOS DO PODER JUDICIÁRIO – BNDPJ. Processos de competência do Presidente [do Supremo Tribunal Federal] – 1990 a 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/CompPresid.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2005.

_____. Processos [do Supremo Tribunal Federal] registrados, distribuídos e julgados por classe processual – 1990 a 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/ClasseProc.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2005.

⁶⁵ Para essa pesquisa, sugerimos: (ANDOLINA, 1996, p. 8-60).

⁶⁶ Podem-se consultar sobre o tema: Starace (2002, p. 305-326); Nedjar (1997, p. 61-102); Schima (1966, p. 681-691).

BARIATTI, Stefania. [Comentários ao] Articolo 64. In: POCAR, Fausto et al. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, a. XXXI, n. 4, p. 908-1279, ott./dic. 1995.

_____. [Comentários ao] Articolo 67. In: POCAR, Fausto et al. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, ano XXXI, n. 4, pp. 908-1279, ott.-dic. 1995. pp. 1242-1253.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BIDART, Adolfo Gelsi; TORELLO, Luis; VESCOVI, Enrique. Exposición de motivos [do Anteprojeto de Código Processual Modelo para a Ibero-América]. In: INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*. Supervisão e atualização de Enrique Vescovi. 2. ed. Montevideo: FCU, 1997.

CAMPEIS, Giuseppe; DE PAULI, Arrigo. *La procedura civile internazionale*. 2. ed. [S.l.]: CEDAM, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *El valor de las sentencias y de las normas extranjeras en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1968.

_____. *Processo e ideologie*. [Firenze]: Il Mulino, [1968].

CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. *Civil procedure in Italy*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965.

COLLINS, Lawrence. Provisional and protective measures in international litigation. *Recueil des cours*, Leiden, NL, tome 234, III, p. 9-238, 1992.

CONSOLO, Claudio. Profili della litispendenza internazionale. *Rivista di diritto internazionale*, Roma, v. LXXX, fasc. 1, p. 5-77, genn./mar. 1997.

DI BLASE, Antonietta; GIARDINA, Andrea. *Diritto internazionale privato e processuale*: materiali didattici. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DOLINGER, Jacob. Brazilian international procedural law. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith (Ed.). *A panorama of Brazilian law*. Miami: North-South Center e Esplanada, 1992.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: Vademécum*. 2. ed. rev. e atual. com a colaboração de Suzana Medeiros. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Brazilian confirmation of foreign judgments. *International lawyer*, Dallas, v. 19, n. 3, p. 853-876, sept./dec. 1985.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*. 9. ed. Buenos Aires: Depalma, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *Revista forense*, Rio de Janeiro, ano 100, v. 373, p. 3-27, maio-jun. 2004.

_____. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. *Revista forense*, Rio de Janeiro, a. 91, v. 331, p. 3-37, jul./set. 1995.

HITTERS, Juan Carlos. Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, año XXXV, n. 56, p. 243-283, enero/dic. 1995.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*. Supervisão e atualização de Enrique Vescovi. 2. ed. Montevideo: FCU, 1997.

KERAMEUS, Konstantinos D. Enforcement in the international context. *Recueil des cours*, Leiden, NL, tome 264, p. 179-410, 1997.

KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, Ludwik. *International cooperation in civil and commercial procedure*. Ottawa: University of Ottawa Press, 1975.

MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vincent. *Droit international privé*. Collection Domat (droit privé). 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

MEHREN, Arthur Taylor von. Recognition and enforcement of foreign judgments: general theory and the role of jurisdictional requirements. *Recueil des cours*, Leiden, NL, tome 167, II, p. 9-112, 1980.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*: Constituição de [1988] revista em 1994. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Da homologação de sentença estrangeira. In: _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. In: _____. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1953.

NEDJAR, Didier. Tendances actuelles du droit international des immunités des Etats. *Journal du Droit International*, Paris, 124^e année, n. 1, p. 61-102, janv./mars 1997.

ORCHANSKY, Berta Kaller de. *Nuevo manual de derecho internacional privado*. 5. ed. correg. y actual. Buenos Aires: Plus Ultra, 1997.

PEGNA, Olivia Lopes. Il riconoscimento delle sentenze straniere: è tempo di controriforma? *Rivista di diritto internazionale*, Roma, v. LXXXVII, fasc. 2, p. 469-473, apr./giug. 2004.

PERIN, Ricardo. *Tutela de urgência na homologação de sentença estrangeira*. 49 f. Projeto de dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica)–Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

POCAR, Fausto et al. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova, ano XXXI, n. 4, p. 908-1279, ott./dic. 1995.

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ. Paris: Centre français de droit comparé, 50^e année, n. 3, juil./sept. 1998.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 9. ed. rev.

São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTH, Peter M. Les éléments de fait réunis par le juge: le système anglais. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 50^e année, n. 3, p. 773-777, juil./sept. 1998.

SANTOS, António Marques dos. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Almedina, 1998.

SCHIMA, Hans. La giurisdizione e lo straniero: considerazioni comparative e tendenze evolutive. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Milani, a. II, n. 4, p. 681-691, ott./dic. 1966.

SOSA, Gualberto Lucas. Cooperación judicial internacional en el proceso civil: un enfoque desde la realidad normológica y sociológica argentina. *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, año XXXVI, n. 57, p. 213-257, enero/dic. 1996.

SPENCER, John R. Observations sur la rédaction de la décision. *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 50^e année, n. 3, p. 823-826, juil./sept. 1998.

STARACE, Vincenzo. L'evoluzione normativa in tema di ricorso a giurisdizioni straniere e ad arbitrato estero per la soluzione di controversie commerciale internazionale. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Milani, anno XXXVIII, n. 2, p. 305-326, apr./luglio 2002.

TAKESHITA, Morio. The recognition of foreign judgments by Japanese courts. *The Japanese annual of international law*, Tokyo, n. 36, p. 55-77, 1996.

TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturali della giustizia civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno LV, n. 4, p. 1055-1069, dic. 2001.

TIBURCIO, Carmen. Comentário a decisões do STF envolvendo litispendência internacional. *Boletim de direito internacional* [Luís Roberto Barroso & Associados: escritório de advocacia], Rio de Janeiro, n. 51, p. 5-7, maio 2004.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: parte especial* (fm). v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VARADY, Tibor. Some observations on the new Yugoslav Private International Law Code. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Milani, anno XIX, n. 1, p. 69-86, genn./mar. 1983.

VESCOVI, Eduardo. *Derecho procesal civil internacional*: Uruguay, el Mercosur y América. Montevideo: Idea, 2000.

_____. Efectos de las sentencias extranjeras y de los laudos arbitrales. *Revista uruguaya de derecho procesal*, Montevideo, n. 2, p. 201-208, 1995.

_____. Aplicación del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. In: INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*. Supervisão e atualização de Enrique Vescovi. 2. ed. Montevideo: FCU, 1997. p. 5-11.

VIGORITI, Vincenzo. Homologação e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros na Itália. *Revista de processo*, São Paulo, n. 50, p. 72-87, abr./jun. 1988.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

Acórdão

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LIMITES DA COISA JULGADA. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A matéria discutida nos autos foi decidida pelo acórdão recorrido à luz da legislação infraconstitucional, a cujo exame não se presta o recurso extraordinário. II - A discussão acerca dos limites da coisa julgada demanda a apreciação da legislação infraconstitucional, configurando situação de ofensa reflexa ao texto constitucional. III - Agravo regimental improvido. (STF, 1ª Turma, AI-AgR 633764 / MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento 27/11/2007, Divulg. 18-12-2007).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO E A NEGATÓRIA DE PATERNIDADE

SANDRA MARIA DA SILVA

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

Especialista em Direito Processual - Universidade de Uberaba/MG

Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil - Universidade de Franca/SP

Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático de Direito - Universidade de Franca/SP

1. Acórdão

EMENTA: NEGATIVA DE PATERNIDADE - REGISTRO CIVIL - VÍCIO DO ATO JURÍDICO - ERRO - OCORRÊNCIA - REALIZAÇÃO DE DOIS EXAMES DE DNA QUE CONCLUÍRAM PELA AUSÊNCIA DE PARENTESCO PATERNO - RECURSO PROVIDO. Comprovado que o exame de DNA concluiu pela negativa da paternidade e, não estampando os autos provas diversas capazes de desconstituir o alegado vício de consentimento (erro) em que incorreu o autor quando do reconhecimento da paternidade do menor, imperiosa se torna a procedência do pedido inicial para que seja declarada a negativa de filiação.

(TJMG - Apelação Cível nº 1.0027.05.067985-4/001 - Comarca de Betim - apelante(s): G.L.D.D. - apelado(a)(s): M.S.M.D., representado(a)(s) por sua mãe E.M.S. - Rel. Des. Edilson Fernandes. Data do acórdão: 18/03/2008. Data da publicação 23/04/2008).

ACÓRDÃO (SEGredo DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª 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.

Belo Horizonte, 18 de março de 2008.

DES. EDILSON FERNANDES - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. EDILSON FERNANDES:

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 80/82-TJ, proferida nos autos da Ação Negatória de Paternidade c/c Anulatória de Registro, ajuizada por G. L. D. D. em desfavor de M. S. G. D., representado pela mãe E. G. S., que julgou improcedente o pedido inicial.

Em suas razões, o apelante sustenta que registrou o apelado como seu filho por confiar de forma irrestrita em sua companheira. Alega que após o término do relacionamento amoroso das partes descobriu que não era o pai da criança a que lhe era atribuída a paternidade, sendo a informação confirmada pela genitora do infante. Afirma que o fato foi corroborado pelos exames de DNA juntados aos autos, restando caracterizado o instituto do erro na manifestação de vontade do recorrente. Pugna pelo provimento do recurso para a procedência da pretensão vestibular (f. 83/92).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Analisando minuciosamente os autos, constato que o autor ajuizou ação Negatória de Paternidade, alegando não ser pai do réu, ao argumento de fora mantido em erro pela genitora do investigado, uma vez que lhe ocultou diversos relacionamentos amorosos concomitantes com a constância da união das partes.

O exame de DNA produzido em juízo concluiu pela exclusão da paternidade atribuída ao autor, conforme laudo de f. 52/60.

As inovações tecnológicas e científicas criaram meios que permitem aferir a paternidade com um grau de segurança de 99,99%, motivo pelo qual o DNA, prova técnica por excelência, se mostra de fundamental importância em ações como a presente.

A paternidade ora impugnada foi afastada por 2 (dois) exames de DNA, um realizado de forma extrajudicial (f. 16/25), e outro realizado durante regular instrução probatória (f. 52/60-TJ), comprovando o autor o fato constitutivo de seu direito, em observância do disposto no artigo 333, do CPC.

O fato de o autor ter reconhecido espontaneamente a paternidade ora discutida não afasta o erro substancial da manifestação de vontade demonstrada no Registro de Nascimento do Réu, dispondo o artigo 138 do Código Civil que:

“Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

O Registro Civil deve espelhar a veracidade dos fatos, mesmo considerando-se que o reconhecimento dos filhos é irrevogável, situação que não impede a anulação do ato em caso de sua falsidade, nos termos do artigo 1.604 do Código Civil vigente:

“Art. 1604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”.

A falsa representação da realidade pelo autor, que reconheceu o investigado como seu filho, preenche os requisitos necessários para promover a mudança da filiação existente no Registro de Nascimento do Réu, sem que isso caracterize qualquer ofensa ao citado dispositivo legal. Não pode a mãe requerer a perpetuação de um estado de filiação inexistente, mormente quando a mesma se aproveitou da boa-fé de seu companheiro e lhe ocultou os relacionamentos amorosos tidos com terceiros ao longo do convívio com seu companheiro.

A filiação é atributo inerente à personalidade e deve corresponder à realidade dos fatos, em prestígio ao princípio da verdade real.

A propósito, já teve a oportunidade de decidir este colendo Tribunal:

“AÇÃO DE NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - ALEGAÇÃO DE ERRO - ART. 147 DO CC - CONTEÚDO COMPROBATÓRIO FAVORÁVEL AO PEDIDO. A alegação de registro civil de nascimento é possível se demonstrada alguma das hipóteses previstas pelo artigo 147 do Código Civil, dentre as quais, insere-se o erro. Procede com erro o agente que, por desconhecimento das circunstâncias, age de modo que não seria a sua vontade, se conhecesse toda a verdade acerca da situação” (Apelação Cível nº 1.0000.00.307978-7/000, Rel. Des. Pedro Henriques, j. 12.05.2003).

DOU PROVIMENTO AO RECURSO para declarar a inexistência de vínculo biológico entre autor e réu, determinando, por consequência, a retificação do registro civil do menor, para do mesmo excluir todos os dados da linha paterna que foram registrados, cessada a obrigação alimentar fundada no então vínculo de parentesco. Em consequência, fixo os honorários de sucumbência em favor do apelante no importe de R\$ 900,00 (novecentos reais), observado o disposto no artigo 20, § 4º, do CPC. Custas pelo apelado, suspenso o pagamento nos termos do artigo 12, da Lei 1.060/50.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): Mauricio Barros e Antônio Sérvulo.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Apelação Cível nº 1.0027.05.067985-4/001.

2. Direito fundamental à filiação e a negatória de paternidade

2.1. A questão debatida

Nos últimos tempos, tem se instaurado uma grande polêmica nos Tribunais brasileiros a respeito da necessidade de o pai registral comprovar em juízo a existência de vício de consentimento - erro, dolo, coação ou simulação - no ato de seu reconhecimento, para desconstituir o registro da paternidade que foi afastada biologicamente, ou se a comprovação de sua falsidade já é suficiente para deferir o pedido.

A questão é complexa, pois envolve o direito fundamental à filiação - verdadeira -, a possibilidade de o pai registral beneficiar-se da própria torpeza e, ainda, da desconstituição prejudicar os interesses de terceiro, no caso o filho, geralmente menor, que sequer participou do ato.

2.2. A filiação

Sílvio Rodrigues conceitua a filiação como “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram”¹. Mas o artigo 1.593 do Código Civil de 2002 distingue o parentesco natural do civil, aquele que resulta de origem diversa da consanguinidade, tanto pela adoção como pela reprodução humana assistida heteróloga. Assim, conforme salienta Gustavo Tepedino, hoje, a filiação “é a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos”².

Essa concepção coaduna-se com o conceito jurídico de família encampado pela Constituição Federal de 1988, cujos princípios já eram adotados pela evolução social, pela doutrina e pela jurisprudência. A Carta Magna outorga uma especial proteção à família, considerada a base da sociedade, e garante os direitos fundamentais da criança e do adolescente³ que, na verdade, são os mesmos de todo e qualquer ser humano (artigo 5º), sendo que tal ênfase apenas demonstra a preocupação do constituinte em proteger a criança e a entidade familiar.

¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6. p. 291.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 445.

³ 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.

O parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição da República adota a liberdade para o planejamento familiar, mas impõe o respeito a dois princípios essenciais: a *dignidade humana* e a *paternidade responsável*.

O direito à preservação da *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, inciso III) é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, desse modo, a dignidade é colocada como o centro, o vértice normativo e axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal.

A dignidade da pessoa humana, hoje garantida em praticamente todas as constituições como o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, abrange várias categorias de direito, dentre as quais, *o direito ao nome e ao estado de filiação determinado*. Portanto, embora o direito ao conhecimento da ascendência genética não se encontre expresso dentre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ele integra a própria identidade pessoal do indivíduo e, por isso, é um dos traços da dignidade humana.

Esse princípio tem orientado as decisões jurisprudenciais, no sentido de que, nas ações de estado, deve-se privilegiar a verdade real, *in casu* a biológica, em detrimento da verdade formal constante no registro.

Por seu turno, a *paternidade responsável* foi adotada como um princípio constitucional norteador e vincula-se ao “método interpretativo *the best interest of the child*”, como lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁴. Assim, todo cidadão brasileiro tem o direito, constitucional, de ter um pai e uma mãe que por ele seja responsável, já que o termo paternidade é empregado em sentido amplo, abrangendo também a maternidade. E, obviamente, aqueles cuja paternidade (ou maternidade) não foi reconhecida espontaneamente, têm o direito de investigar sua ascendência genética.

Nos termos do artigo 1.597 do Código Civil, a paternidade é presumida durante a constância do casamento, considerado o prazo de cento e oitenta dias após a convivência conjugal e trezentos dias subsequentes à sua dissolução; nos casos de fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Tal presunção pode ser contestada nos termos do artigo 1.601 do mesmo *Codex*.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida*: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 522.

Quando não houver a presunção, o reconhecimento espontâneo da paternidade pode ser feito no registro do nascimento, por escritura pública, escrito particular, testamento, ou qualquer outra forma que manifeste expressamente a vontade do pai; mas, uma vez feito, é irrevogável (artigos 1.609 e 1.610), exceto por erro ou falsidade do registro (artigo 1.604).

2.3. Ação negatória de paternidade

As ações de estado são aquelas em que as partes reivindicam ou denegam a existência de uma qualidade jurídica referente à filiação. Sílvio de Salvo Venosa define as ações de estado como “aquelas nas quais a pretensão é de obtenção de um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Podem ser positivas, para se obter um estado de família diverso do atual, ou negativas, para excluir determinado estado.”⁵

A ação de investigação de paternidade é imprescritível, nos termos do artigo 1.606 do Código Civil de 2002, o qual encampou o entendimento já vigente na doutrina e jurisprudência, e reiterou os termos do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Por seu turno, o artigo 1.601, acima citado, trouxe uma importante novidade: que é a imprescritibilidade da ação de contestação da paternidade pelo marido, uma vez que, nas palavras de Maria Helena Diniz, “a presunção de paternidade não é *júris et de jure* ou absoluta, mas *júris tantum* ou relativa, no que concerne ao pai, que pode elidi-la provando o contrário.”⁶

Essa inovação fortalece a tendência atual de se preservar a verdade real e biológica nas ações de filiação, propiciada pelos avanços da genética, com o advento da perícia do exame de DNA.

Por outro lado, a possibilidade de um pai, após anos de convivência, poder contestar a paternidade do filho havido durante o casamento causa certa inquietação nas relações familiares. Como ressaltam alguns autores, a paternidade não é um vínculo apenas biológico, mas também psicológico, moral e sócio-cultural e é a afetividade que cria as condições para o crescimento salutar da criança.

Mas, há de se considerar também que a dúvida quanto à existência do vínculo biológico prejudica o relacionamento e a própria afetividade dos envolvidos, sendo, portanto, justificável a inovação trazida pelo Código Civil de 2002.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6. p. 34.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 5. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 11. p. 313.

2.4. Vícios de consentimento

O legislador brasileiro considerou a vontade como o elemento essencial de todo e qualquer ato ou negócio jurídico, vontade essa que tem de se manifestar de forma livre e espontânea, para propiciar a criação, a modificação ou a extinção das relações jurídicas.

Assim, quando a vontade expressa não corresponder ao intento subjetivo do declarante, seja por um defeito na própria formação da vontade ou por um equívoco na sua declaração, diz-se que houve um vício do consentimento, o qual pode ocorrer por erro, dolo, coação, simulação ou fraude (artigos 138 a 184 do Código Civil), possibilitando a anulação do ato ou negócio jurídico.

O erro é a falsa expressão da realidade; ocorre quando a vontade emitida está em desacordo com a realidade, tanto nos casos em que o declarante tem uma noção equivocada da realidade, como por ignorância. O erro capaz de produzir a anulação do ato ou negócio é aquele essencial, que atinge a própria determinação da vontade e interfere na elaboração do ato, ou seja, se não existisse, o declarante realizaria o ato ou negócio de forma diferente ou não o realizaria (artigo 138 do Código Civil⁷).

O dolo ocorre quando a falsa noção da realidade, que induz o declarante a praticar o ato ou negócio jurídico, deriva do emprego de um artifício alheio intencional.

Coação é a pressão, física ou moral, exercida sobre o contraente, para obrigá-lo a efetuar o ato ou negócio jurídico. Para viciar a declaração da vontade e, conseqüentemente anular o ato, a coação deve causar ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens (artigo 151 do Código Civil).

A simulação é a declaração artificiosa da vontade, intencionalmente em desacordo com a vontade interna, no intuito de produzir um efeito diverso daquele aparentemente indicado. Na simulação, ambas as partes têm ciência do artifício, já que seu intento é a ilusão de terceiros.

Na fraude, o prejuízo é volitivamente causado aos credores, já que se consiste na perpetração, pelo devedor, de atos maliciosos que desfalcam o seu patrimônio, no intuito de furtá-lo da cobrança de dívidas.

⁷ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

2.5. Considerações

No caso em comento, o artigo 1.604 do Código Civil estabelece que “*ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro*”.

Certamente, o erro indicado no texto legal abrange, também, as hipóteses em que o equívoco no registro de nascimento ocorreu por indução dolosa ou simulação, e quando o declarante estava sob coação.

Mas a questão que se coloca é se apenas a falsidade da paternidade indicada no registro, comprovada através do Exame de DNA, já caracteriza um erro e é suficiente para deferir o pedido da ação negatória, que, na verdade, trata-se de uma anulação parcial de ato jurídico; ou se o pai registral deve comprovar em juízo a existência do vício de consentimento que o levou a efetuar o registro.

Os artigos 1.609 e 1.610 do Código Civil e o artigo 1º da Lei nº 8.560/92 são claros ao estipular que o reconhecimento de filho é irrevogável, nos mesmos termos da adoção. Assim, em uma análise preliminar, admitir que aquele que efetuou a declaração falsa, sem qualquer vício de consentimento, pode vir posteriormente em juízo requerer a anulação de tal ato, é afrontar o princípio de que ninguém pode alegar a própria torpeza a seu favor - *neminem auditur propriam tupiditatem allegans* -, consubstanciado no artigo 150 do Código Civil⁸.

Ademais, tal anulação prejudica os interesses, ao menos materiais, do filho, geralmente menor, que sequer participou do ato, instituindo verdadeiras paternidades temporárias, condicionadas ao sucesso da relação entre o declarante e a mãe do filho reconhecido.

Como pontua Miralda Dias Dourado de Lavor:

A permissibilidade do artigo 1604 do atual Código Civil (correspondente ao artigo 348 do Código revogado) não pode servir de estímulo a paternidades temporárias. A situação é muito comum ao término de concubinatos quando, então, o homem resolve requerer a anulação do reconhecimento da paternidade outrora efetuado, sob alegação de não corresponder à verdade. Embora acolhida por alguns Tribunais, a tese deve ser rechaçada, sob pena de se permitir a alegação da torpeza em benefício próprio e, ainda, sob pena de se inserir no ordenamento jurídico a figura do pai temporário. Além do que, o ato jurídico

⁸ Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

não viciado configura a chamada “adoção à brasileira”, que tal qual a adoção legal, deve ser tida como irrevogável.⁹

Esse posicionamento também é explanado por Arnaldo Rizzardo, quando salienta que o arrependimento do reconhecimento não justifica o ajuizamento da negatória de paternidade, já que “ninguém pode invocar a própria torpeza, ou beneficiar-se de uma ilegalidade praticada conscientemente”¹⁰.

Assim, uma vez feito o reconhecimento espontâneo, de forma consciente e sem qualquer vício de consentimento, não teria o pai (ou mãe) o direito de renegá-lo posteriormente.

Noutro norte, como já salientado, a família é considerada constitucionalmente como a base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado. A Carta Magna impõe a observância de uma absoluta prioridade aos interesses da criança e do adolescente, sem olvidar da preservação da dignidade da pessoa humana.

O advento da prova pericial do Exame de DNA, para fins de determinação do vínculo genético, propiciou o conhecimento da verdade real nas ações de estado. O bem jurídico tutelado no direito ao conhecimento da identidade genética é a descoberta da origem biológica do indivíduo, considerada um atributo inerente à personalidade humana; o direito ao nome de família, que aponta a sua ascendência genética; e o próprio estado de filiação, que implica, inclusive, na concessão de determinados direitos de cunho patrimonial.

O *verdadeiro* estado de filiação integra a identidade do indivíduo e está amparado constitucionalmente, por ser elemento da própria dignidade da pessoa, que é considerada como um dos fundamentos do Estado.

Conforme ressaltado, a inovação do artigo 1.601 do Código Civil enfatiza a intenção do legislador de privilegiar a busca da verdadeira paternidade e preservar a identidade e a dignidade do filho; embora seja certo que tal possibilidade também causa certa insegurança jurídica e prejudica os laços afetivos já existentes.

Mas também não é menos verdadeiro que, a partir do momento em que o pai registral busca desconstituir judicialmente a paternidade então estabelecida, tais laços afetivos já estão comprometidos.

Desse modo, a paternidade sócio-afetiva, na verdade, não tem como ser considerada nesses

⁹ LAVOR, Miralda Dias Dourado de. *A coisa julgada nas ações de estado de filiação*: a conciliação de institutos constitucionais. 2000. 59 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Processual)-Universidade de Uberaba, 2000.

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: lei nº 10.406 de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 502.

casos, pois os vínculos se romperam no momento em que se questionou a paternidade e, muitas vezes, a manutenção de tal paternidade, de modo impositivo, pode causar até uma animosidade prejudicial ao próprio desenvolvimento do filho.

Ana Paula de Barcellos lembra que “o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.”¹¹

E é exatamente sob esse prisma que se deve analisar essa questão. O direito à busca da verdadeira filiação advém da própria natureza humana e possui um caráter inviolável e universal, por integrar a identidade do indivíduo. É inquestionável que o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto extremamente relevante da personalidade individual e integra a própria dignidade da pessoa, que tem direito à sua identidade pessoal e ao nome familiar. Adriano de Cupis salienta que “a identidade constitui um bem por si mesma, independentemente do grau da posição social, da virtude ou dos defeitos do sujeito. A todo o sujeito deve reconhecer-se o interesse a que sua individualidade seja preservada.”¹²

Portanto, sendo a paternidade/maternidade verdadeira um atributo da dignidade humana, o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente garantido. E esse direito é uma via de mão dupla, tanto em relação ao filho, como aos pais.

Não se questiona que o filho sempre poderá buscar sua verdadeira paternidade ou maternidade, uma vez que possui o direito fundamental e imprescritível de conhecer a própria ascendência. Na verdade, o prazo constante no artigo 1.614 do Código Civil sequer deveria existir, pois, como ressaltado, a busca da verdade deve prevalecer sobre normas meramente processuais.

Também não se duvida de que, uma vez caracterizada a existência do vício de consentimento, o pai registral poderá anular a sua declaração viciada, independente dos laços afetivos que estejam estabelecidos.

Então, uma vez que se busca a preservação da verdadeira paternidade, que o direito à filiação – verdadeira - é um traço da própria identidade da pessoa, impedir a anulação do registro falso, ainda quando não demonstrado o vício, configura, na verdade, uma afronta à dignidade do pai registral e, principalmente, do filho, por perpetuar uma falsa identidade, já descaracterizada biologicamente.

Gustavo Tepedino, após analisar as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, relativas

¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146.

¹² CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 185.

à filiação, conclui que:

A imprescritibilidade das ações de estado, decorrente dos princípios caracterizadores da nova ordem pública constitucional, e agora positivada no art. 1601, parece suficiente para autorizar a desconstituição da presunção e a determinação da verdade biológica, ainda que incorrendo erro ou falsidade do primeiro registro, que se pretende cancelar”.¹³

A questão ainda é muito controvertida na jurisprudência, sendo que o entendimento até então majoritário de que a anulação da paternidade só é possível se o suposto pai tiver sido induzido a erro, registrando a criança por acreditar que é o pai biológico, parece estar modificando, no sentido de que a falsidade da paternidade biológica já configura um erro essencial, capaz de justificar a anulação do registro.

Vários julgados estão entendendo que a verdade registral fictícia não pode prevalecer quando descaracterizada pela verdade real e incontestável, baseada em prova de irrefutável credibilidade, como é o caso do exame de DNA.

Todavia, deve-se atentar para que essa prova pericial seja realizada com a observância dos requisitos pertinentes, pois a precisão de seus resultados depende dos cuidados recomendados na coleta do material, da quantidade de alelos analisados, assim como da capacidade técnica dos peritos e dos laboratórios.

Ademais, não se pode, sequer, alegar que o reconhecimento anteriormente feito está sendo anulado de forma unilateral, pois o caso submetido ao Judiciário observa a preservação do contraditório, e os direitos do filho estão sendo devidamente defendidos no trâmite processual.

3. Conclusão

É de se salientar que os aspectos da *quaestio* aqui analisada não são meramente legais, pois são evidentes as suas implicações sociais e psicológicas.

A admissão da negatória, em caso de comprovação biológica da falsidade da paternidade, sem a comprovação do vício de consentimento, em tese, afronta o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, além de trazer, em si, um potencial prejuízo ao filho.

De outro norte, verifica-se que o direito à verdadeira filiação é garantido constitucionalmente e a manutenção de uma paternidade falsa, em última análise, prejudica os interesses das partes envolvidas, mormente do filho, cuja identidade resta obscura e inescrutável.

¹³ TEPEDINO, Gustavo, op.cit., p. 462.

Note-se que a continuação da paternidade falsa pode, inclusive, causar situações esdrúxulas e perigosas, como a possibilidade de casamento entre irmãos.

E mais, em que pese o interesse particular das partes envolvidas, o estado de família, sobretudo o de filiação, é de interesse público, devendo-se, assim, buscar a verdade real.

Desse modo, uma vez caracterizado o erro substancial, qual seja, a paternidade registral que não condiz com a verdade dos fatos, deve-se admitir a sua modificação ou revogação, para adequar a verdade real à verdade jurídica do parentesco consanguíneo, já que o conhecimento da ascendência genética integra a identidade do indivíduo, é um traço de sua dignidade e, como tal, deve ser preservado e assim interpretado.

4. Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 5. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 11.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In Problemas de Direito Civil-Constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LAVOR, Miralda Dias Dourado de. *A coisa julgada nas ações de estado de filiação: a conciliação de institutos constitucionais*. 2000. Monografia (Pós-Graduação em Direito Processual) -Universidade de Uberaba, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: lei nº 10.406 de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.

4. TÉCNICAS

4.1. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Exmo (a). Sr.(a) Dr.(a) Juiz (a) de Direito da ____ Vara Cível da Comarca de XXX.

Pedido Liminar

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelo Promotor de Justiça infra-assinado, no uso de suas atribuições legais, com fulcro nos artigos 839 e seguintes, do Estatuto Processual Civil, vem ajuizar AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO em desfavor de XXXXXX, brasileiro, Vereador da Câmara Municipal de XXXXX, com endereço para citação na Av. XXXXX, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

1. Fatos

Através da portaria nº 019/2007, o Ministério Público instaurou, em 16 de maio de 2007, inquérito civil para apurar o conteúdo da representação formulada pela Sra. XXX, ex- assessora parlamentar do réu, que o acusava de diversas ilegalidades, entre elas a prática de ato de improbidade administrativa consistente na apropriação ilícita de parcelas remuneratórias de assessores parlamentares, *in verbis*: “Também posso informar que funcionários mais graduados da ASMUBE, inclusive a signatária da presente, eram também contratados como servidores comissionados no gabinete do vereador XXX, mas eram obrigados a repassar-lhe os salários recebidos nestes cargos.” (fls. 04- ICP).

Na instrução do inquérito, após a oitiva do Sr. XXX (fls. 28- ICP), o Ministério Público obteve a fotocópia de um documento (fls. 36- ICP), assinado com firma reconhecida, que supostamente seria um indicativo implícito da falsidade completa da notícia apresentada ao Ministério Público pela representante. Portanto, uma prova documental necessária ao completo deslinde do inquérito civil (apuratório, frisa-se, de possível enriquecimento ilícito do Vereador ao apropriar-se de salários de XXX e de outros ex-assessores parlamentares).

A fotocópia (fls. 36-ICP) em questão indicava o seguinte:

PEDIDO DE PERDÃO

[...]

Eu sei que nada pode remediar as minhas atitudes erradas. Quero se possível reparar todos os meus erros, custe o que custar, leve o tempo que levar, retratarei todas as falhas que cometi com você e principalmente com a ASMUBE.

Estou profundamente arrependida do que fiz, a minha alma chora só de pensar no que fiz e no quanto te decepcionei [...].

Durante a instrução foi juntada aos autos uma segunda fotocópia idêntica (fls. 106- ICP).

O Ministério Público buscou, no curso da instrução inquisitorial, haver a documentação original, objetivando, com isso, aferir, mediante prova pericial, se o indigitado “pedido de perdão” da representante foi eventualmente “montado”.

Essa diligência simples e rápida, todavia, ganhou incompreensível dificuldade.

Inicialmente, no ano de 2007, ao requisitar-se a documentação original ao Vereador (fls. 123-ICP), que possui o domínio do documento, foi laconicamente respondido o seguinte:

Em atendimento ao ofício de nº 1394/2007 – IC 019/2007, venho informar a V. Senhoria que o documento solicitado, bem todos os documentos relativos a Sr. XXX [...] se encontram com o Dr. XXX, advogado por mim contratado para ajuizar as ações judiciais pertinentes ao caso. O escritório profissional do dito advogado se localiza à Av. XXX. (resposta datada de 9 de julho de 2007 – fls. 131- ICP).

Em sequência, considerando a informação de que o documento original estaria sob a detenção do ilustre Procurador, novo ofício foi expedido, dessa vez em 10 de agosto de 2007 (fls. 136-ICP).

O ofício expedido foi recebido no Escritório de Advocacia em 23/08/07, pela advogada Dra. XXX.

Nenhuma resposta ou mesmo negativa motivada, entretanto, foi materializada.

Em vista disso, terceira reiteration do ofício ocorreu, em 28 de janeiro de 2008 (fls. 137-ICP), com aviso de recebimento em 01 de fevereiro de 2008 (fls. 137-verso ICP).

Novamente, total ausência de comunicação com o Órgão Ministerial ocorreu.

Então, em 4 de março de 2008, mediante ofício direcionado à autoridade municipal, o Vereador XXXXX, QUARTA REQUISICÃO foi expedida (fls. 138/139-ICP), indicando a incorreção da hipótese, no que se refere ao cumprimento da simples requisição ministerial – requisição de documento não coberto por qualquer espécie de sigilo, de conteúdo inclusive já conhecido.

A partir desse momento, em agilidade até então não verificada, os ilustres Procuradores, juntando aos autos nova fotocópia da documentação requisitada (o que não interessa obviamente), insinuaram, entre outros frágeis argumentos, que não há conveniência para a entrega do documento requisitado pelo Ministério Público e que, até mesmo, pasme, o inquérito civil não se prestaria a investigar lesão a patrimônio público, *in verbis*:

MERECE SER ESCLARECIDO QUE O DISPOSITIVO MENCIONADO (ART. 10 DA LEI 7.347/85) TRATA COM *EXCLUSIVIDADE DE QUESTÕES AFETAS_A RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE, AO CONSUMIDOR, A BENS E DIREITOS DE VALOR ARTÍSTICO, ESTÉTICO, HISTÓRICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO*. (fls. 141-ICP – grifo nosso).¹

Olvidam-se os nobres Advogados, neste ponto, da súmula nº 329 do Superior Tribunal de Justiça, de 2 de agosto de 2006: “O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.”

Alegou-se, ainda, que houve lesão, na requisição dirigida ao Vereador XXXX (quarta requisição descumprida), a prerrogativas legais dos advogados.

¹ Sobre o artigo 10, da Lei 7.347/85, segue anexado precedente do TJMG relativo a sua incidência, ao contrário do que afirmam os advogados às fls. 141-ICP, em hipóteses de requisições materializadas na defesa do patrimônio público.

Evidentemente, por se tratar de ilícito penal, na esteira do princípio da *ultima ratio*, o art. 10 tem análise e campo de incidência que vão além da simples constatação do ilícito civil decorrente do descumprimento da requisição e, portanto, não é abordado na presente ação, de natureza extrapenal e tendente, exclusivamente, a reunir os documentos necessários à plena instrução do inquérito civil.

Neste ponto, importante ressaltar que a interpretação conferida pelos ilustres causídicos é incorreta, já que o Ministério Público apenas investiga uma autoridade municipal que diz haver repassado documento não sigiloso aos mesmos.

Os próprios advogados, após a quarta requisição (direcionada ao Vereador) juntaram o documento “protegido” nos autos (fls. 142-ICP), o que expurga qualquer mínima idéia de ofensa, por exemplo, à prerrogativa de sigilo profissional dos advogados.

Entretanto, parecendo não haver uma leitura atenta da pretensão ministerial, juntaram os advogados mais um xerox, que, embora autenticado, é obviamente imprestável para a perícia já mencionada.

Deve-se ter em vista, assim, que a inviolabilidade dos advogados em nada, absolutamente nada, se confunde com o caso presente.

O próprio Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, por exemplo, permite que a busca e apreensão seja materializada em escritórios de advocacia (art. 7º, II), com a ressalva de que a mesma deve ser acompanhada por representante da OAB (dispositivo considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ADIN).

Tem-se, portanto, que o Ministério Público requisita ao Sr. XXX, ilustre autoridade municipal em XXX, documentação original, cuja requisição não é vedada ou desautorizada por Lei, para fins de perícia, e o mesmo se recusa a cumprir, confortavelmente amparado na justificativa de que o documento se encontra, por sua vontade, sob a detenção de seus advogados.²

Na hipótese, talvez, os advogados não tenham percebido que o Ministério Público pretende, há quase 1 ano, submeter o documento a simples perícia, para formar sua convicção sobre eventual “montagem”, tendente a mudar, artificialmente, os rumos do convencimento do próprio Ministério Público no inquérito civil sob exame.

Além disso, não custa sublinhar, que, caso a perícia indique, por exemplo, a inexistência de eventual “montagem”, esta prova será extremamente benéfica ao réu (para fins, inclusive, de possível arquivamento do inquérito civil e conseqüente análise, até mesmo, de crime de denúncia caluniosa perpetrado pela requerente, por falsamente haver dado causa à instauração do inquérito civil).

² Ademais, a se guiar pelo raciocínio dos nobres Advogados, muitas investigações existentes no Brasil estariam encerradas ao bel prazer do investigado: bastaria o mesmo repassar um documento não coberto por qualquer espécie de sigilo para seu advogado e estaria confortável e imediatamente desobrigado de fornecê-las ao Órgão público investigante. *Data venia*, uma interpretação que fere frontalmente o Estado de Direito e a Constituição da República Federativa do Brasil, como será demonstrado na fundamentação jurídica do pleito.

2. Alicerce jurídico do pedido

As requisições ministeriais têm amparo legal e constitucional:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VI - expedir notificações nos *procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los*, na forma da lei complementar respectiva;

LEI 8.625/93.

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) *requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

A grosseira demora na entrega dos documentos, que já dura quase 1 ano, paralisa a finalização do inquérito civil 19/2007 e, pior, aumenta a chance de ineficácia da perícia (que apenas buscará observar a existência ou não de adulteração, v.g., se a assinatura eventualmente foi lançada numa folha em branco e posteriormente existiu o lançamento do “pedido de perdão” de XXX {requerente}), certo de que o fator temporal em hipótese é preponderante, como se disse, para a eficácia da perícia.

PORTANTO, REQUER-SE:

a) na esteira da pacífica jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais,³ a concessão da MEDIDA LIMINAR de BUSCA E APREENSÃO, acompanhada de representante da OAB, restrita à obtenção do documento original assinado por XXXX, sob o domínio da autoridade municipal requerida – fotocópias anexadas às fls. 36, 106 e 142 do ICP, para posterior submissão do mesmo à perícia. O documento foi repassado pela ilustre autoridade municipal aos Drs. Advogados

³ Acórdão também anexado à petição inicial – nº 1.0000.00.288366-8/000 (1)

XXXX (OAB/MG XXX) e XXXX (OAB/MG XXX), estando guardado no escritório situado na Av. XXXXX.

b) seja citado o requerido para contestar a presente ação, sob o ônus processual da confissão ficta decorrente da revelia, e, após, seja acolhido o pedido, mantendo-se a entrega, como requerido, até o final da instrução do inquérito civil ou se for o caso até o julgamento da ação civil pública.

c) sejam, no local da diligência, também citados os ilustres Advogados, Drs. XXXX (OAB/MG XXX) e XXXX (OAB/MG XXX), para inteira ciência pessoal da presente relação jurídica processual.

d) seja o demandado condenado nas custas e demais despesas processuais.

e) seja deferida a produção de prova documental, consubstanciada nas cópias integrais do ICP 019/2007, que acompanha a petição inicial juntamente com os dois referidos acórdãos do TJMG.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100,00.

E. Deferimento.

Local e data

SEÇÃO IV – DIREITO COLETIVO E PROCESSUAL COLETIVO

SUBSEÇÃO I – DIREITO COLETIVO

1. ARTIGOS

1.1 A CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA

NIDIANE MORAES SILVANO DE ANDRADE
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade e ilegalidade da contratação de profissionais para o programa de saúde da família na forma indireta ou sem concurso público de provas e títulos. Inicia-se com uma breve análise histórica do referido programa, atualmente classificado como estratégia pelo Ministério da Saúde, evidenciando que a emenda constitucional 51/2006 e legislação posterior a respeito somente reforçaram o que já era evidente desde 1994: os profissionais das equipes de saúde da família não poderiam ser contratados sem a observância do quanto previsto no artigo 37, II da CF. Após demonstrar que não há argumento razoável e constitucional, nem mesmo de natureza orçamentária, a respaldar as contratações indiretas ou por prazo determinado, estas supostamente embasadas no artigo 37, inciso IX da CF, segue comentando as providências que poderiam ser adotadas pelo Ministério Público nos Municípios com a meta de combater as práticas ilegais apontadas anteriormente.

PALAVRAS-CHAVE: saúde; família; terceirização; contratação; temporária.

ABSTRACT: The present article aims at analyzing the unconstitutionality and illegality of the hiring of professionals for the Program of Family Health in an indirect manner or without a public entrance exam of tests and titles in Brazil. Initially, there is a brief historical analysis of the program, currently classified as a strategy of the Health Ministry, showing that the Constitutional Amendment nº 51/2006 and later legislation concerning this matter only reinforce what was already evident since 1994: the professionals from the staff of the Program of Family Health could not have been hired without accordance to the article 37, II of the Federal Constitution of 1989. After demonstrating that there is no reasonable and constitutional evidence, not even of a budgetary nature, to support the indirect or temporary hiring supposedly based upon the article 37, section IX of the Brazilian Federal Constitution. After, one comments

on the steps that could be taken by the Health Ministry in the cities and towns aiming at combating the aforementioned illegal practices.

KEY WORDS: health; family; outsourcing; hiring; temporary.

SUMÁRIO: 1. As políticas públicas na área de saúde. 2. Orçamento da União e habilitação dos Municípios. 3. A ilegal contratação de pessoal mediante *terceirização*. 4. A Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei nº 11.350/2006. 5. A fiscalização do Programa Saúde da Família e a revogação dos convênios ilegais. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. As políticas públicas na área de saúde

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e classificou expressamente a saúde como direito de todos e dever do Estado. Mas o artigo 196 da CF/88 foi além de uma previsão estritamente genérica, deixando claro que o dever do Estado compreendia não só proporcionar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção e recuperação da saúde, mas também a adoção de políticas sociais e econômicas visando à redução do risco de doença e outros agravos. Extrai-se do dispositivo que a meta a ser buscada pelo poder público é dupla: de um lado o atendimento universal e resolutivo dos indivíduos que apresentem doenças, de outro a prevenção sistemática das doenças e possíveis agravamentos, garantindo dessa forma o direito de estar e permanecer saudável:

Primeiro, saúde traz o conteúdo de ausência de doenças, e em segundo lugar, de ambiente circundante propiciador de bem-estar físico, mental e social. Em decorrência, o direito à saúde tem por conteúdo ações positivas e negativas estatais e da sociedade de caráter preventivo e curativo em face de doenças e outros agravos, bem como de políticas públicas compatíveis com esse fim último. (WEICHERT, 2004, p. 158).

Na esteira da meta constitucional, a Lei nº 8.080/90 detalhou as obrigações do poder público na área da saúde, impondo a reformulação das políticas públicas na época existentes:

Art. 2º - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste *na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais* que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º - O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (grifo nosso).

O Ministério da Saúde criou em 1991 o Programa Nacional de Agentes Comunitários de Saúde, que em 1992 passou a se chamar Programa de Agentes Comunitários de Saúde – PACS, precursor do Programa Saúde da Família – PSF, integrando-o a partir de 1994. O objetivo era implantar nos Municípios equipes multiprofissionais, com atuação vinculada a determinadas regiões geográficas, priorizando aquelas onde a população estivesse mais exposta a riscos sociais.

A Portaria GM1886/97 previa que as equipes de saúde da família seriam compostas por no mínimo um médico, enfermeiro, auxiliar de enfermagem e agentes comunitários de saúde (na proporção de um agente para, no máximo, 150 famílias ou 750 pessoas). O Agente Comunitário de Saúde deveria desenvolver atividades de prevenção de doenças e promoção da saúde através de visitas domiciliares e ações educativas individuais e coletivas.

A implantação do PACS e do PSF caracterizou uma mudança significativa no modelo de atenção básica à saúde até então adotado pelo Governo Federal, conforme destaca Bornstein (2006):

A partir de 1997 o PACS e o PSF passam a ser prioridades do Plano de Metas do Ministério da Saúde sendo que em documento de sua Secretaria Executiva⁸, o PACS é considerado uma estratégia transitória para o PSF. Por outro lado, nos documentos oficiais do Ministério da Saúde, o PSF é apresentado como uma estratégia que visa a reorientação do modelo assistencial, substituindo o modelo tradicional de assistência orientado para a cura de doenças e hospitalocêntrico, por um modelo cujas principais características são o enfoque sobre a família a partir de seu ambiente físico e social, como unidade de ação; a adscrição de clientela através da definição de território de abrangência da equipe; estruturação de equipe multiprofissional; a ação preventiva em saúde; a detecção de necessidades da população ao invés da ênfase na demanda espontânea; e a atuação intersetorial com vistas à promoção da saúde.

O próprio governo federal passou a denominar a saúde da família não mais como um programa, mas como uma estratégia, inclusive na Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Apesar disso, por se tratar da nomenclatura mais adotada pelos usuários e gestores, continuaremos neste trabalho a nos referirmos ao Programa Saúde da Família.

2. Orçamento da União e habilitação dos Municípios

A Constituição Federal, em seu artigo 198, I, impôs a descentralização das ações e serviços de saúde, com o obrigatório rateio pela União da porcentagem mínima do orçamento (artigo 77, ADCT), entre Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 198, § 2º, da Constituição Federal).

De acordo com a Lei nº 8.142/90, os recursos do Fundo Nacional de Saúde serão alocados para: a) despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta; b) investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional; c) investimentos previstos no Plano Quinquenal do Ministério da Saúde; d) cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Dentre os recursos a serem repassados para os demais entes federativos, setenta por cento cabe aos Municípios. A quantia de cada um depende de indicadores geográficos, de desenvolvimentos (IDH), atendimentos disponibilizados, entre outros. Como forma de controlar a aplicação dos recursos e garantir os padrões mínimos essenciais do Sistema Único de Saúde – SUS em toda a Federação, a União tem criado programas específicos para os quais o Município pode se habilitar, desde que demonstre o cumprimento de determinadas condições.

Para ser inserido no Programa Saúde da Família do Governo Federal, o Município deveria atender a três requisitos: 1) estar habilitado em alguma forma de gestão segundo a NOB/SUS 01/96; 2) apresentar ata de reunião do Conselho Municipal de Saúde em que se aprovou a implantação do programa; 3) solicitação do Município à Secretaria Estadual de Saúde¹. A partir da habilitação, o Município teria a prerrogativa de receber do Ministério da Saúde recursos financeiros de incentivo, proporcionais à população assistida pelas unidades de saúde da família, de acordo com critérios e prioridades definidos e pactuados pela Comissão Intergestores Tripartite.

Importante esclarecer que a NOB/SUS 01/1996 previa duas formas de gestão da saúde na esfera municipal: a) Gestão Plena de Atenção Básica – GPAB e; b) Gestão Plena do

¹ Portaria nº 1886/1997.

Sistema Municipal. Em seguida, a NOAS/ 2002 fixou duas formas de gestão no âmbito municipal: a) Gestão Plena de Atenção Básica Ampliada – GPBAB-A e; b) Gestão Plena do Sistema Municipal – GPSM. Atualmente está em fase de implementação o Pacto pela Saúde, apresentado pela Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006.

Conforme a Portaria GM nº 1886/97, era atribuição do Município ao aderir ao Programa Saúde da Família: recrutar os agentes comunitários de saúde através de processo seletivo, observando normas e diretrizes básicas do programa; contratar e remunerar os agentes comunitários de saúde e os enfermeiros, instrutores e supervisores; selecionar, contratar e remunerar os profissionais que integram as equipes; garantir a infra-estrutura e os insumos necessários para resolutividade das unidades de atendimento.

Incontestavelmente se trata de espécie de convênio entre a gestão federal e a gestão municipal, cujo objetivo é a prestação de serviços de atenção à saúde. Sobre os convênios administrativos, comenta Meirelles (2000, p. 371): “Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. O Decreto-Lei nº 200/67, tratando da descentralização da Administração Federal, autoriza a realização de convênios com as unidades federadas, desde que devidamente aparelhadas para executá-los:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

- a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
- b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio [...].

Nesse sentido dispôs o artigo 1º, § 2º, da Instrução Normativa STN nº 01/1997: “A descentralização da execução mediante convênio ou Portaria somente se efetivará para entes que disponham de condições para consecução do seu objeto e tenham atribuições regimentais ou estatutárias relacionadas com o mesmo”.

3. Da ilegal contratação de pessoal mediante terceirização

Apesar de todos os requisitos impostos pela legislação supramencionada, inúmeros Municípios brasileiros optaram por não realizar diretamente o objeto dos convênios

para implantação e gestão do Programa Saúde da Família. Tais Municípios celebraram supostos *convênios* com entidades da iniciativa privada, de natureza filantrópica, sem qualquer procedimento licitatório, através dos quais foram feitas as contratações de profissionais das diversas áreas.

A ilegalidade na gestão dos recursos do Programa Saúde da Família em tais casos era evidente desde o início, já que somente os Municípios aparelhados e com as condições necessárias para selecionar, contratar e remunerar os profissionais das equipes e garantir a infraestrutura e os insumos necessários para resolutividade das respectivas unidades poderiam ter se habilitado e receber os recursos federais. Como se percebe, não havia autorização para a contratação de funcionários pela via indireta, ou através da denominada *terceirização*, razão suficiente para afirmar que a atividade já descentralizada pela União não poderia ser subsequente descentralizada pelo Município para a iniciativa privada. Sobre o princípio da legalidade em direito administrativo, assevera Melo (2003, p. 95):

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos *meios* e *formas* nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.

Não fosse suficiente, ressalta-se que se os gestores municipais de saúde desejavam lançar mão de convênios com entidades da iniciativa privada, mesmo que filantrópicas, deveriam ter realizado o necessário procedimento licitatório, nos termos do artigo 116 da Lei nº 8.666/93: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Registramos, por ser oportuno, a flagrante inconstitucionalidade do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, prevendo a dispensa de licitação para contratos de prestação de serviços com organizações sociais, bem como dos dispositivos da Lei nº 9.637/98 acerca da qualificação de entidade como organização social e possível celebração de convênio para transferência de recursos e cessão de servidores independentemente de processo licitatório. Nesse sentido são dignos de transcrição os comentários de Melo (2003, p. 222):

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais

singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelos Estado, considerando-se bastante para tal a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de 'organização social'. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá o favorecimento de toda espécie.

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio).

Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1923, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores exatamente contra o inciso XXIV, artigo 24, da Lei nº 8.666/93 e artigos da Lei nº 9.637/98. Em voto acerca do pedido de cautelar para suspender os efeitos dos dispositivos, datado do dia 02/02/2007, o Ministro Eros Roberto Grau divergiu do relator Ministro Ilmar Galvão, concedendo a medida para suspender os efeitos do disposto no artigo 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, amparado na flagrante contrariedade ao artigo 37, XXI, da CF/88 e ao princípio da isonomia:

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a 'cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem'. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

O julgamento final do pedido cautelar, bem como da ADIn respectiva, ainda está pendente. Outro aspecto importante é que a assistência básica em saúde configura serviço essencial de relevância pública, a ser prestado diretamente pelo poder público. Dispõe o artigo 196 da CF/88 que a saúde é direito de todos e *dever do Estado*, enquanto o artigo 199, § 1º, da mesma Carta assevera que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, deixando incontestes a obrigação de execução direta do mínimo essencial pelo próprio ente governamental. A Lei nº 8.080/90 também menciona a função complementar dos serviços e ações da iniciativa privada no SUS:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde-SUS.

[...]

§ 2º - A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde-SUS, em caráter complementar.

Ainda é importante destacar que a participação em caráter complementar somente se justifica quando tratamos de ações que não seriam implementadas pelo poder público isoladamente. Nesse caso é conveniente buscar a cooperação de entidades da iniciativa privada, preferencialmente filantrópicas, fazendo uso da estrutura física e de pessoal já existentes para ir além dos serviços que o próprio Município presta diretamente.

Essa participação deve se dar de forma complementar à rede pública, ou seja, somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público. (WEICHERT, 2004, p. 199).

Abordando o tema parcerias na administração pública, Di Pietro (1996) reforça que o caráter complementar implica a prévia existência de infraestrutura mínima da entidade prestadora do serviço que será somada ao investimento público. Caso contrário não existirá um convênio, mas mera transferência da prestação que incumbe ao poder público para terceiros:

[...] não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação do serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que

estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.

Não obstante as inúmeras inconstitucionalidades, as administrações dos entes federativos têm investido na *terceirização* da maior quantidade possível de serviços e ações de saúde, até mesmo as de assistência básica, transferindo o seu papel constitucional e legal para entidades cujos estatutos sequer enumeram entre as finalidades de sua existência a prestação de serviços dessa natureza.

Mais grave é percebermos que a maioria dos referidos convênios do Programa Saúde da Família serve apenas para que o Município contrate pessoal sem concurso público, se esquive de adimplir com suas obrigações previdenciárias em razão da dispensa de contribuição do empregador quando se trata de entidade filantrópica, além de burlar a lei de responsabilidade fiscal. Com efeito, não raro a única função das entidades filantrópicas é formalizar as contratações e rescisões, além de preencher os cheques para pagamento. Enquanto isso, incumbe à Secretaria de Saúde: a) transferir todos os recursos financeiros para as despesas com pessoal, inclusive para os serviços de coordenação dos convênios e prestação de contas; b) fornecer a estrutura física de funcionamento das Unidades de Saúde da Família; c) tomar as decisões sobre quem e quando contratar ou demitir; d) estabelecer as diretrizes e acompanhar os serviços prestados nas Unidades Básicas de Saúde; e) avaliar os resultados.

Ao tempo em que frustra a regra constitucional relativa à obrigatoriedade do concurso público para o acesso a cargos, empregos e funções (artigo 37, II), esse procedimento abre espaço para a prática de atos de improbidade cuja fiscalização se torna extremamente difícil. Exemplo marcante é o controle da observância ao artigo 73, inciso V, da Lei nº 9.504/97, que veda a contratação, demissão, transferência, remoção ou exoneração de servidor público no período de três meses que antecedem o pleito eleitoral.

4. A Emenda Constitucional nº 51/2006 e a Lei nº 11.350/2006

Relevante mencionar que, em 2002, a Lei nº 10.507 havia criado formalmente a profissão de agente comunitário de saúde e seu artigo 4º foi responsável por parte do estímulo às terceirizações nos Municípios:

Art. 4º. O Agente Comunitário de Saúde prestará os seus serviços ao gestor local do SUS, mediante vínculo direto ou indireto.

Parágrafo único. Caberá ao Ministério da Saúde a regulamentação dos serviços de que trata o caput.

Diante disso, algo inserido no texto para dar-lhe certa flexibilidade, ante a possibilidade de imprevistos nas atividades específicas dos Agentes a exemplo das epidemias, tornou-se quase regra em muitos locais do Brasil para todos os cargos do Programa Saúde da Família. Para que não permanecessem dúvidas, veio a Emenda Constitucional nº 51/2006 dispondo de maneira taxativa a respeito do assunto no âmbito específico do programa saúde da família, já que o óbvio estava sendo sistematicamente ignorado:

Art 2º. Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, *os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados*, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal. (grifo nosso).

Em verdade, os outros profissionais do programa também devem ser contratados diretamente pelo Gestor Municipal ou Distrital. No entanto, a menção direta ao agente de saúde e ao agente de combate a endemias se deve ao fato das referidas funções serem a grande novidade do novo enfoque da política nacional de saúde. Médicos, enfermeiros, dentistas, auxiliares de enfermagem e de consultório dentário eram profissões já existentes nos quadros do poder público, indispensáveis à prestação dos serviços básicos. A Emenda nº 51/2006 acrescentou ainda os parágrafos 4º, 5º e 6º ao artigo 198 da CF/88:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

[...]

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

A Lei nº 11.350/2006 regulamentou o § 5º do artigo 198 reforçando uma vez mais que o vínculo entre a administração e os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias deve ser direto. Após enumerar os requisitos para o exercício da profissão e descrever as atividades a serem desempenhadas, estabelece que os agentes serão submetidos ao regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho, estando sujeitos à rescisão do contrato nas seguintes hipóteses (art. 10): a) prática de falta grave; b) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções pública; c) necessidade de redução de quadro de pessoal por excesso de despesa, nos termos do artigo 169, § 4º, da CF/88 e Lei nº 9.801/1999; d) insuficiência de desempenho apurada em procedimento com contraditório e direito a recurso.

Embora a legislação tenha fixado o regime da CLT para os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, nitidamente buscou resguardá-los de possíveis abusos do poder político dos gestores municipais a que se reportarem. Afastada a demissão sem justa causa, a Lei nº 11.350/2006 criou uma nova espécie de estabilidade. De outro lado, autorizou a rescisão caso o agente de saúde deixe de residir na área de atuação do PSF, critério essencial para sua admissão.

Resguardou-se ainda a situação daqueles que na data da publicação da Emenda nº 51/2006 estavam exercendo as funções de agente de saúde e agente comunitário de saúde, mediante contratação direta ou por *terceirização*. Para esses agentes é dispensada a exigência de submissão a processo seletivo público, desde que o órgão ou ente da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certifique a existência de anterior processo de seleção pública, com observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Note-se que a impessoalidade sempre foi diretriz operacional do Programa Saúde da Família e do combate a endemias, conforme Portaria nº 1886/97.

5. A fiscalização do Programa Saúde da Família e a revogação dos convênios ilegais

Apesar da nova legislação, em muitos Municípios a *terceirização* permanece, revelando-se necessária a atuação urgente do Ministério Público para fazer cessar a ilegalidade, seja através da assinatura de compromisso de ajustamento de conduta, seja através de ação judicial.

Inicialmente registramos que, exceto os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, em relação aos quais existe autorização para contratação pela Consolidação das Leis do Trabalho, os demais profissionais deverão ser submetidos a concurso público para o provimento de cargos efetivos nos Municípios. É imperativo que tanto os empregos públicos dos agentes, quanto os cargos dos demais membros das equipes sejam previamente criados por lei municipal.

Destarte, para um programa que já dura quase dez anos não se justifica a contratação por prazo determinado dos médicos, enfermeiros, dentistas, tampouco dos profissionais de nível técnico, auxiliares etc. Por inúmeros motivos não procede o argumento de que se trata de programa federal, que pode ser extinto a qualquer tempo, razão pela qual os Municípios estariam autorizados a celebrar contratos temporários ao invés de criar cargos, vejamos:

1 - o repasse de verbas federais de saúde para os Municípios, conforme já mencionado, é obrigação constitucional e legal, portanto deve continuar enquanto não tivermos em nosso país uma nova assembleia constituinte;

2- é improvável a repentina extinção e suspensão do repasse de recursos para um programa que cresce a cada dia como forma de praticar a assistência preventiva à saúde, sendo o seu fortalecimento estratégia prioritária na atenção básica (Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006);

3 - mesmo que o programa de saúde da família seja extinto, o Município terá de continuar prestando os serviços básicos de saúde, pois o artigo 30, inciso VII, da Constituição Federal dispõe que compete ao Município: “Prestar, com cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”;

4 - o Pacto pela Saúde delineado na Portaria GM/MS nº 399/2006, que tem como um dos objetivos principais a definição das responsabilidades sanitárias e de gestão entre os entes federados do SUS, classificou como uma das funções do Município “[...] assumir a gestão e executar as ações de atenção básica, incluindo as ações de promoção e proteção, no seu território”;

5 - os serviços básicos de saúde dependem, para serem prestados, dos mesmos profissionais das equipes de saúde da família, que já faziam parte dos quadros de pessoal da maioria dos Municípios, excluindo-se apenas os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias, para os quais a Constituição agora prevê regime celetista;

6 - se, apesar disso, algum dia se tornasse absolutamente necessária a demissão dos profissionais, por exemplo para observar a Lei de Responsabilidade Fiscal e o artigo 169 da CF/88, o Município poderia lançar mão da autorização para declarar a perda do cargo de servidores estáveis, respeitadas as providências prévias exigidas para tanto;

7 - o modelo de atenção básica à saúde não pode regredir e voltar a ser concentrado exclusivamente na cura de doenças, olvidando-se da prevenção, pois isso iria de encontro aos preceitos constitucionais e de direito internacional vigentes.

Não é demais lembrar que o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos², cujo artigo 5º não admite a restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte, preconizando o princípio da proibição de retrocessos:

Com isso estabelece-se também que, em matéria de direitos humanos, não se admitem regressões, por meio de revogação normativa, ainda que efetuada por diplomas jurídicos de hierarquia superior àquele em que foram tais direitos anteriormente declarados. (COMPARATO, 2004, p. 289).

O dispositivo veda não apenas a restrição ou suspensão formal de direitos humanos fundamentais, mas também retrocessos em políticas públicas que efetivem esses direitos. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais³, por sua vez, reconheceu o direito da pessoa humana de desfrutar do nível mais elevado possível de saúde física e mental, devendo os Estados Partes adotarem as medidas necessárias para assegurar a diminuição da mortalidade infantil; a melhoria da higiene do trabalho e meio ambiente; a prevenção de doenças epidêmicas, endêmicas e profissionais; a criação de condições para assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidades (art. 12). A Lei nº 8.080/90, em seu artigo 3º, densificou o conteúdo do direito constitucional à saúde materializado no artigo 196, tornando explícito o princípio da proibição de retrocessos no Brasil mesmo antes da ratificação dos Pactos. A esse respeito assevera Weichert (2004, p. 124):

Apesar de aparentemente conter uma declaração de valor apenas semântico, esse dispositivo, ao densificar o preceito constitucional, vincula a atividade legisferante e administrativa da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que não poderão desenvolver políticas sociais e econômicas que venham de encontro a esses interesses e, em consequência, prejudiquem

² Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/12/1992.

³ Também ratificados pelo Brasil através dos mesmos Decretos supramencionados.

a saúde. O direito à saúde engloba, assim, a exigibilidade de políticas econômicas e sociais que (a) não impliquem em retrocesso na sua promoção, proteção e recuperação e (b) acelerem a consecução desses fins.

Poder-se-ia indagar porque então a criação de cargos efetivos e não de empregos públicos, como autorizaram a Constituição Federal e a legislação subsequente para os agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias. Primeiramente porque se a Constituição autorizou a contratação apenas dos referidos profissionais pelo regime da CLT, deixando de incluir os demais, não o fez por acaso. Da mesma maneira ocorreu com os funcionários das empresas públicas e sociedades de economia mista, artigo 173, § 1º, inciso II, da CF/88. É diretriz básica de interpretação constitucional que não se deve desconsiderar qualquer palavra utilizada, pois a Constituição não possui palavras inúteis:

O intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do Texto Constitucional têm uma função e um sentido e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição, nem se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica. (BARROSO, 2004, p. 130).

Se a Constituição descreveu até detalhadamente o regime dos servidores públicos em seus artigos 39, 40 e 41, significa que tal regime prevalecerá quando não houver autorização para se adotar qualquer outro. Ninguém ignora o objetivo das garantias conferidas ao servidor público, que é principalmente a manutenção da impessoalidade, evitando assim a manipulação pelo gestor da ocasião em seu próprio proveito. Com propriedade assevera Melo (2003, p. 242) que diante disso e da possibilidade constitucional de existirem empregos públicos também na administração direta, conforme o artigo 51, IV, da CF/88, estes devem se limitar às atividades que apesar de desempenhadas sem as garantias do regime de cargo, não comprometeriam a impessoalidade no trato com os administrados:

Seriam, portanto, as correspondentes à prestação de serviços materiais subalternos, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo mecanógrafos, digitadores etc., pois o modesto âmbito de atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes falem as garantias inerentes ao regime de cargo.

Necessário observar que a solução para os agentes será diferente dos demais profissionais. Assim, o primeiro passo em relação a eles é levantar se foram submetidos à seleção

pública com observância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Caso a resposta seja positiva, o Gestor Municipal certificará tal condição a fim de conceder-lhes a dispensa de novo processo.

Realizada a certificação, o Município pode dar início às nomeações dos agentes de saúde e dos agentes comunitários de saúde, além de realizar concurso público de provas e títulos para os demais profissionais. Todos os que estiverem prestando serviços *terceirizados* deverão pedir demissão das entidades da iniciativa privada na mesma data em que tomarem posse como empregados ou servidores públicos, sob pena de incorrerem na vedação ao acúmulo de cargos, empregos ou funções. Isso porque os membros de equipes de saúde da família inegavelmente exercem função pública e, embora sejam contratados por interposta pessoa, estão diretamente subordinados à Secretaria de Saúde, que é a responsável pelo pagamento de seus salários.

Somente após o término do concurso público para provimento dos cargos e respectivas nomeações é que será viável a revogação dos convênios com as entidades privadas, evitando-se dessa forma a solução de continuidade na prestação dos serviços de saúde. Nessa fase de transição nos Municípios, a grande polêmica será o pagamento ou não das verbas rescisórias trabalhistas para quem não for aprovado ou não desejar tomar posse nos cargos ou empregos públicos criados pelo Município.

Diante da ausência de concurso público, parte da jurisprudência trabalhista tem aplicado a súmula 363 do TST e se posicionado a favor da nulidade do contrato entabulado por entidades privadas para o programa saúde da família, conferindo aos reclamantes direito tão-somente ao pagamento da contraprestação pelas horas trabalhadas e dos valores referentes aos depósitos do FGTS:

ENTE PÚBLICO. PROGRAMA DE SAÚDE DA FAMÍLIA. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL POR MEIO DE CONVÊNIO COM ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA. NULIDADE. O Programa de Saúde da Família já se consolidou no conceito de atividade permanente da Administração, não havendo justificativa para a contratação temporária de profissionais para a sua implementação. Cabe à entidade municipal, como responsável pelos aspectos operacionais do Programa, observar a regra moralizadora constitucional que lhe impõe contratar pessoal mediante concurso público. No caso, tem-se que a admissão do reclamante ocorreu sem a realização de certame e sob o intermédio de associação comunitária civil, a qual apenas serviu de fachada para o Município reclamado esquivar-se do mandamento previsto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Impõe-se reconhecer, nesse contexto, que a contratação se deu diretamente com o ente público, sendo

nula de pleno direito, de modo que o autor faz jus somente aos depósitos do FGTS, à vista do que foi pleiteado, e nos moldes delineados pela Súmula 363 do TST. (TRT 13ª Região - PROC. NU.: 00239.2006.009.13.00-0 - Recurso Ordinário)

Não obstante, há decisões favoráveis ao pagamento das verbas rescisórias, considerando o vínculo do empregado apenas com a entidade privada e não com a administração pública:

ENTE PÚBLICO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ASSISTENCIAIS DE SAÚDE – PROGRAMA FAMÍLIA SAUDÁVEL – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – 1. Se o legislador constituinte permite a formalização de convênios entre o poder público e a iniciativa privada e configurado que o caso é de atividade assistencial subsidiada pela União e implementada por associação de natureza civil, fica descaracterizada a delegação de serviços públicos ou mesmo a terceirização, porque se está diante de uma situação em que o particular praticou atividades privadas em nome próprio, com incentivo da União, em que o Município de Belém se limitou em repassar a verba advinda do Governo Federal - Ministério da Saúde, para implementação do Programa Família Saudável. 2. Inaplicável a Súmula nº 331, IV, do TST por não se vislumbrar a relação trilateral (empregado, empregador e tomador de serviços), visto que as pessoas jurídicas constituídas com a finalidade, dentre outras, de desenvolver atividades relacionadas à prestação de serviços de assistência de saúde suplementar, ante a relevância pública de seu mister, visto que o bem tutelado é a saúde e a vida, devem se submeter a ingerência estatal. Inteligência dos art. 197 a 199 da Constituição Republicana e Lei 8.080/90. (TRT 8ª R. – REXRO 00847-2005-008-08-00-4 – 3ª T. – Rel. Des. Luis José de Jesus Ribeiro – J. 23.11.2005)

Em artigo que aborda a ilegalidade da *terceirização* do Programa Saúde da Família e suas repercussões trabalhistas, Dantas (2007) discorda da decisão do TRT da 8ª Região:

Diante desse quadro, entendemos que o instrumento jurídico ('convênio' ou contrato) de terceirização da execução do PSF é nulo de pleno direito, configurando manifesta ilegalidade, além de ser usado como fundamento para outra prática ilegal: contratação de mão-de-obra pelo Poder Público, por meio de entidade civil interposta, com o intuito de fraudar direitos

trabalhistas, o que é vedado pelo art. 9º da CLT.

A finalidade desta prática é, geralmente, desvirtuar, impedir e fraudar direitos trabalhistas dos empregados contratados, bem como burlar a tão temida Lei de Responsabilidade Fiscal no que diz respeito ao limite de gastos com pessoal.

Sendo assim, entendemos que nesses casos deve ser aplicado o disposto no art. 9º da CLT, declarando-se a nulidade das contratações efetivadas pelos Municípios, por intermédio das entidades civis interpostas via convênios/contratos administrativo e sem a realização de concurso público (conforme exige o art. 37, II, da Constituição Federal).

6. Conclusão

A distorcida participação privada na prestação de serviços públicos de saúde definitivamente não contribuiu com o desenvolvimento do SUS, ao contrário, abriu inúmeras possibilidades de desobediência às normas constitucionais e legais. Além de todas as implicações acima enumeradas, pulverizou a responsabilidade pela saúde entre os gestores e os presidentes e diretores das entidades filantrópicas e favoreceu o desvio de finalidade dos recursos de aplicação obrigatória na saúde para outros setores, inclusive de assistência social. De fato, muitas das entidades filantrópicas cobravam dos Municípios a destinação de funcionários contratados com o dinheiro da saúde da família para a prestação de serviços administrativos e auxiliares em escritórios, creches etc.

Não há dúvidas de que a prestação direta dos serviços somente poderá beneficiar os usuários, além de tornar mais difícil a utilização dos recursos e profissionais de saúde para a autopromoção dos governantes locais. A experiência desastrosa da *terceirização* no programa saúde da família deve se tornar exemplo para a condução do sistema como um todo, fazendo com que gestores, legisladores e aplicadores do direito não se olvidem da natureza pública essencial dos serviços de saúde.

Muitos métodos supostamente direcionados ao aprimoramento dos serviços públicos e à participação social têm surgido na história recente da democracia brasileira, porém demonstram em pouco tempo o deliberado intuito de lesar o patrimônio e o interesse público, em detrimento da impessoalidade e da eficiência na gestão. A melhor técnica para evitar que tais práticas ilícitas se prolonguem e provoquem danos irreversíveis será a definitiva compreensão da Constituição Federal como unidade, bem como da incontestável força normativa que possuem os numerosos princípios nela inseridos.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORNSTEIN, Vera Joana. Concepções que integram a formação e o processo de trabalho dos agentes comunitários de saúde: uma revisão da literatura. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, n. 0203/2006. Disponível em: <http://www.abrasco.org.br/cienciasaudecoletiva/artigos/artigo_int.php?id_artigo=156>. Acesso em: 7 ago. 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Adriano Mesquita. A terceirização do programa saúde da família: prática ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1399, 1º maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9825>>. Acesso em: 15 ago. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

1º Acórdão.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. SERVIÇOS DE TELEFONIA. DETALHAMENTO DA COBRANÇA DOS PULSOS EXCEDENTES NAS FATURAS DE CONSUMO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. O art. 557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a negar seguimento a recurso quando a matéria em debate se refira a tema já pacificado nesta Corte. Alegação de violação direta e frontal dos arts. 2º, 5º, II, LIV, LV; 21, XI e 22, IV, da Constituição federal. Necessidade de exame prévio de norma infraconstitucional para a verificação de contrariedade ao Texto Maior. Caracterização de ofensa reflexa ou indireta. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 2ª Turma, AI-AgR 677951 / MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento 23/10/2007, Divulg. 31-01-2008).

2º Acórdão.

EMENTA: TRABALHISTA. EMPREGADO HORISTA. TURNO DE REVEZAMENTO. HORA EXTRA. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Imposição de multa de 10% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil. (STF, 1ª Turma, AI-AgR 672672 / MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgamento 27/11/2007, Divulg. 31-01-2008).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 ENSAIO SOBRE A EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO ECOLÓGICA

LILIAN FERNANDES MALLOY DINIZ

Assistente Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais

1. Acórdão

Relatora: Desembargadora Albergaria Costa

Apelação cível n. 1.0400.04.012174-3/001

Data da publicação: 16 de março de 2007.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL PERMANENTE. PROCESSO DE REFLORESTAMENTO NATURAL. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA.

- A indenização é cabível quando os danos verificados forem insuscetíveis de recomposição *in natura*. Se o escopo da lei é a reparação do dano ambiental, e no caso dos autos a sua restauração se mostra possível, é esta a providência ideal a ser determinada, pois através dela que se atinge o interesse indispensável e indisponível da sociedade em ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que, indiscutivelmente, não se substitui por pecúnia. O aspecto repressivo, frise-se, ficará a cargo da autoridade administrativa, na forma da lei. Recurso conhecido e parcialmente provido.

2. Introdução

As preocupações atinentes à proteção do meio ambiente, bem como em relação a sustentabilidade da vida, sobretudo em um contexto em que se tornou evidente a existência de uma crise ambiental, refletem-se no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina e jurisprudência.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, n. 6.938 de 31 de agosto de 1981 (PNMA), em seu artigo 3º, inciso I, traz a definição jurídica de meio ambiente: “conjunto de condições, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

Percebe-se, desde já, o quão abrangente é esta definição, na medida em que visa tutelar não somente a vida animal e vegetal, mas também a vida humana em um patamar de igualdade, comprometendo-se ainda a adotar uma visão já não mais antropocêntrica, tampouco biocêntrica (*deep ecology*), mas que poderia ser compreendida como um terceiro caminho: trata-se do *antropocentrismo alargado* (LEITE, 2003, p. 91), isto é, da superação do Humanismo. Importante ressaltar que essa nova compreensão acerca do ambiente diz respeito ao reconhecimento de uma situação de interdependência entre o ser humano e a natureza (ANTUNES, 1999, p. 21).

Também a Constituição da República de 1.988 procurou tratar da matéria dedicando um capítulo exclusivamente à tutela do meio ambiente. Em seu artigo 225, *caput*, dispõe que: “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”. Deste preceito normativo decorre o caráter *intergeracional* do direito fundamental nele expresso, assim como a necessidade de participação ativa da sociedade em consubstanciação com o Estado para a sua consecução.

Todavia, trata-se ainda de uma tendência evolutiva rumo à consolidação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inserido no rol de direitos de terceira dimensão.

Princípios ambientais jurídicos como os da prevenção, precaução e conservação têm sua efetividade reduzida, apesar de sua essencial implementação no curso das atividades relacionadas à exploração de recursos naturais. Resta, então, a adoção de medidas corretivas, tal qual o instituto da compensação ecológica em havendo ocorrido dano ambiental; pauta-se, pois, pela necessidade de medidas posteriores e de caráter reparatório.

Ocorre, porém, que essas lesões ou alterações ao meio ambiente, mostram-se por vezes irreversíveis, de forma a inviabilizar a sua recomposição integral. Sendo assim, opta-se pelas medidas de reparação do dano ambiental.

A primeira delas é a restauração natural ou integral do bem lesado, sempre ideal; enquanto a segunda, objeto desse trabalho, diz respeito à *compensação ecológica*, forma de restauração apenas subsidiária daquela e que consiste na indenização pecuniária ou na substituição do ambiente degradado por outro equivalente quando não é possível o retorno a situação anterior.

Contudo, a conversão do dano ambiental em valor pecuniário apresenta grande dificuldade devido à complexidade do meio ambiente compreendido enquanto

macrobem, vindo a justificar a polêmica acerca do instituto.

Cabe ainda destacar que, assim como o dano na esfera civil¹, a ocorrência do dano ambiental também resulta na obrigação de reparar, recuperar e/ou indenizar, sem que haja a necessidade de se comprovar a culpa, isto é, os meios probatórios não se fazem indispensáveis em razão da complexidade da lesão. Trata-se, portanto, da responsabilidade objetiva, que desempenha a função de obrigar o autor pelo dano causado à sua reparação, como também o de prevenir contra futuras lesões ao meio ambiente, respondendo o autor, concomitantemente, na esfera penal e administrativa, conforme determina o § 3º, do artigo 225, da Constituição Federal de 1988.

Esses apontados problemas que circundam a reparação do dano ao meio ambiente manifestam-se de forma particularmente grave no plano do controle ambiental das atividades modificadoras do meio ambiente.

Tais considerações indicam que, no estado atual da pesquisa sobre a reparação do dano ambiental, a análise da efetividade do instituto da compensação ecológica constitui tarefa ainda a ser empreendida para que se possa estabelecer critérios mais adequados de recomposição do interesse ambiental da coletividade em situações em que, tendo ocorrido o dano, não existe a possibilidade de recomposição do ecossistema lesado, ou naquelas em que se encontre presente significativos obstáculos à quantificação do dano em questão.

O presente trabalho tem como finalidade a investigação da efetividade do instituto designado *compensação ecológica*. Para tanto, julgou-se conveniente adotar o conceito elaborado por Beno Sander, para quem:

efetivo significa real, verdadeiro, que causa efeito concreto [...] refletindo a capacidade de resposta ou de atendimento às exigências da comunidade externa expressas politicamente. Em outras palavras, a efetividade é o critério de desempenho que mede a capacidade de produzir a solução ou resposta desejada pelos participantes da comunidade. (SANDER, 1982, p.13).

Com efeito, o conceito de efetividade não diz respeito simplesmente à realização da necessidade reconhecida pela norma, mas ao atendimento de necessidades e demandas sociais, expressas politicamente pela comunidade. Trata-se, assim, de um conceito com expressiva função crítica, implicando uma dialética permanente entre os objetivos postos nas normas e os anseios da comunidade.

¹ Conforme o art. 927 do Novo Código Civil, “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Torna-se possível compreender que a noção de efetividade está inteiramente associada à de necessidade ao corroborar a tese da Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin (1999) acerca das *necessidades humanas aos direitos*, uma vez que Sander preleciona que “[...] o conceito de efetividade supõe um compromisso com os objetivos sociais e as demandas políticas de uma comunidade” (SANDER, 1982, p. 13), enquanto a necessidade é tudo aquilo que é considerado essencial, indispensável, conveniente, ou subsistente por si mesmo (BAZZOLLI; BORBA; BORBA, 1988, p. 713).

Ao discorrer sobre a afirmação dos direitos, Norberto Bobbio sustenta que

a linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o reconhecido e protegido. (BOBBIO, 1992, p. 10).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado fora elencado como direito estritamente necessário à manutenção da sadia qualidade de vida, constituindo nova categoria de direito e tendo como pressuposto as mudanças das condições sociais é que faz-se mister averiguar se aquele instituto é capaz de assegurar o direito em tela.

3.Do dano ambiental

Para que possamos proceder ao estudo do instituto designado *compensação ecológica*, faz-se necessário, previamente, tecer considerações acerca do dano ambiental, devido a sua estrita conexão com o tema do presente trabalho.

O Estatuto Civil em seu art. 927 prevê que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL 2003, p.373), e ainda, em seu parágrafo único, assevera que “haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem” (BRASIL, 2003, p. 373).

Percebe-se, portanto, que a noção de prejuízo é correlata a de dano, isto é, este pressupõe a existência de lesão à direito de terceiro, e conseqüentemente a obrigação de repará-la ou indenizá-la, independentemente da averiguação da culpa, haja vista ter o ordenamento jurídico brasileiro adotado a teoria da responsabilidade objetiva. Com relação ao dano ambiental, embora não conceituado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, suas características podem ser compreendidas mediante a leitura

dos arts. 3º e 14, §1º, da Lei n.º 6.938/1981 que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, aplicando-se, da mesma forma, aquela teoria nos termos do art. 225, §3º, da Constituição da República de 1988.

O inciso II, art. 3º, da PNMA dispõe que a degradação deve ser compreendida enquanto alteração adversa das características do meio ambiente enquanto macrobem. O inciso III, do mesmo artigo, ao seu turno, esclarece que a poluição é 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. (BRASIL, 2002, p.564)

Consoante o §1º, art. 14, da Lei 6.938/1981, “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (BRASIL, 2002, p.568).

Em relação ao Direito Ambiental Internacional, merece especial atenção a Convenção de Lugano, acerca da *responsabilidade por danos resultantes de atividades perigosas para o ambiente*, afirmada pelo Conselho da Europa e assinada em 21/06/1973, embora não tenha ainda sido inteiramente aprovada. Seu artigo 2º, inciso 7, alínea c, concebe o dano ambiental enquanto “as perdas e danos resultantes de uma alteração do meio ambiente na medida em que não sejam considerados danos às pessoas e a seus bens”².

A análise conjunta e articulada desses termos nos permite aferir que é o dano ambiental “toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem” (LEITE, 2003, p. 104).

E ainda, segundo Morato Leite, percebe-se tratar de expressão ambivalente, porquanto se refere ao mesmo tempo a alterações do conjunto de elementos chamado meio ambiente, configurando-se enquanto lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado; e em uma segunda acepção, envolve os efeitos ou o modo como estas alterações repercutem na saúde das pessoas e em seus

² Dommage signifie: c) toute perte ou dommage résultant de l’altération de l’environnement, dans la mesure où ils ne sont pas considérés comme constituant un dommage au sens des alinéas a) ou b) ci-dessus, pourvu que la réparation au titre de l’altération de l’environnement, autre que pour le manque à gagner dû à cette altération, soit limitée au coût des mesures de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt>. Acesso em: 04 jul. 2003.

interesses (LEITE, 2003, p. 94).

Morato Leite (2003) preleciona, ainda, que as concepções em torno do dano vêm passando por transformações, principalmente quando se tem em vista a lesão causada ao meio ambiente, porquanto esta, além de complexa, pressupõe uma visão muito menos individualista, o que, de certo modo, dificulta o entendimento dos operadores jurídicos.

Entretanto, tal assertiva, a despeito de sua veracidade, não deve figurar enquanto impasse à perquirição e conseqüente aplicação da responsabilidade objetiva ao agente degradante. Nada obstante a complexidade que envolve o tema e as especificidades do dano ecológico, mister se faz adotar visão multidisciplinar e abrangente.

Neste diapasão, há que ser considerado quando do exame acerca da ocorrência de lesão ao meio ambiente, entre outros fatores, o efeito sinérgico ou a sinergia definida enquanto “fenômeno que ocorre quando a interação de duas causas provoca um efeito total maior do que a soma do efeito das duas, agindo separadamente. Por extensão, qualidade de qualquer fenômeno no qual um todo é mais ativo, eficiente ou produtivo do que a soma das duas partes (LIMA-E-SILVA *et al*, 2002, p. 217). Sinecologia, por sua vez, é compreendida como o “estudo ecológico de agrupamentos de organismos, como associações ou comunidades, em relação uma com a outra e com seu ambiente” (ART, 2001, p.487).

Ademais, faz-se necessário quando da ocorrência de dano ao meio ambiente, o exame do caso concreto e da gravidade da lesão, ressaltando mais uma vez a importância da adoção de critérios e análises de cunho interdisciplinares, isto é, tal exame deve sempre comportar perícia técnica, mediante a qual será possível apreender se houve ou não perda da capacidade do equilíbrio do meio ambiente ou de capacidade funcional. Importa afirmar que se deve tomar conhecimento, quando do exame, se fora ultrapassado o limite da tolerabilidade, uma vez que este “[...] significa o reconhecimento efetivo do dano ambiental, pois não é toda agressão que causa prejuízo” (LEITE, 2003, p. 189) ou que se reveste de ilicitude e da imediata aplicação da responsabilidade de recuperar o ambiente lesado.

4. Formas de recuperação do ambiente lesado

4.1. Da noção de recuperação ambiental

Enquanto a recomposição é definida como sendo a “restauração natural do ambiente, sem interferência humana” (LIMA-E-SILVA *et al*, 2002, p. 198) a recuperação ambiental tem significado antagônico dependendo, outrossim, de um “processo

*artificial*³ de recomposição de determinadas áreas degradadas ao seu estado natural original” (LIMA-E-SILVA et al, 2002, p. 198).

Diante da ocorrência de lesão ao bem ambiental, impõe-se imediatamente a aplicação da responsabilidade civil objetiva ou aquiliana ao agente degradante, a qual pode redundar em obrigação de fazer ou positiva, de recuperar o ambiente degradado, ou mesmo em uma abstenção por parte daquele agente como ainda na suspensão/interrupção das atividades nocivas. É evidente que as obrigações destacadas podem estar cumuladas em um mesmo caso.

Quando se tem em vista a recuperação do bem ambiental, especificamente, dada sua complexidade, uma vez que o mesmo manifesta-se como bem incorpóreo, imaterial, e como macrobem, isto é, “[...] um complexo de bens agregados que compõe a realidade ambiental” (LEITE, 2003, p 82), torna-se imprescindível, mediante avaliação técnico-científica, mensurar a amplitude do dano ocasionado – considerando o limite da tolerabilidade –, buscando-se quais sejam as medidas mitigatórias ou ressarcitórias almejáveis e cabíveis no caso concreto.

Conforme destaca Almeida, “a complicada questão ambiental remete-nos necessariamente a um estudo multidisciplinar, pois envolve problemas como desenvolvimento, qualidade de vida, tecnologia etc., tudo isso alicerçado sobre outras bases, como uma nova forma de relacionamento da própria ciência” (ALMEIDA, 1999, p. 95).

Uma vez constatada a perda da capacidade funcional do ambiente, coloca-se em primeiro plano e em decorrência do previsto no ordenamento jurídico pátrio (arts. 4º, inciso VII e 14, da Lei n.º 6.938/1981), verificar com rigor a viabilidade de adoção da recuperação ambiental específica ou *in natura*. Somente após ter sido descartada essa hipótese é que passamos a considerar sobre a aplicabilidade do instituto da compensação ecológica, isto é, quando verificada a impossibilidade de restauração das áreas comprometidas, buscar-se-á substituir o bem lesado por outro funcionalmente equivalente ou a adoção da reparação pecuniária.

4.2. Recuperação natural

Marie-Evè Roujou de Boubée preleciona que

[...] o dano, qualquer que seja, uma vez ocorrido se torna inafastável e irreversível, não se conseguindo jamais, na prática, fazê-lo desaparecer totalmente. A imposição de medidas

³ Grifo nosso.

destinadas à cessação do dano, em verdade, não pode suprimi-lo completamente: dele permanecem sempre traços e seqüelas. (BOUBÉE apud MIRRA, 2002, p. 285)

Do ponto de vista ecológico, portanto, a possibilidade de o ambiente lesado vir a ser recomposto deve ser de todo desconsiderada, ao passo em que cabe, novamente, diferenciar as noções de recomposição e recuperação.

Contudo, e como decorrência da teoria da responsabilidade objetiva, do princípio da responsabilidade, bem como do risco da atividade potencialmente poluidora, subsiste o dever de reparar o dano causado, sendo, para tanto, imperiosa a aplicação de mecanismos judiciais.

Nesse diapasão, a reparação específica ou *in natura* surge como forma de reparação do dano sempre ideal e que objetiva a “[...] reintegração, recomposição ou recuperação ‘in situ’ dos bens ambientais lesados” (LEITE, 2003, p. 209), isto é, busca-se “a reposição do meio ambiente no estado em que estaria se o dano não tivesse sobrevivido” (MIRRA, 2002, p.305).

Reputa-se ideal porquanto, consoante Mirra (2002), deve ser o primeiro mecanismo de reparação do dano ao meio ambiente a ser considerado e entre os procedimentos existentes, o mais apto a agir sobre o prejuízo.

Em linha análoga de raciocínio, a eminente Desembargadora Albergaria Costa ponderou que:

[...] se o escopo da lei é a reparação do dano ambiental, e sendo possível a sua restauração [...], é esta a providência ideal a ser determinada, pois é através dela que se atingirá o interesse indispensável e indisponível da sociedade em ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que indiscutivelmente não se substitui por pecúnia

Ressalta que, mais do que a necessidade de imposição de obrigação de indenizar (cominação de multa), “no campo ambiental, o que interessa é reparar o dano”.

Logo, escoreita a opção metódica adotada pela Turma Julgadora, bem como a fundamentação que embasa o decisório, tudo a propiciar a consecução da justiça ambiental.

4.3 Compensação ecológica

4.3.1. Conceito e espécies

A segunda modalidade de recuperação do ambiente lesado a ser considerada é a compensação ecológica, sendo esta sempre subsidiária com relação à recuperação específica, empregada em situações onde a repristinação ou o retorno ao *status quo ante* mostra-se inviável.

De conseguinte, a aplicação do instituto em epígrafe pode resultar tanto na substituição da área afetada por outra funcionalmente equivalente, como em indenização pecuniária pelo dano ambiental causado. Importante considerar acerca da possibilidade de coexistência, em um mesmo caso, das duas espécies de recuperação quando o dano é parcialmente reparável.

O instituto desdobra-se em quatro subespécies, quais sejam, a compensação jurisdicional, extrajudicial, pré-estabelecida ou normativa e fundos autônomos.

A primeira “[...] consiste em imposições colocadas através de sentenças judiciais transitadas em julgado, que obrigam o degradador a substituir o bem lesado por um equivalente, ou pagar quantia em dinheiro. É uma compensação imposta pelo Poder Judiciário, originária de uma lide ambiental” (DAGOSTIN *et al*, 2002, p. 485). Nesse caso, o valor *in pecunia* oriundo da condenação é destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDDD) por determinação do art. 13 da Lei n.º 7.347/1985 ao dispor que *havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados*. (BRASIL, 2002, p. 212)

A compensação extrajudicial dá-se por meio de um compromisso de ajustamento de conduta, previamente estudado, firmado anteriormente à tutela jurisdicional, o qual tem eficácia de título executivo extrajudicial conforme o artigo 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/1985. Em verdade, o ajuste de conduta é instrumento de caráter preventivo, uma vez que vislumbra afastar a ocorrência de lesão ao bem ambiental, contudo, na prática têm sido empregado enquanto medida compensatória, de reparação, como veremos adiante.

A terceira subespécie de compensação ecológica é aquela formulada pelo legislador, independentemente de imputações jurisdicionais e administrativas, estando, portanto, a parte do sistema da tripla responsabilidade, e que tem como finalidade compensar os

impactos negativos ao meio ambiente provenientes da sociedade de risco (DAGOSTIN *et al*, 2002, p.487).

O art. 36, §1º, da Lei n.º 9.985/2000, que estabelece o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), pode bem exemplificar a compensação pré-estabelecida, ao prever a obrigação por parte do empreendedor em casos de atividades de significativo impacto ambiental de apoiar a implementação e manutenção de unidade de conservação, destinando, para tanto, recursos em percentual a ser fixado pelo órgão ambiental licenciador e de acordo com o grau de impacto causado por tal empreendimento.

O art. 225, §2º, da Constituição da República de 1988 também trata de compensação ecológica pré-estabelecida, ao passo em que estabelece a obrigação por parte do agente que explora recursos minerais em recuperar o meio ambiente degradado, seguindo as determinações do órgão público competente.

Por fim, os Fundos Autônomos de Compensação Ecológica mostram-se enquanto meio alternativo de indenizar o ambiente lesado mediante o financiamento por potenciais agentes poluidores que pagam quotas de financiamento para a reparação. Consoante Paulo de Bessa Antunes, o aspecto positivo dessa subespécie de compensação reside em que “[...] o fundo facilita a reclamação do lesado e sua pronta indenização, sem os gastos adicionais e o demorado trâmite dos processos judiciais. Outra vantagem seria a de se poder utilizar o dinheiro do fundo quando os responsáveis pelo dano não puderem ser identificados” (DAGOSTIN *et al*, 2002, p.488).

Um exemplo desta quarta subespécie é o fundo japonês sobre indenização para danos corporais resultantes de poluição, por exemplo, financiado por taxas de licenciamento e impostos sobre veículos, presta-se ao auxílio daquele que, em decorrência de poluição atmosférica ou aquática, sofreu lesão à sua saúde tendo o direito ao recebimento de indenização relativamente aos gastos médicos e pensão por invalidez (DAGOSTIN *et al*, 2002, p.489).

4.3.2. Parâmetros para a aplicação do instituto da compensação ecológica

Diante da viabilidade de aplicação do instituto da compensação ecológica, coloca-se a necessidade de orientação por determinados critérios. Nesse sentido, Dagostin, Morato Leite e Shimidtz (2002) estabeleceram parâmetros a serem observados, de modo a garantir a efetividade do mecanismo em epígrafe.

Em um primeiro momento, deve-se proceder à valoração econômica do bem ambiental, levando-se em consideração o aspecto intergeracional do meio ambiente, bem como uma visão holística ou unificada sobre o mesmo. Imperioso, portanto, a adoção de

método que atenda a complexidade do bem em questão.

Igualmente relevante a obediência aos princípios da equivalência, razoabilidade e proporcionalidade. “A Comissão Européia, no Livro Branco, diz que a avaliação das indenizações deve utilizar como medida o custo da restauração, da reabilitação, da substituição ou da aquisição de recursos equivalentes, incluindo a compensação das perdas temporárias e os custos razoáveis da avaliação dos danos” (DAGOSTIN *et al*, 2002, p.489).

Por fim, destacam os autores sobre a importância em destinar o valor oriundo da compensação ecológica prioritariamente ao local onde ocorreu a lesão ambiental, diante da necessidade de haver relação entre o dano causado e a medida adotada.

5. Tutela inibitória

Ao considerarmos que o instituto jurídico da compensação ecológica não atende às especificidades do meio ambiente compreendido como macrobem, mormente com relação à recuperação ambiental, é que buscou-se na doutrina brasileira mecanismo que melhor atenda às necessidades socioambientais.

O professor da Universidade Federal do Paraná, Luiz Guilherme Marinoni (2000), sustenta a tese de que o ordenamento jurídico pátrio é propenso à existência de uma tutela jurisdicional que pretende designar *tutela inibitória*, sendo o seu fundamento legal o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça*⁴ à direito.”

Trata-se, consoante Marinoni (2000), a tutela inibitória de uma tutela jurisdicional eminentemente preventiva, voltada para o futuro, e que tem em vista coibir a prática de um ato ilícito, apresentando-se anteriormente à sua prática, ao passo em que é possível considerá-la enquanto uma tutela atípica. Diferentemente da tutela ressarcitória, a tutela inibitória tem lugar antes mesmo da ocorrência de uma lesão ou dano, buscando coibir sua prática, continuação ou repetição, não sendo destinada, necessariamente, à sua reparação.

Sobre a dificuldade em desfazer a associação entre o dano e a conduta ilícita, o jurista pondera que “[...] a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica na quebra do dogma – de origem romana – de que a única tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória”, salientando que tal confusão decorre de um “[...] árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – através da suposição de que o bem juridicamente protegido é a mercadoria, isto é, a *res* dotada

⁴ Grifo nosso.

de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão” (MARINONI, 2000, pp. 26 e 27).

A tutela inibitória tende a evitar o que o autor denomina *visão mercificante dos direitos*. De modo reverso, busca-se conservar a integridade de um dado direito, no caso, a do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, destacando-se não somente “[...] porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equiivale a dizer no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira” (MARINONI, 2000, p. 28). A mesma lógica deve ser aplicada à questão ambiental, implementando os mecanismos de atuação preventiva e de precaução contidos na Lei n. 6.938 de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente em detrimento da aplicação do instituto da compensação ecológica.

A sustentação de uma tutela inibitória do dano ambiental poderia apresentar-se utópica quando se tem em vista o contexto paradigmático científico atual e a difícil tarefa em conciliar desenvolvimento econômico e manutenção do equilíbrio ambiental, não fosse a utopia compreendida como instrumento crítico da realidade. Como bem assevera Alvarenga, “[...] o que mais importa numa utopia não é o que ela diz sobre o futuro, mas a crítica, com sentido profundamente transformador, que ela promove do presente” (ALVARENGA, 2004, p. 5).

6. Conclusão

A viabilidade e estruturação de um Estado de Direito Ambiental definido como “[...] a forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social, para alcançar um desenvolvimento sustentável orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural” (CAPELLA *apud* AYALA; LEITE, 2002, p. 25), pressupõe uma visão sistêmica ou holística do ambiente, e a ruptura definitiva para com o paradigma mecanicista ou newtoniano, sugerindo uma visão menos antropocêntrica da natureza.

Consoante Boaventura de Sousa Santos, o Estado de Direito Ambiental consiste em uma utopia democrática, “[...] porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela a carta dos direitos humanos da natureza” (SANTOS *apud* AYALA; LEITE, 2002, p. 21).

Nesta lógica, insere-se a necessidade de constituir métodos de recuperação do dano

ambiental que estejam envolvidos em maior grau de efetividade, sendo, contudo, mais coerente com a promoção da justiça ambiental, o implemento de mecanismos de precaução e prevenção daqueles danos, bem como de cidadania participativa ou a maior acessibilidade às informações e decisões ambientais. Parte-se do pressuposto de que o ambiente não é bem público, mas bem de interesse público, o que justifica a atuação conjunta da coletividade e da Administração Pública quando se tem em vista tutelá-lo.

Outrossim, medidas de polícia relativas à execução de atividades lesivas ao meio ambiente devem ser aplicadas com maior rigor; os órgãos da Administração Pública competentes para conceder o licenciamento ambiental devem primar pela fiscalização contínua das atividades que requerem tal procedimento, de modo a assegurar a efetividade dos princípios da precaução, atuação preventiva e conservação.

Em sendo assim, somente a partir da articulação dos sobreditos princípios e do combate ao déficit concernente às medidas de execução e fiscalização ambiental a consecução da justiça ambiental e do desenvolvimento sustentável, bem como o avanço no tocante à superação da crise ambiental, poderão ser concretizados.

Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

ALMEIDA, Humberto Mariano de. Mineração e meio ambiente na Constituição Federal. São Paulo: LTr, 1999.

ALVARENGA, Luciano José. Utopia: o legado indispensável do pensamento marxiniiano. Trabalho final da disciplina Organização do Espaço Urbano. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. *In*: LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ART, Henry W. Dicionário de ecologia e ciências ambientais. São Paulo: Editora UNESP: Companhia Melhoramentos, 2001.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BAZZOLLI, Marina Bortolotti; BORBA, Francisco da Silva; BORBA, Márcia Rodrigues. Dicionário da língua portuguesa Melhoramentos. São Paulo: Melhoramentos, 1988.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. Jarbas Soares Júnior; Fernando Galvão (Orgs.). Direito Ambiental Brasileiro na visão da Magistratura e do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO. Samuel Murgel. Ecolossistêmica; uma aborgagem integrada dos problemas do meio ambiente. 2. ed.. São Paulo: Edgard Blücher, 1999.

CAPELLA, Vicente Bellver. Ecologia: de las razones a los derechos. Granada: Ecorama, 1994. In: AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação. A ciência, a sociedade e a cultura emergente. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1995.

CONVENÇÃO DE LUGANO. Dispõe sobre a responsabilidade por danos resultantes de atividades perigosas para o ambiente. Conselho da Europa, 21 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.diramb.gov.pt>. Acesso em: 04 jul. 2003.

DAGOSTIN, Cristiane Camilo; LEITE, José Rubens Morato; SHIMIDTZ, Luciano Giordani. Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Dano Ambiental e Compensação Ecológica. São Paulo: IMESP, 2002.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 2 ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DIAS, Maria Tereza Fonseca GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re) Pensando a Pesquisa Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 4. ed. amp. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LAVIEILLE, Jean-Marc. Droit International de l'Environnement. Paris: Ellipses, 1998. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA-E-SILVA, Pedro Paulo de *et al.* Dicionário brasileiro de ciências ambientais. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. Individual e coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: *meio ambiente, consumidor; patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANDER, Benno. Administração da Educação no Brasil; é hora da relevância. Brasília: Educ. Bras., 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. In: AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. Direito ambiental na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

1. ARTIGOS

1.1 A SISTEMATIZAÇÃO LEGAL DAS CATEGORIAS DE DIREITO COLETIVO

ADIRSON ANTÔNIO GLÓRIO DE RAMOS

Bacharel em Direito

Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna

TÚLIO TEIXEIRA CAMPOS

Advogado

Mestrando em Direito pela Universidade de Itaúna

RESUMO: O advento da Constituição da República Federativa de 1988 instituiu no Brasil o Estado democrático de direito, diferenciado dos demais por ter uma ordem jurídica aberta, dinâmica e construtiva, proporcionando a transformação e a mudança da realidade social, tutelando direitos coletivos e individuais de forma ampla e irrestrita. Ao lado dos direitos individuais, construiu-se, pois, uma categoria dos direitos coletivos, cuja sistematização legal foi realizada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que apresentou, ao meio jurídico brasileiro, três espécies de direitos coletivos: interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*) e interesses ou direitos individuais homogêneos. Faz-se, neste texto, um exame de cada uma das três espécies relacionadas, com uma compreensão dos critérios legais que as compõem.

PALAVRAS-CHAVE: direitos individuais; direitos coletivos; direitos difusos; direitos individuais homogêneos.

ABSTRACT: In 1989, the Constitution of the Federative Republic of Brazil instituted the lawful democratic state, differentiated from the others for having an open, dynamic and constructive legal order, allowing transformation and change of the social reality, protecting broader and unrestricted collective and personal rights. Besides the personal rights, a collective rights category was then built, and later systematized by the Law nº 8.078, of September 11th, 1990. That Law presented to Brazilian legal environment three sorts of collective rights: diffuse interests or rights, collective interests or rights (*stricto sensu*) and homogeneous personal interests or rights. In the present text, we examine each of the three related kinds of collective rights, with an understanding of the legal criteria that compose them.

KEY WORDS: personal rights; collective rights; diffuse rights; homogeneous personal rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sistematização legal das espécies do direito coletivo. 3. Interesses e direitos. 4. Categorias do Direito Coletivo: critério de classificação. 5. Interesses ou direitos difusos. 6. Interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*). 7. Interesses ou direitos individuais homogêneos. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O sistema legal inaugurado no Brasil com o advento da Constituição da República Federativa de 1988 instituiu no país o Estado democrático de direito, diferenciado dos demais por ter uma ordem jurídica aberta, dinâmica e construtiva, proporcionando a transformação e a mudança da realidade social, tutelando direitos coletivos e individuais de forma ampla e irrestrita. O modelo funda-se na valorização da pessoa humana integrada ao meio em que vive. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a tutela dos direitos e garantias fundamentais, com vista ao bem comum, facultando a reivindicação dos pretensos direitos tanto no plano individual quanto no coletivo, sempre que ameaçados ou lesionados. Como leciona Mendes (2002, p. 207):

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, consagra o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, ao estabelecer que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. O princípio é considerado como fundamental para o Estado Democrático de Direito e, por isso, é tido como existente, ainda quando não previsto expressamente no texto da Carta, como foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em importante construção jurisprudencial.

O princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional é voltado, em primeiro lugar, para o legislador infraconstitucional, no sentido de ser assegurado o direito de ação. Deve, entretanto, ser interpretado, nos dias de hoje, como garantia efetiva de acesso à Justiça, tornando indispensável, assim, não apenas a proteção individual, mas, também, a tutela coletiva.

Isso deve ser interpretado em decorrência do próprio título do Capítulo I do Título II

da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trata *Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos*. E mais, essa forma de se tutelar direitos e garantias fundamentais é decorrente da própria estrutura social, que não mais é constituída exclusivamente por interesses individuais. Ao lado deles, há também interesses afetos à coletividade, donde falar, portanto, em uma forma de tutela também coletiva. Para Grinover (2006):

Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao meio 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.

A clássica *summa divisio* (direito público, direito privado) não seria, pois, adequada em diversas situações para regular os conflitos coletivos (ALMEIDA, 2006; MENDES, 2002; MANCUSO, 2004), haja vista que a sociedade anseia por uma efetiva justiça social por parte do Estado, diante de cidadãos politizados e cômicos de seus direitos, o que conduz à interferência do Estado na sociedade ou, ainda, desta no Estado. Esse estudo parte da sistematização legal das três categorias de direito coletivo na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a saber: interesses ou direitos difusos, interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*) e interesses ou direitos individuais homogêneos. A partir do texto legal, explica-se, inicialmente, a expressão *interesses ou direitos* sempre presente na conceituação de cada uma das espécies, para, posteriormente, dentro de cada uma das categorias, estudar os critérios objeto, subjetivo e origem dos *interesses ou direitos* coletivos (*lato sensu*).

2. Sistematização legal das espécies do direito coletivo

A sistematização legal das espécies do direito coletivo (*lato sensu*) está presente em alguns países¹, sendo, inclusive, objeto de estudo pelo Instituto Ibero-Americano de direito processual que acolheu, em 2002, em Roma, a proposta de Gidi, membro brasileiro daquele Instituto, de elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, o que se deu por ocasião do VII Seminário Internacional co-organizado pelo *Centro di Studi Giuridici Latino Americani* da *Università degli Studi di Roma – Tor Vergata*, pelo Instituto Italo-Latino Americano e pela *Associazione di Studi Sociali Latino-Americani* (GRINOVER, 2006).

¹ Nesse sentido, ver obra de Mendes (2002) e Grinover (2006).

Esse Código foi aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, como resultado dos trabalhos da comissão criada para esse fim, e a sua pretensão foi a de servir como repositório de princípios e ainda inspirar reformas, em países de cultura jurídica comum, de forma a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais (GRINOVER, 2006). Considerando-se o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, logo em seu artigo 1º, constata-se uma conceituação bipartida das espécies de direito coletivo (*lato sensu*):

Art 1º. Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Entretanto, a ordem jurídica brasileira², no parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, já consagrava antes mesmo daquele Código Modelo, 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. Referida norma preconiza:

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;

² Deve ser ressaltado que a Lei nº 8.078/90 precede a própria elaboração do Código modelo de processos coletivo para a Ibero-América.

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

É a partir da norma brasileira indicada que se pretende realizar um estudo da conceituação legal do direito coletivo.

3. Interesses e direitos

No estudo do conceito legal de direito coletivo (*lato sensu*), o primeiro aspecto a ser compreendido é a utilização pelo legislador das expressões *interesses* e *direitos*. Mendes (2002) acentua a discussão doutrinária quanto à equiparação ou não dos *interesses* aos *direitos*. Em relação à equiparação dos vocábulos, segundo Watanabe (2001), *interesses* e *direitos* teriam sido utilizados na lei como sinônimos. 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. O legislador teria empregado as palavras com o fim de evitar polêmicas interpretativas ou especulações no mundo jurídico que pudessem colocar em risco a efetividade da tutela desses direitos ou interesses massificados em prejuízo dos verdadeiros anseios e aspirações sociais.

Ainda que assim possa ser justificada a opção do legislador, para Gidi (1995), demonstraria a técnica escolhida um ranço individualista. Explica-se. Por algum tempo, a proteção jurídica conferida aos *interesses* haveria de estar relacionada a um titular determinado ou ao menos determinável – daí falar-se em direitos subjetivos –, donde inexistiria amparo quanto à pretensão em tutelar os interesses referidos a toda uma coletividade (WATANABE, 2001) tais como, por exemplo, educação, meio ambiente, saúde etc. Dessa maneira, amparado no Estado democrático de direito instituído no país pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, andaria melhor o legislador na utilização tão apenas do vocábulo *interesses* (GIDI, 1995). A proposta pela opção *interesses* seria expressão da massificação de ofensas que não mais podem ser referidas a único titular – inexistiria, portanto, a necessidade na determinação dos sujeitos dos direitos violados. Sendo assim, Alvim e outros (1995) entendem que *interesses* e *direitos* não possuem o mesmo significado.

Para compreender essa diferenciação pode-se partir do entendimento do termo *interesse*, muito bem estudado por Mancuso (2004, p. 18), cujo trabalho desenvolve-se desde uma abordagem quanto à concepção laica da palavra a um estudo quanto ao seu aspecto técnico. “Interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa”. Diante da diversidade de situações fáticas que possam exsurgir no plano real, os interesses variam, pois, livremente, com conteúdo axiológico amplo. Em sua acepção laica, a palavra representaria uma idéia de vantagem, albergando inclusive aquelas vantagens

ínfimas, insignificantes ou, na denominação dada por Mancuso (2004, p. 24), seriam interesses simples.

Esses interesses ‘simples’, ‘de fato’, ‘meros interesses’ caracterizam-se, pois, basicamente: a) pela impossibilidade de projeção além do campo psicológico do indivíduo, no sentido de que não são exigíveis, nem fazem derivar certos comportamentos de terceiros; b) pela introjeção de seus efeitos, visto que caberá sempre ao próprio indivíduo fruir da eventual obtenção da vantagem desejada ou suportar os ônus da tentativa frustrada; c) pela postura de “indiferença” que eles suscitam perante o Estado, bem como em face de terceiros, visto que o exercício de tais interesses não é defeso, nem fomentado. [...]

Desse modo, tem-se que esses meros interesses ficam, tecnicamente, apartados do conceito jurídico; tendo ficado no plano primário da ‘existência-utilidade’ sem terem ascendido ao plano ético-normativo, eles formam, inobstante, um enorme – e rico – repositório do que há de mais típico e arraigado no pensamento médio de uma coletividade. Não raro, aliás, desse contingente de interesses simples, “de fato”, se vale o legislador quando, ao inovar a ordem jurídica, procura auscultar o sentimento médio da coletividade a cerca de certo tema, a fim de que o novo direito não se ponha em contradição com valores que informamos interesses simples ali reinantes. Tais interesses aparecem, assim, como os ‘insumos’ ou os ‘fatos geradores’ do Direito *in fieri*, assim podendo, operar como *fatores jurídicos*.

Ao passar para o aspecto técnico da compreensão do interesse, no que se refere ao estudo do direito coletivo, podem ser ressaltadas várias conotações. Mancuso (2004) enfatiza o interesse social – que concerne à maioria da sociedade civil –, o interesse geral – que revela uma diferença de amplitude, sendo os interesses individuais, desde o momento em que possam ser compartilhados por uma comunidade, alçados a um plano mais geral – e o interesse público – no qual há o predomínio do interesse do Estado.

Na verdade, essas espécies de interesses estão sob o mesmo denominador comum chamado de interesses metaindividuais ou transindividuais. Essa transindividualidade, característica do direito coletivo, significa que os interesses são “[...] atinentes a certos grupos de pessoas que têm algo em comum” (CONSTANTINO, 2001, p. 27), mas que estão 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 afetados a uma coletividade, “[...] nascidos a partir do momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É *síntese*, antes que mera *soma*” (MANCUSO, 2004, p. 55). Grinover (2006) pretendeu inserir essa característica sob a denominação de *direitos de solidariedade* decorrentes dos interesses sociais:

Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a um *dare, facere* ou *praestare*, a teoria constitucional acrescentou uma terceira geração de direitos fundamentais, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos referidos interesses sociais. E, à medida em que o direito constitucional dá a esses interesses a natureza jurídica de direitos, não há mais razão de ser para a clássica discussão em torno dessas situações de vantagem configurarem interesses ou direitos.

Considerando, pois, a palavra *interesse*, inclusive em seu aspecto laico, pode-se compreender que a proposição de Alvim e outros (1995) quanto à divergência de significados entre os vocábulos empregados pelo legislador afasta-se do caráter individualista dos direitos subjetivos e direciona-se para interesses transindividuais, que vão além de um único centro de referência, seja relativamente ao objeto do direito material e/ou ao sujeito titular desse direito material. Em verdade o que ao fim pretendeu o legislador nacional foi uma proteção ampla de direitos e garantias fundamentais e, como forma de operacionalizar e facilitar essa proteção, dispôs no parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, das três categorias do direito coletivo (ou transindividuais).

4. Categorias do direito coletivo: critério de classificação

Para Gidi (1995), a caracterização das categorias do direito coletivo (ou transindividuais), previstas nos incisos do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dar-se-ia a partir de três critérios *legais*, a saber: a) objetivo, que se relaciona à divisibilidade ou não do direito material; b) subjetivo, em que se busca aferir a titularidade do respectivo direito ou interesse material; c) origem, através do qual é aferida a origem do respectivo direito ou interesse material. Os critérios legais objetivo e subjetivo são fundamentais na identificação dos interesses ou direitos difusos e interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*) – dispostos nos incisos I e II do parágrafo único da norma citada. Ao passo que a origem é essencial na identificação dos interesses individuais de caráter homogêneo.

5. Interesses ou direitos difusos

Segundo definição legal³, “[...] interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares, pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Assim, ao conceituá-los, o legislador optou, no que tange ao critério objetivo, por caracterizá-los como indivisíveis. Na lição de Moreira (1984, p. 188):

Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa projeção afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução seja qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária, incindível.

Ainda quanto ao objeto a ser tutelado pelo direito coletivo, é de se notar que esses interesses difusos não possuem um contorno definido em norma específica. São esses interesses fluidos, esparsos. Questões relativas à *qualidade de vida* podem ser discutidas em momentos diversos sob circunstâncias diferentes ou até mesmo iguais, pois esses interesses não se esgotam ou se extinguem em razão de seu exercício ou não exercício. Daí concluir-se que sua existência não pode ser afetada ou alterada pelo fato de serem ou não exercitados (MANCUSO, 2004).

Subjetivamente, essa categoria de direito coletivo (ou transindividuais) apresenta uma indeterminação dos titulares, sendo os interesses ou direitos tutelados em razão de um

³ Inciso I do parágrafo único do artigo 81 da Lei n. 8.078/90.

mesmo fato ou ato jurídico, inexistindo uma relação jurídica base entre os titulares. Os interesses ou direitos difusos não pertencem a uma pessoa ou grupo limitado de pessoas, mas sim a um número indeterminado de pessoas – ou ao menos de difícil ou impossível determinação – que não estão ligados necessariamente por vínculo jurídico definido (MOREIRA, 1984). Esse aspecto de indeterminação subjetiva coloca ênfase na relevância, em si, do interesse tutelado, não mais se admitindo que a tutela jurídica somente possa ser efetivada se os interesses jurídicos forem referíveis a um titular determinável, titularizados claramente. Altera-se, assim, sobremaneira o esquema tradicional burguês, pois a relevância jurídica do interesse está no fato de ele referir-se a uma pluralidade indeterminada de sujeitos e não mais ser ele afetado a um titular específico, determinado (MANCUSO, 2004, p. 95).

Quer dizer, se o *interesse* é sempre uma *relação* entre uma pessoa e um bem (*quod inter est*), no caso dos interesses difusos essa relação é super ou metaindividual, isto é, ela se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito, e um dado bem de vida ‘difuso’, como objeto. Certo, pode suceder que esses interesses, num caso concreto, venham a ser veiculados, exteriorizados por um dos sujeitos ou uma entidade (o *ente esponenziale* a que alude a doutrina italiana), mas isso não altera a *essência* dos interesses, que permanecem ‘difusos’, pelo fato de se referirem a toda uma coletividade, indistintamente. De outra parte, visto que os interesses difusos se encontram ainda num estágio ‘fluido’, de formação, no seio da comunidade, impõe-se não confundi-los com aqueles interesses que, conquanto afetados à sociedade civil, já mereceram enquadramento específico no sistema jurídico e não comportam controvérsia em nível indivíduo *versus* indivíduo: pense no interesse à defesa comum, à ordem pública, à saúde pública.

Como observa Ada Pellegrini Grinover, ‘o único problema que esses interesses podem suscitar se situa na perspectiva clássica do conflito, autoridade *versus* indivíduo’. Ao passo que por interesses difusos se devem compreender aqueles que podem ser invocados por qualquer indivíduo, ou por todos os indivíduos por eles afetados, indistintamente e ao mesmo tempo, contrapondo-os entre si.

Como exemplo, podem-se citar os destinatários de propaganda enganosa, veiculada em painéis publicitários, jornais, revistas ou televisão, ou exploração predatória da Amazônia.

6. Interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*)

Conforme a definição legal, os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* são 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 base⁴. O primeiro ponto a ser destacado é a compreensão da expressão *relação jurídica base*.

Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão. (WATANABE, 2001, p. 742).

Essa relação jurídica une, como apontado, os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas lesadas ou ameaçadas entre si ou com a parte contrária e precede eventual relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão. Contudo, não significa que a relação jurídica base refira-se a uma organização preexistente. Até mesmo porque, essa organização, se pré-existente, seria relativa a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si e não na hipótese de direitos atinentes a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária (WATANABE, 2001). Tal qual direitos ou interesses difusos, em seu aspecto objetivo, os direitos ou interesses coletivos são caracterizados pela indivisibilidade, o que significa que a proteção conferida a qualquer grupo, estende-se, em razão do objeto tutelado, a pessoas que não pertençam ao grupo⁵, já que o objeto é único.

A título de exemplo tem-se a atualização de mensalidades escolares, cujo índice ou percentual aplicado é objeto de ação ajuizado por associação de pais. Nesse contexto, uma sentença proferida terá efeitos *ultra partes* (além das partes), beneficiando todas as vítimas lesadas (WATANABE, 2001). O aspecto subjetivo dessa categoria de direitos ou interesses coletivos (*lato sensu*) é o que a diferencia dos direitos ou interesses difusos. Naquela, os titulares dos direitos ou interesses seriam um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, o que os faz, ao menos determináveis. Nela, inexistente qualquer determinação dos titulares.

⁴ Inciso II, do parágrafo único do artigo 81 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁵ Nesse sentido, confira o disposto no inciso II do artigo 103 da Lei n.º 8.078/90.

7. Interesses ou direitos individuais homogêneos

O inciso III do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/90 define que os interesses ou direitos individuais homogêneos como sendo os decorrentes de origem comum. Em seu aspecto objetivo, esses interesses são perfeitamente divisíveis e distinguíveis entre seus titulares. E, subjetivamente os titulares de direitos individuais homogêneos seriam “[...] pessoas perfeitamente individualizadas, que também podem ser indeterminadas, mas determináveis sem nenhuma dificuldade” (ALMEIDA, 2003, p. 491). Há, na verdade, uma pluralidade de sujeitos (determinados) e ainda a possibilidade de divisão de objetos em unidades autônomas. Assim, significa afirmar que a transindividualidade tanto objetiva quanto subjetiva não é critério fundamental para se identificar os direitos individuais homogêneos. Tanto que Lenza (2003) chega a qualificar essa transindividualidade, no caso dos interesses individuais homogêneos, como artificial ou legal. No caso específico dos direitos individuais homogêneos diz tratar-se de interesses 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, 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 representada por um ou vários acontecimentos que atinjam 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.

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 e que muitas vezes passa despercebido ao intérprete da norma, 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.

Na realidade, essa categoria de direito coletivo representa direitos individuais que

recebem a tutela coletiva – em razão da origem comum – podendo-se elencar como vantagens o fato de evitar a dispersão das vítimas da lesão ou ameaça de lesão bem como decisões conflitantes e não sobrecarregar o Poder Judiciário com demandas atomizadas. Portanto, “[...] a rigor, não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas apenas apresentam ‘certa uniformidade’ (ARANTES, 1999, p. 88)”, ou seja, são transindividuais por ficção jurídica. Nesse sentido, Vigliar (apud LEONEL, 2002, p. 147):

[...] 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.

Moreira (1991) chega a qualificar essa categoria de direito coletivo como acidentalmente coletivos, uma vez que são eles perfeitamente individualizados; por outro lado, aqueles direitos ou interesses difusos ou coletivos (*stricto sensu*) seriam essencialmente coletivos, dada a indivisibilidade objetiva.

Watanabe (2001, p. 745) cita o seguinte exemplo:

As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.

8. Considerações finais

A massificação de lesões ou ameaça a lesões em direitos ou interesses coletivos (metaindividuais) fez surgir a necessidade de uma tutela coletiva a esses direitos, materializada desde o texto constitucional de 1988 – no Capítulo I do Título II – e, mais pormenorizadamente no artigo 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Essa materialização da tutela coletiva a direitos ou interesses lesados ou ameaçados foi feita a partir de três espécies legais: direitos ou interesses difusos, direitos ou interesses coletivos (*stricto sensu*) e direitos ou interesses individuais homogêneos.

O legislador brasileiro contemplou na previsão legal interesses lesados ou ameaçados sem necessariamente serem referidos a titulares específicos, daí a tutela, inclusive, a

interesses coletivos. Por fim, a categorização legal das espécies do direito coletivo (ou transindividuais), previstas nos incisos do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dar-se-ia a partir de três critérios, a saber: a) objetivo, que se relaciona à divisibilidade ou não do direito material; b) subjetivo, em que se busca aferir a titularidade do respectivo direito ou interesse material; c) origem, através do qual é aferida a origem do respectivo direito ou interesse material.

Os critérios legais objetivo e subjetivo são fundamentais na identificação dos interesses ou direitos difusos e interesses ou direitos coletivos (*stricto sensu*) – dispostos nos incisos I e II do parágrafo único da norma citada. Ao passo que a origem é essencial na identificação dos interesses individuais de caráter homogêneo.

9. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito coletivo brasileiro*: autonomia metodológica e superação da summa divisio direito público e direito privado pela summa divisio constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual. 2006. Tese (Doutorado)– Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

ALVIM, Arruda et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista brasileira de ciências sociais*, v. 14, n. 39, fev. 1999.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Ação civil pública: a defesa dos interesses metaindividuais em juízo, pelo Ministério Público e entidades co-ligadas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. a. 2, n. 10, p. 26-29, mar./abr. 2001.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código modelo de processos coletivos para a Ibero-América*: exposição de motivos. Disponível em: <<http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2077>> Acesso em: 28 dez. 2006.

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.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. (Coleção Temas Atuais em Direito Processual Civil).

_____. *O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=158> Acesso em: 28 dez. 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *RePro*, São Paulo, n. 61, jan./mar. 1991.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

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.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

Acórdão.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal. (STF, Tribunal Pleno, RE 424993 / DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento 12/09/2007, Divulg. 18-10-2007).

2º Acórdão.

EMENTA: AÇÃO POPULAR. CONTRATO DE RISCO ENTRE A PETROBRÁS E A PAULIPETRO (CONSÓRCIO “CESP” E “IPT”). NULIDADE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO CENTRAL: OFENSA AO ART. 2º DA LEI Nº 4.717/1965. ALEGADA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO STJ PARA APRECIAR LITÍGIO ENTRE A UNIÃO E O ESTADO DE SÃO PAULO, ASSIM COMO PARA JULGAR MATÉRIA CONSTITUCIONAL SOB RESERVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO; DESCABIMENTO DA ALEGAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO DO INCISO LXXIII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988. INEXISTÊNCIA. GARANTIAS DA AMPLA DEFESA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO ACESSO À JURISDIÇÃO, DA IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA E DA IRRETROATIVIDADE DA LEI. NÃO-VIOLÊNCIA. OFENSAS APENAS INDIRETAS À CF/88, ACASO

EXISTENTES. RECURSOS EXTRADORDINÁRIOS NÃO-CONHECIDOS. 1. A alegada incompetência absoluta do STJ para apreciar litígio entre a União e o Estado de São Paulo não passou pelo crivo do Tribunal de origem e não foi suscitada em sede de embargos declaratórios. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF, pela evidente falta do requisito do prequestionamento. 2. Descabimento da alegação de incompetência do STJ para resolver matéria sob reserva do Supremo Tribunal Federal. Ausência de questão constitucional apta a sustentar, só por si, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Os únicos dispositivos constitucionais expressamente referidos no acórdão do TRF foram o inciso LXXIII do art. 5º da CF/88 e o § 1º do art. 168 da CF/67 (redação da EC 01/69). Ainda assim, nenhum deles teve a força de sustentar a decisão colegiada então lavrada. Decisão que se apoiou, visivelmente, na interpretação conferida a dispositivos de índole infraconstitucional (Leis nºs 4.717/65 e 2.004/53). 3. O acórdão recorrido não invocou nenhum direto comando constitucional para nele fazer repousar a decisão afinal proferida. Controvérsia decidida à luz dos enunciados que se lêem na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e na lei de criação da PETROBRÁS (Lei nº 2.004/1953). Igualmente descabida é a alegação de que a causa foi decidida com base no inciso LXXIII do art. 5º da CF/88 e no § 31 do art. 153 da CF de 1967, com a redação da EC 01/69. 4. As pretendidas ofensas aos incisos XXXV, XXXVI, XL, LIV e LV do art. 5º da CF/88 também não ensejam a abertura da via extraordinária. Tais violações, se de fato existentes, se caracterizam, em regra, pelo seu modo simplesmente oblíquo ou reflexo de preterição de constitucionalidade. Precedentes. Jurisdição prestada de forma consentânea com o Texto Magno. 5. Ao STJ compete, em grau de recurso especial, operar como soberana instância do exame da validade dos atos administrativos, tomando como parâmetro de controle a lei federal comum (inciso III do art. 105, com as ressalvas já indicadas). Já ao STF, o que lhe cabe, em grau de recurso extraordinário, é atuar como soberana instância do controle de constitucionalidade desses mesmos atos de protagonização oficial (art. 102, III, também com a ressalva da matéria de que se nutre a alínea d). Por conseguinte, duas jurisdições que se marcam pela mesma estampa da soberania, somente passíveis de coexistência pelo fato de que atuam em diferenciados espaços de judicialização. Recursos extraordinários não conhecidos. (STF, 1ª Turma, RE 479887 / RJ, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento 07/08/2007, Divulg. 30-10-2007).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA DE NATUREZA PROCESSUAL COLETIVA, ORIUNDA DO E. TJ/MG

MARCUS PAULO QUEIROZ MACÊDO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestrando em Direito pela UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Número do processo: 1.0040.07.054645-8/001(1)

Relator: Alvim Soares

Relator do Acórdão: Alvim Soares

Data do julgamento: 19/02/2008

Data da publicação: 04/03/2008

Inteiro teor:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR INDEFERIDA - COBRANÇA DE “TARIFA” DE ESGOTO - TAXA - CONTRAPRESTAÇÃO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. “A denominação de taxa ou tarifa, embora de conceituação diferentes, tem cabida se, efetivamente, o serviço é prestado, porquanto, mostra-se injusto a arrecadação de qualquer tributo, se inacontece a satisfação integral da prestação dos serviços para todos os habitantes da cidade”.

AGRAVO Nº 1.0040.07.054645-8/001 - COMARCA DE ARAXÁ - AGRAVANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): CIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALVIM SOARES.

ACÓRDÃO:

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª 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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008.

DES. ALVIM SOARES - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. ALVIM SOARES:

VOTO

Conheço do agravo de instrumento interposto, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Perante a Primeira Vara Cível da comarca de Araxá, o Ministério Público de Minas Gerais, aqui agravante, aviou em desfavor da Cia. de Saneamento de Minas Gerais - COPASA-MG, ora agravada, ação civil pública, articulando que a predita sociedade de economia mista “vem cobrando compulsoriamente, no corpo da conta de água dos consumidores da cidade de Araxá, uma “tarifa” de esgoto, em montante correspondente a 45% do valor da tarifa da água medida a partir do efetivo consumo, a título de contraprestação pelo suposto fornecimento, por parte dela, de serviços de tratamento de esgoto sanitário, em decorrência dela ser a concessionária do respectivo serviço público desta cidade”; discorreu o Órgão Ministerial na exordial do feito principal, que “[...] a Copasa, ao ser questionada pelo Ministério Público acerca da cobrança da “taxa” de esgoto dos cidadãos araxaenses, respondeu, através da Comunicação Externa nº 156/PRGE (documento juntado), que o faz na condição de concessionária do respectivo serviço público, não se tratando de uma “taxa”, no sentido jurídico do termo, mas sim de uma “tarifa”. Portanto, o que se deduz desta resposta é que à referida cobrança não se aplicam os princípios constitucionais da tributação, por se tratar de relação jurídica contratual, cuja natureza jurídica é de direito privado, tratando-se, apenas e tão somente, da cobrança de uma contraprestação (“tarifa”) por um serviço que deve efetivamente ser fornecido”; articula mais, que “taxa é uma espécie do gênero tributo, de natureza compulsória e que somente poderá ser arrecadada em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestados ao contribuinte, ou postos à sua disposição”; continua o então autor da ação principal, elucidando que “a tarifa, por sua vez, decorre de uma relação jurídica de direito privado, contratual, e presta-se a remunerar serviços prestados em caráter não compulsório, ou seja, de utilização facultativa pelo consumidor”; após, longo discorrer, elencou os pedidos que, ao seu talante, deveriam ser atendidos, inclusive, concessão de liminar; sobreviera, a decisão interlocutória aqui fustigada (fls. 20-22TJ) indeferindo a pretensão liminar pretendida; daí, fluíra a presente recalcitrância recursal.

Regularmente intimada, a agravada acudiu ao chamamento judicial e ofertou a contraminuta encartada às fls. 95-106TJ; a douta Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se através do parecer emoldurado às fls. 165-184TJ, opinando pelo provimento parcial desta irresignação recursal, “... para determinar à agravada que se abstenha de cobrar a tarifa de esgoto dos consumidores/usuários da cidade de Araxá/MG que não estiverem sendo servidos por ela com o tratamento do esgoto coletado até final julgamento da ação civil pública”.

Data maxima venia, não merece pontificar a preliminar erigida quanto ao infringimento

do contido no artº 525, Inc. I, do pergaminho instrumental civil; alude, sobre ausência de cópia obrigatória do instrumento de procuração de seu patrono; ora, tal ausência é suprida plenamente pela apresentação da contraminuta subscrita pelo mesmo patrono, além do que, observa-se que a peça contestatória igualmente fora firmada pelo mesmo profissional, que, aliás, firma também, as contra-razões do recurso manejado; logo, de fácil constatação que, inegavelmente, não acontecera prejuízo para nenhuma das partes litigantes.

Repilo, tal preliminar.

Meritoriamente, entendo que, em parte, merece pontificar as colocações observadas na exordial desta recalcitrância recursal; não se olvide, que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reviu entendimento anterior “ de que a natureza jurídica do valor que se paga pelo serviço de água e esgoto seria taxa frente ao reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal de que se trata de tarifa”; logo, ressalta inobjetable, que a cobrança se justifica apenas quando o serviço for efetivamente prestado.

Ademais, também, não se pode ignorar, o preconizado pelo artº 2º, da Lei Estadual nº 12.990/98; de bom alvitre, trazer a baila, o recorrido pela douta Procuradoria Geral de Justiça (pág. 181TJ):

Desse modo, o prestador de serviços de água e esgoto doméstico não poderá cobrar tarifa de serviço não prestado e deve efetuar o tratamento do efluente gerado, sob pena de atentar contra a saúde da população e causar lesão ao meio ambiente. É a própria COPASA que confessa que está cobrando a “tarifa de esgoto” e está promovendo à grande maioria dos usuários/consumidores da cidade de Araxá/MG apenas o serviço de coleta e remoção do esgoto sanitário, sendo que confessa que não está efetuando o tratamento de todo o coletado e removido. Confessa, ainda, que o atendimento completo do sistema somente se dará no ano de 2010.

O procedimento questionado quanto a pefalada cobrança, fere diversos princípios, aliás, bem elucidados no parecer ministerial (fls. 182/183TJ).

Isso colocado e do mais que ressumbre deste caderno processual, dou parcial provimento ao agravo de instrumento agitado para, até julgamento final do feito principal, “determinar que a agravada se abstenha de cobrar a tarifa de esgoto dos consumidores/usuários da cidade e comarca de Araxá, daqueles que não estiverem sendo convenientemente servidos com o tratamento do esgoto coletado”.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS e WANDER MAROTTA.

SÚMULA: REJEITARAM PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO PARCIAL.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVO Nº 1.0040.07.054645-8/001

1. Introdução

A escolha deste acórdão para comento deveu-se a duas razões principais: a) em primeiro lugar, pela importância da matéria jurídica nele tratada (a cobrança, por parte de uma das maiores concessionárias de serviço público do país, de “taxas ou tarifas” sem que haja a efetiva contraprestação pela cobrança aos seus usuários-consumidores) e b) tratar-se de um julgado em absoluta consonância com as modernas doutrinas constitucional (a corrente conhecida como “nova hermenêutica constitucional”) e processual (atento ao movimento de acesso à justiça e de instrumentalidade do processo).

No desenvolver dos comentários que se seguem, procurar-se-á fazer as devidas conexões teóricas com estas respectivas correntes e delinear os aspectos fáticos que ensejaram o agravo na ação civil pública que deu origem ao acórdão escolhido, também ressaltando a condição da ação civil pública como um dos principais instrumentos, no país, de consecução e concreção dos direitos difusos e coletivos.

2. Comentários

A sociedade contemporânea passa por uma grave crise de valores, decorrente sobretudo das promessas e expectativas não cumpridas pela Modernidade que, se por um lado trouxe desenvolvimentos tecnológicos nunca dantes vistos em tão curto espaço de tempo na história da humanidade, por outro foi incapaz de eliminar a desigualdade e a injustiça social, que vitimam milhões de seres diariamente no planeta.

No dizer do jusfilósofo português Boaventura de Souza Santos, umas das características deste momento é a emergência de um fascismo social, que trivializa e instrumentaliza a democracia para a defesa de poucos interesses, em detrimento do bem comum da maioria.¹

¹ Poderá ser o direito emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, pp. 3/76, maio/2003.

Neste contexto, o Direito passa a tomar novo significado, em virtude de sua força emancipatória e de transformação social, a partir da retomada da sua vinculação com a Justiça, já que, durante muito tempo, ele dela esteve afastado, inclusive a ponto de ter sido negada qualquer relação entre ambos, como o fez Hans Kelsen, um dos grandes doutrinadores da corrente positivista “pura” do Direito, para quem “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral” [ou de Justiça, já que, para ele, esta integra aquela]².

Para Kelsen, como esclarece Karl Larenz, “o conteúdo das normas jurídicas não está para ela, por qualquer modo, pré determinado pela razão, pela lei moral ou por qualquer teologia imanente, mas pode ser aquele que se queira”³. Em decorrência, qualquer conteúdo normativo, ainda que flagrantemente injusto, deveria ser obrigatoriamente aplicado ao caso concreto, quando se tratar de uma norma jurídica formalmente válida.

Eros Roberto Grau fez uma incisiva crítica aos positivistas “puros”, nestes termos⁴:

Ao construir uma *teoria pura*, esvaziada de toda a ideologia política e de todos os elementos científicos naturais, Kelsen construiu uma teoria apartada do *jurídico*, na medida em que, como observa Adomeite (1984/46-47), uma ordem jurídica sem o político resulta carente de impulso, morta; uma *ciência* do direito permanece fragmentária se reproduz um corpo sem coração. Daí por que os kelsenianos hão de se preocupar única e exclusivamente com a estrutura lógica das normas jurídicas, sem cogitar de sua interpretação/aplicação – tais cogitações estão para além da teoria pura. Para que tomem conhecimento do mundo no qual se vive o direito são obrigados a descer do altiplano teórico, para se porem de braços com a Dogmática. (itálicos no original)

Em contraponto a esta forma de enxergar e aplicar o Direito, a contemporaneidade jurídica é caracterizada pela retomada de ensinamentos como o de Aristóteles, para quem “a justiça é a base da sociedade. Chama-se julgamento a aplicação do que é justo”⁵.

Norberto Bobbio assim menciona a posição do Estagirita:

² *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 77.

³ *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa, Fundação Caloste Gulbenkian, 1997. p. 97.

⁴ *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 28.

⁵ *A política*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 14.

Uma das mais tradicionais definições filosóficas é a que define o direito em função da justiça (isto é, como ordenamento que serve para a realização da justiça). Esta definição já é encontrada em Aristóteles. Neste autor, a propósito, a identificação de direito e justiça atinge até o plano lingüístico, visto que para indicar o ‘direito’ Aristóteles usa o termo *dikaion*, que significa propriamente ‘justo’ (de *dikê* = justiça; cf. § 1). Esta mesma definição pode ser encontrada num filósofo contemporâneo, Radbruch [...]⁶

O resgate da busca do ideal de Justiça, como o feito no aresto ora em comento, que em sua ementa já demonstra sua preocupação com a Justiça, asseverando textualmente “mostra-se injusto a arrecadação de qualquer tributo, se inacontece a satisfação integral da prestação dos serviços para todos os habitantes da cidade”, é a tônica da hodierna concepção do direito constitucional, encontrada principalmente no movimento conhecido como nova hermenêutica constitucional, assim contextualizado por Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁷:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (itálicos no original)

Luiz Antônio Rizzato Nunes também sintetiza precisamente a questão, ao asseverar que “a justiça soma-se ao princípio da intangibilidade da dignidade humana, como fundamento de todas as normas jurídicas, na medida em que qualquer pretensão jurídica deve ter como base uma ordem justa.”⁸

⁶ *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

⁷ O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 469-508.

⁸ *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31.

Neste sentido, reaproximando Direito e Ética e Direito e Justiça, os seus operadores haverão de entender, como bem o fizeram os integrantes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que a violação de um direito é uma questão muito séria, pois, como adverte Ronald Dworkin, “significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens.”⁹

Alguns dos instrumentos da concreção da Justiça pelo Direito são os princípios constitucionais e os Direitos Fundamentais, já que, conforme mencionado por Konrad Hesse, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”¹⁰, cabendo aos operadores do Direito concretizarem os mandamentos constitucionais, uma vez que a Constituição só se transforma “em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”¹¹. É o que ele chama de “vontade da Constituição”.

Na mesma linha de pensamento, lembra Robert Alexy que “se os direitos fundamentais vinculam todos os três poderes e também são princípios, então eles vinculam também todos os três poderes como princípios”¹².

Nesta exata medida, os legisladores, aos formularem as leis, deverão respeitar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais; os membros do Poder Executivo deverão concretizá-los; e, por fim, ao Poder Judiciário restará a bela missão de corrigir as distorções porventura constatadas na concreção destes princípios e direitos, ainda que tais desvios ocorram por omissão.

No caso Brasileiro, lamentavelmente, assiste razão a Lenio Luiz Streck ao afirmar que:

[...] É importante observar, nesse contexto, que em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que *nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição*. Com efeito, passados doze anos desde a promulgação da Constituição, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam *ineficazes*. Essa inefetividade põe em xeque, já de início, o próprio art. 1º da Constituição, que prevê *a dignidade da pessoa humana como*

⁹ Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305.

¹⁰ A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19

¹¹ Konrad Hesse, op. cit., p. 19.

¹² Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 73.

*um dos fundamentos da República brasileira [...]*¹³ (itálicos e negritos no original)

Os fatos que originaram a ação civil pública da qual decorreu o acórdão em comento são uma clara manifestação de desrespeito, por parte dos poderes constituídos, aos mais mezinhas direitos dos consumidores, o que foi restabelecido, ainda que provisoriamente, pelo acórdão ora em comento, expressamente atento à infringência, no caso concreto posto sob apreciação do Poder Judiciário Mineiro, de diversos princípios constitucionais e infra-constitucionais.

Com efeito, o Município de Araxá contratou com a empresa pública Companhia de Saneamento do Estado de Minas Gerais - COPASA (portanto, ente da administração pública indireta de tal Estado) a concessão dos serviços públicos de tratamento de água e esgoto daquela cidade.

Contudo, em tal contrato, antes que o serviço de tratamento de esgoto fosse fornecido, vez que as estações de tratamento não foram ainda construídas, o Município contratante autorizou a concessionária pública em questão a cobrar pelo serviço de tratamento de esgoto sem efetivamente prestá-lo, o que efetivamente vem ocorrendo e constitui, às claras, ato cabalmente atentatório aos direitos dos consumidores daquela localidade.

Este contrato questionado é um grande exemplo daquilo que o mesmo Boaventura de Souza Santos chama de fascismo contratual, uma das formas de manifestação do fascismo social. Segundo ele:

[...] Esta forma de fascismo ocorre hoje em dia com muita frequência nas políticas que visam a ‘flexibilização’ dos mercados de trabalho ou a privatização dos serviços públicos. Nestes casos, o contrato social que no Estado-providência e no Estado desenvolvimentista presidia à produção de serviços públicos fica reduzido ao contrato individual entre consumidores e prestadores de serviços privatizados. Tal redução implica que sejam eliminados do âmbito contratual aspectos decisivos da proteção aos consumidores, que, por essa razão, passam a ser extracontratuais.[...] ¹⁴

A jurisprudência ora em comento decorre de um fato jurídico que é uma demonstração clara deste fascismo contratual, num caso em que o Poder Público (o Município de Araxá/MG), em contrato com uma concessionária de serviço público, a COPASA

¹³ *Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito.* p. 5. Disponível em www.leniostreck.com.br. Acesso em 07 de abril de 2008.

¹⁴ Ob. Cit., p. 22.

(que também é uma entidade de Direito Público), ao arrepio da Constituição e de seus mais básicos princípios, contrataram de forma a beneficiar preponderantemente os interesses secundários do Estado (isto é, os interesses financeiros/privados das pessoas jurídicas Município e COPASA), olvidando-se dos interesses primários da população.

Na advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello, fica claro que “o Estado [...] só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.”¹⁵

Não foi o que se deu no contrato sob comento, o que levou ao manejo de ação civil pública, que, no ordenamento jurídico brasileiro, é um dos principais instrumentos de combate a este fascismo contratual, nos termos mencionados por Ronaldo Porto Macedo Júnior¹⁶:

[...] A ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual os seus agentes, em especial ONGs e o Ministério Público, estão ampliando os foros do debate público sobre Justiça Social, em particular nas políticas públicas, o meio por excelência para a sua realização. Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão das políticas públicas e que, em grande medida, o meio de sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais de direito. Significa também que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais.

Foi o que se deu neste caso, com o manejo, pelo Ministério Público, de ação civil pública em face de concessionária de serviço público que, previamente acordada com o município contratante, fez tábula rasa dos mais comenzinhos princípios de defesa do consumidor, positivados tanto na Constituição da República como em várias leis ordinárias, a exemplo da Lei nº 8.078/90 (“Código de Defesa do Consumidor” – CDC).

Os direitos dos consumidores, mesmo em face do Estado, são expressamente garantidos pela Constituição da República, principalmente no tocante às limitações

¹⁵ *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57.

¹⁶ Ação civil pública, o direito social e os princípios. In MILARÉ, Édis (Org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 565.

ao poder de tributar (art. 150, § 5º), como princípio balizar da ordem econômica (art. 170, inciso V) e, ainda, pelo resguardo aos direitos dos usuários-consumidores dos serviços públicos permitidos ou concedidos (art. 175, inciso II).

Conforme alerta o mesmo Eros Roberto Grau em outra obra¹⁷:

O terceiro aspecto a referir respeita à não configuração das medidas voltadas à defesa do consumidor como meras expressões da *ordem pública*. A sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo. Por isso mesmo é que o caráter eminentemente conformador da ordem econômica, do princípio, é nítido. (itálico no original)

Em tal medida, as ações civis públicas são instrumentos extremamente salutares para a adequação de contratos às garantias constitucionais dos consumidores-usuários de serviços públicos, não devendo o Poder Judiciário se olvidar de tal intervenção, quando o caso, conforme se deu no julgamento em questão, que andou muito bem ao asseverar ser a discussão da natureza jurídica da contraprestação exigida dos consumidores, se é taxa ou tarifa, vazia no presente caso, pois o que deve ser verificado é se houve ou não lesão aos direitos dos cidadãos.

Neste particular, a decisão sob comento também está acorde a outro importante movimento doutrinário/jurisdicional, em que se busca deixar claro que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para garantir direitos e, por isso mesmo, não deve se perder em discussões vazias e inúteis, vítimas de um formalismo exarcebado.

No caso, tal visão também foi observada quando do afastamento da preliminar levantada pela Procuradoria do Estado, o que se deu nestes termos:

Data maxima venia, não merece pontificar a preliminar erigida quanto ao infringimento do contido no artº 525, Inc. I, do pergaminho instrumental civil; alude, sobre ausência de cópia obrigatória do instrumento de procuração de seu patrono; ora, tal ausência é suprida plenamente pela apresentação da contraminuta subscrita pelo mesmo patrono, além do que, observa-se que a peça contestatória igualmente fora firmada pelo mesmo profissional, que, aliás, firma também, as contra-razões do recurso manejado; logo, de fácil constatação que, inegavelmente, não acontecera prejuízo para nenhuma das partes litigantes.

Repilo, tal preliminar.

¹⁷ *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 260.

Assim fazendo, garantiram o acesso à Justiça ao Ministério Público, certamente atentos às premissas expostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁸: “[...] No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.[...]”.

Por fim, insta ressaltar que em demandas de natureza difusa ou coletiva, a instrumentalidade do processo deverá ser ainda mais realçada, como forma de se garantir a efetiva tutela de tais direitos, dada a extrema relevância social dos mesmos.

3. Conclusões

Em decorrência destas considerações, pode-se concluir estar-se diante de aresto de alta tecnologia jurídica, que coloca o Poder Judiciário na importante posição que deve ocupar, como fomentador de políticas públicas, ainda que isto signifique intervir no domínio econômico estatal, como forma de concretizar a vontade da Constituição, consubstanciada principalmente em seus princípios e nos direitos e garantias por ela protegidos, fazendo do processo um “instrumento eficaz para o acesso à *ordem jurídica justa*”¹⁹. Assim agindo, este Poder dará enorme contribuição à ainda incipiente democracia brasileira.

4. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Ediouro, [1995?].

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

¹⁸ *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 156.

¹⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 366.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LAREZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa, Fundação Caloste Gulbenkian, 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In MILARÉ, Édis (Org.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. Inquérito Civil: aspectos práticos e sua regulamentação normativa federal e no âmbito do Estado de Minas Gerais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 128, outubro/2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. *Manual de Metodologia da Pesquisa do Direito*. 3.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura. Poderá ser o direito emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, maio/2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito*. Disponível em www.leniostreck.com.br. Acesso em 07 de abril de 2008.

4. TÉCNICAS

4.1. REGISTRO DO NASCIMENTO DE TIRADENTES

ADALBERTO DE PAULA CHRISTO LEITE
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO JOÃO DEL REI/MG

AUTOS PROCESSUAIS Nº. 625 05 048873-7
PARECER MINISTERIAL

Trata-se de ação de justificação que visa, ao final, o registro tardio de JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER, o TIRADENTES, com fundamento nos arts. 50, par. 4º e 52, par. 2º da Lei 6.015/73, proposta pelo Instituto Histórico e Geográfico de São João del Rei em litisconsórcio ativo com a Câmara Municipal, Academia de Letras, Rotary Clube, Loja Maçônica Charittas II, Lions Clube e Associação Comercial e Industrial de São João del Rei.

Em erudito trabalho acompanhado de citações e obras de diversos autores, os nobres peticionários, representados pelo ilustre causídico Dr. Wainer Carvalho Ávila, trazem os fundamentos biográficos do mártir da inconfidência mineira, calcado em laboriosos trabalhos, tendo como sustentáculos principais a obra “AS VILAS DEL-REI E A CIDADANIA DE TIRADENTES” de autoria de Eduardo Canabrava Barreiros e a obra “UM PRESENTE PARA O FUTURO” de Elizabeth de Melo Bonfim, seguida de estudos e pareceres de tantos outros notáveis que buscaram principalmente nos registros históricos a fonte para suas conclusões, a exemplo da certidão de batistério, cujo original se encontra na Biblioteca Pública Nacional com sede na cidade do Rio de Janeiro com cópia junto a Catedral Nossa Senhora do Pilar de São João del Rei.

Lançam-se os autores em legitimados para o pedido lastreado em precedente da Comarca de Laguna/SC, onde se conseguiu o provimento jurisdicional para o registro tardio de ANA MARIA DE JESUS RIBEIRO que futuramente veio a se tornar ANITA GARIBALDI, após o casamento com GIUSEPPE GARIBALDI.

Pedem, assim, para que conste dos assentos de nascimento junto ao Cartório de Registro Civil desta Comarca o nascimento de JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER,

o “TIRADENTES”, nascido em 12 de novembro de 1746, no Município de São João del Rei, Estado de Minas Gerais, filho de Domingos da Silva dos Santos e de Antônia da Encarnação Xavier, tendo como avós paternos André da Silva e Mariana da Matta, naturais de Frecheiro de Basto, Braga, Portugal e como avós pela linhagem materna Domingos Xavier Fernandes e Maria de Oliveira Colassa, naturais de São Paulo.

Após, os autos vieram com vistas ao Ministério Público que, às fls.74/79, manifestou-se pelo acolhimento da inicial após análise dos pressupostos processuais e das condições da ação. Opinou o “Parquet” pelo prosseguimento do feito sob o rito ordinário dado o caráter de ação civil pública no majestoso interesse difuso que envolve o reconhecimento da naturalidade do mártir da inconfidência com o objetivo de preservação da memória nacional em seu aspecto histórico, posto que não se trata de lançar o simples registro tardio de um cidadão comum, mas sim, daquele a quem se reverencia pela conquista da independência do Brasil. Assim entendido, foi postulado o chamamento de terceiros interessados com a publicação de editais, a citação da Municipalidade de Tiradentes e de Ritápolis através dos Srs. Prefeitos, bem como a Presidente do Instituto Histórico e Geográfico do Município de Tiradentes a fim de que, querendo, compusessem o pólo passivo da presente demanda. Por fim, foi requerido que fossem oficiados os Presidentes dos Institutos Histórico e Geográfico Brasileiro e de Minas Gerais para que emitissem pareceres sobre as conclusões expostas na inicial, indicando peritos que pudessem checar os arquivos históricos, em especial, o registro de batistério em sua fonte original para confirmarem não só o local de nascimento, mas também o dia e a ascendência de Joaquim José da Silva Xavier.

Em despacho judicial de fls.81 foi determinada a citação dos Municípios de Tiradentes e de Ritápolis, bem como que fossem oficiados os Institutos Históricos e Geográficos Brasileiro, Mineiro e Tiradentino. Foi determinado, ainda, a citação, por edital, dos terceiros interessados.

Às fls.94/111 segue-se a contestação apresentada pelo Município de Ritápolis onde se pugna, preliminarmente, pela extinção do feito sem julgamento do mérito ao argumento de que se trata de ato personalíssimo, carecendo os autores de legitimidade para tal pleito nos termos do art.50, par.4º. da Lei de Registros Públicos. No mérito, sustenta o descaso das autoridades e do povo sanjoanense com a matéria em discussão e a importância cultural de Tiradentes para a memória do referido Município que desde a sua emancipação ocorrida pela Lei Estadual No.2.764 de 30.12.1962, quando deixou a condição de Distrito de Santa Rita do Rio Abaixo, abriga nos seus limites territoriais a sede da Fazenda do Pombal, local onde o mártir da inconfidência teria nascido e, portanto, conclui que Tiradentes é Ritapolitano, embora admita que, no ano do nascimento do alferes, a Fazenda Pombal pertencesse ao Termo da Vila de São João Del Rei, Comarca de Rio das Mortes. Acosta aos autos os documentos de fls.113/463.

Já, às fls.464/473, encontra-se encartada a contestação da Municipalidade de Tiradentes, instruída com os documentos de fls.474/673, onde se argúi, em preliminar, as seguintes questões tendentes a extinção do feito sem julgamento do mérito: I) a nulidade do processo pela falta de comprovação da representatividade dos autores sobre as entidades que dizem pertencer; II) a ilegitimidade ativa dos autores por entender ser o ato personalíssimo que somente caberia ao próprio interessado ou aos seus descendentes; III) a incompetência da Justiça Estadual. No mérito, sustenta que, à época do nascimento do alferes Joaquim José da Silva Xavier, a Fazenda Pombal pertencia à Villa de São José Del Rey, atual Município de Tiradentes, conforme pareceristas elencados na inicial com suas obras acostadas aos autos, para, ao final, pugnar pela improcedência do pedido.

Manifestação do Instituto Histórico e Geográfico de Tiradentes às fls.633/648 acompanhada dos documentos de fls.650/673 onde, ao final de suas considerações, conclui pela naturalidade junto a Villa de São José Del Rey.

Segue-se ainda de manifestação da Câmara Municipal de Ritópolis, às fls.677/679, pugnando pela improcedência do pedido na mesma linha argumentativa do Executivo.

Pareceres dos Institutos Histórico e Geográfico de Minas Gerais (fls.683/687) e Brasileiro (fls.690/696) onde ambos concluem pela naturalidade do alferes junto a Villa de São João Del Rei.

Foi oferecida exceção de incompetência por terceiro interessado, onde após manifestação da União sobre a falta de interesse na matéria em discussão, julgou-se improcedente a referida exceção, mantida a competência deste r. Juízo.

Às fls.709/721 encontra-se a impugnação pelos autores da ação.

Manifestação ministerial às fls.732, seguida da decisão judicial de fls.734, onde é determinado vista as partes dos pareceres apresentados, bem como oportunizando a especificação das provas.

Audiência de instrução e julgamento às fls.762/763.

Finda a instrução probatória, as partes reiteraram suas teses, abrindo-se vista dos autos ao Ministério Público para manifestação final.

É o relatório.

1. Das preliminares de ilegitimidade ativa, nulidade de representação e incompetência do juízo

Cumpre-nos, primeiramente, a análise dos pressupostos processuais e das condições da ação a fim de que se possa dar seguimento ao julgamento do mérito.

Quanto aos pressupostos processuais, entendo-os preenchidos, sejam assim considerados os requisitos subjetivos que dizem respeito ao juiz e as partes no tocante a competência, investidura e imparcialidade do primeiro, bem como capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade de postular em juízo dos segundos, não se vislumbrando a existência de fatos impeditivos, tal como litispendência, como requisito objetivo extrínseco, respeitada a subordinação procedimental às normas legais no tocante a forma da petição inicial, da citação e do instrumento de mandato.¹

Vale ressaltar que a questão da incompetência já foi decidida em procedimento incidental, onde após a manifestação expressa da União quanto a falta de interesse na questão, restou mantida a competência deste r. Juízo.

Quanto a falta de documentação comprobatória da representação, por tratar-se de mera irregularidade sanável, requeiro que os autores sejam instados a acostarem aos autos o estatuto e o termo de posse dos seus representantes que subscrevem a inicial, não resultando em nulidade insanável que determine a nulidade de todo o feito.

Questão pouco mais delicada restou à análise das condições da ação, principalmente relacionada a legitimação.

O interesse processual, como afirma Vicente Greco Filho, está relacionado “a necessidade de se recorrer ao Judiciário para obtenção do resultado pretendido, independente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que se pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?”²

Neste caso, sim, já que a Lei nº 6.015/73, assim denominada Lei de Registros Públicos, ao permitir o registro tardio, remete ao Juiz a competência para adoção das providências que forem cabíveis para esclarecimento do fato (art. 52, par. 2º). Em se tratando de registro de alguém nascido há mais de dois séculos e meio a prestação

¹ SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 80.

jurisdicional se torna imperiosa e necessária como única forma de se obter o que se pretende.

Já a possibilidade jurídica do pedido, “consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado.”³ Neste tocante, o art. 50, par. 4º da LRP acolhe a possibilidade da inscrição do nascimento anteriormente à obrigatoriedade do registro civil, facultando ao interessado tal pedido. Em comentários ao referido dispositivo, o emérito Walter Ceneviva⁴, em sua obra *Lei de Registros Públicos Comentada*, esclarece que a disposição é de caráter transitório. “Há de ser raro existir quem possa alegar nascimento anterior à obrigatoriedade do registro civil, não o tendo feito anteriormente. 1º. de janeiro de 1879 é a data aceita, desde o Decreto Nº. 116/39, para caracterizar o princípio da registrabilidade obrigatória.”

Portanto, é de se verificar que estamos diante de uma situação *sub judice* de caráter *suis generis*, mas legalmente possível, principalmente em se considerando que a ação como se pretende tem um fim pedagógico e nacionalista suplantador de eventuais questionamentos de ordem processual obstaculizadores da apreciação da questão pelo Judiciário com o fito de se determinar com certeza a naturalidade daquele que é figura exponencial na história desta nação e, portanto, ao que me parece, calcado no entendimento de que não cabe ao intérprete limitar o alcance da lei quando esta não o faz expressamente, é que se deverá acolher a possibilidade jurídica do presente pedido.

Por fim, reservou-se a análise da *legitimatio ad causam*, como última condição da ação, o pressuposto para que se permita aos postulantes buscar em juízo em nome de outrem tal provimento jurisdicional.

“A legitimidade, no dizer de Alfredo Buzaid, é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto. A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que correm no mundo. Em regra, somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material trazida a juízo.”⁵

Assim, numa análise superficial, poderíamos pensar num primeiro momento que os autores não estariam legitimados a obter o registro tardio de outrem, já que não sendo o próprio interessado indicado no parágrafo 4º do art. 50 da LRP e, tão pouco

³ GRECO FILHO, 1989, pág. 83.

⁴ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

⁵ GRECO FILHO, 1989, pág. 77.

estando relacionado no art. 52 como obrigados a fazer a declaração de nascimento, sucumbiriam frente a ilegitimidade *ad causam*, tornando-se, portanto, carecedores do pedido.

“Há casos, porém, em que o texto de lei autoriza alguém que não seja o sujeito da relação jurídica de direito material a demandar. Nestes casos, diz-se que a legitimação é extraordinária.

A legitimação extraordinária foi denominada por Chiovenda “substituição processual”, e ocorre quando alguém, em virtude de texto legal expresso, tem qualidade para litigar, em nome próprio, sobre direito alheio.”⁶

Denota-se nesta ação, assim iniciada como de mera justificação, um cunho processual de ação civil pública no majestoso interesse difuso que a envolve com o reconhecimento da naturalidade do mártir da inconfidência mineira, figura invulgar na história da liberdade deste povo brasileiro, legitimando principalmente o Instituto Histórico e Geográfico desta cidade a buscar, por analogia ao disposto no art. 5º, inciso II da Lei nº 7.347/85, a pretensa prestação jurisdicional invocada como meio de preservação da memória nacional em seu aspecto histórico, posto que não se trata de lançar o simples registro tardio de um cidadão comum, mas sim, daquele a quem se reverencia pela conquista da independência do Brasil.

Assim sendo, afastada as preliminares argüidas, presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, voltemo-nos a questão meritória.

2. Do mérito

Processo em ordem e sem vícios.

Conforme bem salientado no parecer do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais, “a verdade histórica é a interpretação que o homem faz de provas do seu passado, provas que são constituídas de documentos.”

Assevera o emérito parecerista Márcio José da Cunha Jardim, sócio efetivo do referido Instituto e ocupante da cadeira No.80, que:

[...] a discussão entre historiadores sobre a naturalidade de Tiradentes, o Protomártir da independência brasileira, é antiga e seguramente tem mais de um século, tendo-se iniciado, ao que tudo indica, nos primeiros dias do período Republicano, sendo

⁶ GRECO FILHO, 1989, pág. 77.

de dezembro de 1889 o decreto estadual mudando o nome da cidade de São José Del Rei para Tiradentes, em homenagem ao filho ilustre da terra mineira, por se acreditar que fora ele nascido dentro do território daquele município.

Historiadores do mais elevado nível debruçaram-se sobre a questão por dezenas de anos, reavivando uma discussão que nos remete aos primórdios da fundação das Villas Del Rei relacionado ao estabelecimento dos termos de cada uma a partir de suas fundações, tornando necessário que adentremos na análise histórica da questão para que possamos, ao final, concluir sobre a naturalidade de Joaquim José da Silva Xavier.

Retroagimos ao final do século XVII, onde o paulista de Taubaté, Thomé Portes Del Rei na função de Capitão-Mor encarregado da repartição das terras minerais na região e concessionário da exploração da travessia daqueles que em sua maioria, bandeirantes e reinóis na trilha do caminho Velho entre São Paulo e Minas, vencida a Mantiqueira através da Garganta do Embaú e transposto o Rio Grande, se utilizavam do Porto Real da Passagem para transposição do Rio das Mortes onde se abasteciam e encontravam forças para prosseguirem no desbravamento das Geraes na busca de fortuna, inicialmente com a preação do índio e, posteriormente, na exploração das riquezas minerais.

Assim foi que em 1702, o taubateano João de Siqueira Afonso, em regresso de seus descobertos do Sumidouro e Guarapiranga, atuais localidades nos Municípios de Lagoa Santa e Pitanga, juntamente com seu conterrâneo e anfitrião Thomé Portes Del Rei, descobriram ouro nas imediações do Porto de Passagem, do lado direito do Rio das Mortes, dando origem às lavras do local batizado inicialmente por Ponta do Morro em face de sua localização em relação a Serra e que, logo em seguida, seria transformado em arraial dado o seu rápido desenvolvimento, passando a se chamar de Arraial da Ponta do Morro de Santo Antonio em homenagem ao seu padroeiro.

Dois anos se passaram e em 1704, foi a vez do português Manoel José Barcelos quem daria ensejo a fundação de outro povoamento a partir da descoberta de ouro no ribeirão de São Francisco Xavier, batizado de Arraial Novo de Nossa Senhora do Pilar, cuja denominação de novo servia para distingui-lo do outro, a légua e meia, somente.

Embora posterior, foi aqui que, em 8 de dezembro de 1713, o Arraial Novo de Nossa Senhora do Pilar conseguiu sua elevação à condição de Vila e batizado pelo nome de Villa de São João de El-Rei em memória de El-Rey Nosso Senhor, por ato do Governador da cidade de São Paulo e Minas Gerais, Dom Braz Balthazar da Silveira que concedeu posteriormente à Câmara a constituição da sesmaria que seria confirmada

em 1754, constituindo-se de patrimônio inalienável formado de duas léguas de terra em quadra fazendo pião nela, para que a nova administração “pudesse fazer aforamentos e tirar delles algumas conveniências para as despesas da dita Câmara e obras públicas da dita vila”⁷. Já em 1714 dá-se a redefinição dos limites territoriais das comarcas de Vila Rica, Rio das Velhas e Rio das Mortes e o termo da recém criada vila de São João Del Rei, sede de Comarca, se estenderia por toda a área estipulada para a Comarca do Rio das Mortes.

Foi somente em 19 de janeiro de 1918 que, em oposição aos interesses da Câmara da Villa de Sam Joam, que o então Governador, Conde de Assumar, Dom Pedro de Almeyda, atendendo a reivindicação dos moradores do antigo arraial de Santo Antonio da Ponta do Morro que padeciam de inúmeros incômodos indo a Vila de São João, alegando das mortes que tinham sucedido nas passagens dos rios que há entre um e outro lugar, é que foi elevado à condição de Vila tal povoamento, passando a denominação de São José Del Rei.

A partir daqui inicia-se uma verdadeira celeuma que é base de estudo e análise deste processo diante das constantes disputas territoriais na definição de seus “termos”.

Assim é que confirmada a ereção da Vila de São José e constituída a primeira Câmara foi estabelecido em 3 de fevereiro de 1718 o termo que deveria ter a mesma, ou seja, a sua área de jurisdição assim consignado no documento cuja cópia se encontra às fls.495 dos autos e às fls.48 da obra *As Vilas Del Rei* de Eduardo Canabrava Barreiros, onde se vê:

Aos trez dias do mez de Fevereiro de mil setesentos e dezouto nesta Villa de Sam Joseph nas cazas da Camara della estando prezente o Ouvidor Geral desta Comarca com os Officiaes da Câmara della o Juiz Ordinário Capitam Manoel Dias de Araújo e Capitam Manoel Carvalho Botelho também Juiz os Vereadores Capitam Domingos Ramalho de Brito Manoel da Costa Souza Constantino Alves de Asevedo e por impedimento do procurador assistio o sargento Mor Sylvestre Marques da Cunha que para isso pelos ditos Officiaes da Câmara foi chamado e sendo ahi pelos ditos Officiaes da Câmara foi dito a requerimento do dito Ouvidor Geral que em virtude do despacho da petição do Senhor General lhe nomeasse o termo que devia ter esta Villa o que visto pelo dito Ouvidor *lhe nomeou por termo e diviza o Rio das Mortes da Banda de cá entrando pelo Ribeirão chamado do Elvas por ser este a verdadeira madre do Rio das Mortes e que os mais erão braços de tal Rio e que outrossim*

⁷ Carta de Sesmaria patrimonial da vila de São João Del Rei, Eduardo Canabrava, in *As Villas Del Rei*, pág.39/40.

eram os moradores do dito rio freguezes desta freguezia de Santo Antonio a quem chamavão Arrayal Velho e que assim os moradores do dito Rio para cá sejam todos sujeitos a esta Villa e nesta forma houve o termo della por divizado_e de como os ditos Officiaes assim assistirão e o dito Ouvidor Geral assim repartio fiz este termo em que assignarão – Eu Luiz de Vasconcellos Escrivam da Ouvidoria Geral e Correçam que escrevi - Antonio de Oliveira Leytão – Manoel Dias de Araújo – Manoel Carvalho Botelho – Domingos Ramalho de Brito – Constantino Alves de Azevedo – Manoel da Costa Souza – Sylvestre Marques da Cunha. (grifo nosso)

Observe-se que este é o documento no qual os Municípios da atual cidade de Tiradentes sustentam a naturalidade do mártir da inconfidência considerando que a Fazenda Pombal, local onde se deu o nascimento do mártir da inconfidência, localiza-se na margem direita do Rio das Mortes.

Ocorre que, com a nomeação do termo da Villa de Sam Joseph, que não chegou a ser ratificado pelos Governadores, insurgiu-se imediatamente a Câmara de São João Del Rei, já que referido termo além de subtrair-lhe metade de seu território, ainda arrebatava-lhe pelo menos 1/5 de seu patrimônio constituído pela sesmaria doada pelo então Governador Dom Brás Baltazar da Silveira e confirmada 40 anos depois pela provisão régia de 28 de dezembro de 1754.

Em decorrência do embargo ou protesto apresentado pela Câmara de São João Del Rei, foram estabelecidos novos limites, tanto para sesmaria, como para o termo da vila de São José, como se verá na transcrição abaixo:

[...] em virtude de ordem do Governador, expedida à vista da representação da câmara da villa de S. João, houve nova determinação, a 28 de março (de 1718), dos limites entre os termos das duas villas.

Em casa do Doutor Valério da costa Gouvêa Ouvidor Geral e Corregedor da Comarca, presentes o Mestre de Campo Ambrosio Caldeira Brantes Juiz Ordinário da Villa de S. Joam e Gonçallo Mendes de Cruz Procurador da Villa de S. Joseph para effeito de novamente se determinar o destrito da Villa de San Joseph *em virtude de huma Ordem do Senhor General*, e ouvidos pelo dito Ouvidor Geral os Officiaes assim nomeados os coaes acordarão em seus pareceres, determinou o Ouvidor que, à vista da dita Ordem e Representaçam dos ditos Officiaes da Câmara de Sam Joam, *o termo da Villa de Sam Joseph fosse de meya legoa em sircunferencia fazendo Piam na Villa para*

o que se fizesse mediçam na prezença dos Procuradores de ambas as Comarcas se puzessem marcos e que adonde a mediçam encontre o Rio por essa fosse o Rio o que a dividice e que alem do sobredito ficace também jurisdiçam da dita Villa o Arrayal de Itaberaba e da Noroega [...]. (grifo nosso).

E ainda, “[...] meya légua de sesmaria que esta se lhe desse de destrito em circunferência, fasendo piam na Villa, e da parte que encontre a mediçam com o rio das mortes ahy parace o termo essa parte”⁸

Com a fixação do novo termo e da nova sesmaria da recém-criada vila de São José se pode perceber o respeito aos limites territoriais e patrimoniais da Villa de Sam Joam, ficando restrita a uma área menor que não atingia a Fazenda do Pombal no ano que se supõe ser o nascimento de Joaquim José da Silva Xavier, ou seja, 1746, em função de seu batizado ocorrido no dia 12 de novembro daquele ano.

Embora a Municipalidade de Tiradentes e de seu Instituto Histórico sustentem através de indicações documentais que a atuação administrativa, tributária e jurisdicional da Villa de Sam Joseph se dava em toda a extensão do lado direito do Rio das Mortes em período posterior a demarcação de 1718, o referido documento acima citado nos mostra que se o fazia era invadindo os limites territoriais da Villa de Sam Joam.

Tanto que “por desrespeito ao firmado a 28 de março de 1718, a Câmara sanjoanense deu conhecimento do fato ao ouvidor geral da Comarca, em 3 de janeiro de 1719, em vista disso cumprindo ordens daquela autoridade, de 6 a 8 de fevereiro daquele ano, o juiz sanjoanenses José Alvares de Olveira.”⁹

Em brilhante compilação o ilustre historiador Eduardo Canabrava Barreiros traz no capítulo 15 de sua obra *As Vilas Del Rei*, os textos referentes a carta do Senado da Câmara da Villa de São João dirigida ao Ouvidor Geral e Corregedor que, por sua vez, dirige-se à Câmara da Villa de São José Del Rei, nos seguintes termos:

Senhores Juizes e officiais da Câmara da Villa de S. Joseph -
Senhores meos a Camara desta villa me fes representação que
com esta remeto a Vmces incluza, e como o seo intento he o
pedirem a execução da ultima ordem que o Sr. General deu
sobre a divizão dos termos destas Villas, que não só a mim mas
também a Vmces remeteo e se acha registrada nos livros desa

⁸ Limites da antiga Villa de S.José (1718) Termo de determinaçam que se tomooou sobre o distrito da Villa de Sam Joseph na forma que nelle se declara, em Revista do Arquivo Público Mineiro, ano VI, fascículo 1, janeiro-março de 1901, p.176.

⁹ Fábio Nelson Guimarães, Altivo de Lemos Sette Câmara e Waldemar A. Barbosa. *O Tiradentes*, p.3.

Camara me não he possivel dillatar mais esta delligencia pellas repetidas instancias deste requerimento que faz taambem avitar muito o querer essa Villa estender-se ainda hoje tanto que não se contendo dentro daquelles justos limites manda exercitar actos de Jurisdição por todo o Caminho novo, Arrayal dos Prados, e em todo o mais territorio que fica do Ribeirão do Elvas para Alem, e esta materia por hora está determinada pela dita ordem do Sr, General e assim he couza que não admite duvida, pois o insinuar o dito Sr. que poderá mandar algumas pessoas a examinar a justissa ou injustissa desta divizão não encontra a determinação que está tomada perante os officiais desta e dessa Camara masa antes do dito General claramente ordena que athe não mandar as tais pessoas se estejampella divizão ultima sem controversia alguma pello que espero que não haja, e quando o Sr. General mande os tais arbitros a fazer outra demarcação estimarei ou muito seja a satisfação de todos pois de qualquer sorte que se faça nunca offende a minha jurisdição. Pelas minhas queixas não sei me será possivel hir a esta delligencia para a qual determinaria o dia de segunda feira 6 do corrente; porem quando não vá por não dilatar mais os repetidos requerimentos desta Camara hade de hir em meo lugar o Juiz Ordinario mais velho Joseph alves de Oliveira com o Escrivão da Provedoria par se fazer a medição e demarcação na forma do ultimo asiento que se tomar de todo termo com as clarezas necessarias em os livros de huma e outra Camara esperando de Vmces que assim se eecute com todo o socego porque qualquer das partes que se achar prejudicada pode por meynos competentes tratar de seo recurso pois se lhe hade defferir com justiça e eu fico para servir a Vmces com muuito boa vontade. Deus Guarde a Vmces muitos annos. Villa de S. João de Elrey o primeiro de 1719 – Servidor de Vmces Vallerio da Costa Gouvêa.¹⁰

“Como era de se esperar, a Câmara de São José apresentou os embargos ou protestos a essa demarcação, mas, “[...] por reverenciar os despachos do Senhor General”, o Conde de Assumar aceitou afinal a referida demarcação, na esperança, contudo, de que lhe fosse feita justiça posteriormente, como se poderá ver do requerimento abaixo:

Requerimento do Procurador da Câmara da Villa de Sam Joseph, Martinho Gonsalves.

E logo, em o dito mez e anno atraz escrito e declarado, appareseo presente Martinho Gonsalvez Procurador do Senado desta Villa de Sam Joseph, e por elle foi dito que o Procurador desta

¹⁰ As Vilas Del-Rei e a Cidadania de Tiradentes, Eduardo C. Barreiros, pág. 64/65.

Camara passada assignara violentamente o termo que se fez dos limites que se haviam de dar a esta Villa, e sem licença da dita Camara para o assignar, como no mesmo termo se declara, alem do que o mesmo termo he contraditório ao despacho do Senhor General, em que mandava atender à comodidade de huma e outra Villa e nam executar uma inteira dessipação desta, como do dito termo lhe resulta, como tambem a camara desta Villa tem recorrido ao dito Senhor para emmendar a interpretação injusta que deo a Villa de Sam Joam de El Rey no seu despacho, e o dito Senhor tem determinado mandar pessoas desinteressadas a dessidir este negocio quando primeiro nam venha a esta Comarca, pello que tudo he intempestiva e injusta esta medição e posse, porem que assaz impediam inteiramente esta Camara por reverenciar os despachos do Senhor General, ainda quando mal executados, e esperaria justiça do mesmo Senhor restituída a todo o termo com que se acha do Rio das Mortes para esta parte, pello que tudo protesta que a dita posse tomada e medição feita nam prejudicava em cousa alguma a esta Camara, a posse quieta passifica em que se acha das ditas terras do Rio para esta parte, como tambem ao justo dominio que nellas exercitam. E pello Procurador da Camara da Villa de Sam Joam de El Rey Domingos Francisco Pedroso que presente se achava foi requerido ao dito Ouvidor Geral que sem embargo do requerimento feito que não devia Ter lugar, porquanto neste mesmo Livro se achava Carta do Senado desta dita Villa de Sam Joseph na qual dava inteiro poder ao seu Procurador Gonsallo Mendes da Cruz para fazer o que fosse necessario, e que a ordem do Excellentíssimo Senhor General hera a mesma que empedia a posse em que o dito Procurador dizia estava o dito Senado, pois por atender a que esta hera prejudicial à dita Villa de Sam Joam de El Rey tinha ordenado ao Doutor Ouvidor Geral Valerio da Costa Gouvea, a reformace, devia proçeder na dita damarcação, o que tudo visto pelo dito Ouvidor Geral mandou que elle se procedeçe, de que tudo fiz este auto, digo termo em que assignam com os ditos dous Procuradores, e eu Luiz de Vasconcellos Pessoa Escrivam da Ouvidoria Geral, e Correição que escrevi. – Oliveira. – D.^o Francisco Pedroso. – Martinho Gonsalves da Cruz. .¹¹

E continua o ilustre historiador, ao dizer que: *“assim ajustados, apesar dos protestos da Câmara de São José, deram eles andamento e juramento dos executores da medição e demarcação.”*

Contudo:

¹¹ As Vilas Del-Rei e a Cidadania de Tiradentes, Eduardo C. Barreiros, pág. 64/65.

[...] é notório o denodo com que a Câmara de São José soube, desafiando a de São João, e até mesmo os atos emanados da própria Ouvidoria da Comarca de Rio das Mortes, afrontar o governo da Capitania, alargando seu termo. De fato e as vezes de direito, foi ela estendendo sua influência para sueste, nordeste e norte da Comarca, sem contudo preocupar-se com as cercanias da vila de São João Del Rei, mesmo aquelas ao norte do rio das Mortes.”¹²

Herculano Veloso, biógrafo da vila de São José chega a manifestar o inconformismo e o expansionismo administrativo da referida Vila ao assim se pronunciar:

A Câmara de S. José, como já foi dito, não aceitou a demarcação feita em 1719 e, embora arbitrária e violento, na opinião de alguns, esse acto, contudo, sancionado expressamente pelos governadores da Capitania com a nomeação de provedores dos Reaes Quintos e officiaes de ordenança para districtos, mais ou menos próximos alguns e outros bastante afastados da linha divisória, isto é, da meia légua em quadra. ¹³

Conclui assim Eduardo Canabrava que: “Temos assim uma situação de direito, que é resultante do estipulado na demarcação de 1719, e uma situação de fato, que é a expansão administrativa da vila, estendendo sua jurisdição a áreas muito além de seus limites.”¹⁴

Várias são os documentos compilados pelo referido historiador em sua obra a demonstrar os desmandos e a notória invasão dos limites por parte das autoridades da Vila de São José a ponto do próprio Ouvidor e Corregedor da comarca de Rio das Mortes advertir os juizes e vereadores da referida Vila, assim se expressando: “[...] mando e ordeno que os juizes ordinários e de órfãos da Villa de Sam Joze não passem fora do continente do seo termo demarcado e ballizado”.

Foi somente a partir da correição feita em de 17 de dezembro de 1755 com a redefinição dos limites territoriais das duas Vilas é que Santa Rita, bem como a Fazenda do Pombal e a Capela de São Sebastião do Rio Abaixo passam a pertencer ao termo da Vila de São José, daí entender-se o porquê do inventário da falecida mãe de Joaquim José, aberto em 21 de janeiro de 1756, bem como posteriormente de seu pai, falecido em 12/12/1757, terem se dado já sob a jurisdição desta. Tal situação também explica o

¹² As Vilas Del-Rei e a Cidadania de Tiradentes, Eduardo C. Barreiros, pág. 72.

¹³ Herculano Veloso, op. Cit. p.53 e 54

¹⁴ idem, pág.76

porquê de Joaquim José quando do procedimento de sua emancipação aos 20 anos ter se declarado que era natural do Pombal, termo da Vila de São José.

No entanto, foi o próprio alferes que nos autos da Devassa no ano de 1789 que assim se qualifica:

E sendo preguntado, como se chamava, de quem era filho, donde era natural, se tinha alguães ordens, se era cazado, ou solteiro, e que occupação tinha [...]. *Respondeu que se chamava Joaquim José da Silva Xavier, e da sua mulher Antonia da Encarnação Xavier, natural de Pombal termo da Villa de S. João de El-Rey capitania de Minas Geraes, que tinha quarenta e um anos de idade que era solteiro, que não tinha ordens alguães, e com effeito, vendo-lhe eu o alto da cabeça, vi que não tinha tonsura alguã, e que era alferes do Regimento da Cavallaria paga de Minas Geraes.[...].*¹⁵(grifo nosso)

O Senador Alfredo Campos em seu estudo a respeito da cidadania de Tiradentes faz a seguinte menção:

“Cabe a nós Parlamentares e a todas as autoridades responsáveis pela cultura deste País, perguntar, em consonância com Basílio de Magalhães: “E quem é que melhor que o próprio Tiradentes, poderia saber a quem pertencia o pedaço de terra onde viera à luz e que ele havia de santificar pelo mais glorioso martírio?”

Daí concluir Eduardo Canabrava Barreiro que:

1. Tiradentes nasceu na Fazenda Pombal, no termo da villa de São João Del-Rei, isso em 1746.
2. Foi batizado na Capela de São Sebastião do Rio Abaixo, freguesia de N. S. do Pilar da Vila de São João Del Rei.
3. Aos 9 anos de idade, em 1755, a área onde nasceu passou, em virtude da correição do Ouvidor da Comarca do Rio das Mortes, à jurisdição da Vila de São José.
4. cinco anos depois, em 1760, uma irmã de Tiradentes e seu marido assinam requerimento dizendo-se moradores do Rio Abaixo, na Freguesia de N. S. do Pilar da Vila de São João Del Rei
5. O próprio Tiradentes informa, na primeira inquirição da Devassa, em 22 de maio de 1789, ser NATURAL DO POMBAL, TERMO DA VILA DE SÃO JOÃO D’EL-REY”.

¹⁵ Reprodução de trecho da página 2, dos Autos da Devassa, original pertencente ao Arquivo Nacional, onde tem a referência seguinte: Códice No.5, vol5, folha2)

O estudo elaborado pelo emérito historiador Eduardo Canabrava Barreiros e suas conclusões, base deste parecer, contou com a aprovação dos Institutos Históricos e Geográficos Brasileiro, Mineiro, Militar do Brasil e dos Advogados, conforme abaixo se vê:

O professor Herculano Gomes Mathias, assim termina o seu parecer: “Voltando ao mérito da questão – saber se o mártir da Inconfidência era ou não natural de São João Del Rei – cremos que, depois da leitura atenta de As Vilas del-Rei e a cidadania de Tiradentes, constitui, agora, ponto pacífico, que no ano de 1746, quando se deu o batismo de Joaquim José da Silva Xavier, os terrenos onde se situava a fazenda do Pombal, local de seu nascimento, estavam vinculados administrativamente à vila de São João Del Rei. (Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro)

O mesmo Instituto nesta ação repete a sua conclusão no parecer emitido às fls.691/696.

“Eduardo Canabrava Barreiros nos brinda com mais um interessante estudo” – escreve o General Edmundo de Macedo Soares e Silva, assim finalizando: “Destarte, o vulto admirado do protomártir da nossa independência, herói tutelar do Brasil, o Tiradentes, nasceu no termo da vila de São João Del-Rei”. É a conclusão” (Instituto de Geografia e História Militar do Brasil).

Diz Afonso Arinos de Melo Franco:

As provas apresentadas pelo autor são decisivas, pela autenticidade, abundância, coerência, encadeamento e limpidez. Constitui exaustiva demonstração histórico-jurídica, que satisfaz ao mais exigente investigador da história e do direito. Só me resta felicitar Eduardo Canabrava Barreiros por mais esse serviço prestado à Justiça e à cultura nacionais. (Instituto dos Advogados Brasileiros)

Por fim, conclui o Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais em seu parecer de fls.683/687 que Joaquim José da Silva Xavier é natural da Vila de São João Del Rei.

Portanto, em que pese os argumentos trazidos pelas Municipalidades de Ritópolis e Tiradentes em suas valorosas manifestações de apreço ao mártir da inconfidência, outra posição não resta a não ser acolher-se a conclusão acima a partir dos estudos feitos pelo historiador Eduardo Canabrava Barreiros e corroboradas pelos diversos Institutos acima referidos.

Todavia, conforme bem asseverado pelo Instituto Histórico Nacional, não há provas que revelem a data do nascimento de Tiradentes, não nos cabendo criar a história mas simplesmente reproduzi-la a partir de sua análise criteriosa com base nos documentos acostados aos autos.

Assim sendo, o registro deverá ser fiel as informações de época para que, ao final, se determine o registro tardio do mártir da inconfidência constando do assento de seu nascimento junto ao Cartório de Registro Civil desta Comarca o seguinte:

JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER, nascido na Fazenda Pombal, Termo da Villa de São João D'El Rei, Capitania de Minas Geraes, filho de Domingos da Silva dos Santos, natural da freguezia de Basto, arcebispado de Braga, Portugal e de Antonia da Encarnaçam, natural da freguezia de São José Del Rei, tendo por avós paternos André da Silva e Marianna da Matta, naturais de Frecheiro de Basto, Braga, Portugal e avós maternos Domingos Xavier Fernandes e Maria de Oliveira Colaça, naturais de São Paulo. (dados familiares extraídos da certidão de casamento dos pais de Tiradentes, Veloso, op.cit., p.33, fls.638 destes autos). Deverá constar na observação ao pé do assento que o mesmo foi batizado na Capela de São Sebastião do Rio Abaixo, freguesia de N. S. do Pilar da Villa de São João D'El Rei no dia 12 de novembro de 1746 ante a falta de dados sobre a data exata de seu nascimento. Deverá ainda constar que a Fazenda Pombal após a correição de 17 de dezembro de 1755 passou a pertencer por um determinado período ao termo da Villa de São José Del Rei, atual Município de Tiradentes, e que atualmente encontra-se nos limites territoriais do Município de Ritópolis, antigo Distrito de Santa Rita do Rio Abaixo, após emancipação feita em 30 de dezembro de 1962 através da Lei No.2.764 quando se desvinculou do Município de São João Del Rei a quem pertenceu após o seu último retorno por força da Lei Estadual No.2 de 14 de setembro de 1891.

Pelo exposto e por tudo mais que dos autos constam, baseado nos estudos apresentados e lastreado no vasto conjunto probatório dentre eles a certidão de batismo de Joaquim José da Silva Xavier, a certidão de casamento de seus pais e a própria declaração de Joaquim José da Silva Xavier por ocasião dos autos da Devassa ao se declarar nascido na Fazenda Pombal, termo de São João Del Rei, onde se conclui que a região onde nasceu pertencia política e eclesiasticamente ao termo de São João Del Rei à época de seu nascimento, é que deverá ser dada procedência ao pedido, determinado-se o registro tardio na forma acima destacada neste parecer, excepcionando-se unicamente quanto a data de seu nascimento à falta de evidências concretas quanto ao referido dado.

Assim é o parecer.

São João Del Rey, 31/03/08

SEÇÃO V – DIREITO PÚBLICO

SUBSEÇÃO I – DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

1. ARTIGOS

1.1 A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO QUÓRUM EXIGIDO PARA FORMALIZAÇÃO DO PROJETO POPULAR DE LEI

MARCELO DUMONT PIRES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O tema principal do artigo diz respeito ao instituto jurídico-constitucional da apresentação de projeto de lei ao Parlamento brasileiro por cidadãos comuns. Com previsão no artigo 14, inciso III, e 61, §2º, ambos da Constituição de 1988, tem sido pouco utilizado no Brasil, especialmente pelo rigor exigido pela Carta Fundamental quanto aos requisitos necessários ao desenvolvimento regular do projeto popular de lei, de modo que merece ser criticado, ao mesmo tempo em que ganha uma sugestão de aprimoramento. O artigo faz, ainda, uma análise dos regimes políticos existentes, aprofundando-se no tratamento da democracia, espécie adotada pelo ordenamento jurídico nacional, com análise de suas classificações, até atingir sua face participativa, a fim de, daí então, proceder ao estudo do assunto central.

PALAVRAS-CHAVE: projeto popular de lei; democracia; ordenamento jurídico.

ABSTRACT: The main topic of the present article concerns the juridical-constitutional institute of the submission of law projects to the Brazilian Parliament by ordinary citizens. The article 14, section III and 61, paragraph 2nd from the Brazilian Constitution of 1988 have been scarcely used in Brazil, specially due to the demands of the Constitution regarding the necessary requisites to the regular development of a popular bill, therefore, one aims to criticize and also make some suggestions for the overall improvement of this institute. The article also analyzes the existing political regimes, specially democracy, an species adopted by the national legal system, with a deep analysis of its classifications until one reaches its participative nature with an aim to proceed to the central topic of the article.

KEY WORDS: popular bill; democracy; legal system.

A formação política da sociedade, desenvolvida desde os tempos mais distantes da Grécia antiga, passando pelo incremento das instituições romanas, até a distribuição dos feudos e reinos e, atualmente, dos *Estados-países* nos quais estamos inseridos, utiliza-se, em graus diversos, de escolhas para elaboração de preceitos a serem impostos, como definição dos rumos sociais. De fato, o regime político poderia ser encontrado no conjunto das instituições políticas em dada sociedade, servindo de fundamento e fonte da autoridade, do poder, separando-se os mandantes e os mandatários, “[...] aparecendo, assim, como um conjunto de respostas a quatro problemas fundamentais relativos à: (a) autoridade dos governantes e sua obediência; (b) escolha dos governantes; (c) estrutura dos governantes; (d) limitação dos governantes, o que envolve, como se percebe, toda a problemática constitucional”, como quer Duverger (apud SILVA, 2000, p. 128):

O regime político não tem encontrado conceituação uniforme na doutrina. [...] regime político, antes de tudo, pressupõe a existência de um conjunto de instituições e princípios fundamentais que informam determinada concepção política do Estado e da sociedade, mas é também um conceito ativo, pois, ao fato estrutural há que superpor o elemento funcional, que implica uma atividade e um fim, supondo dinamismo, sem redução a uma simples atividade de governo, para concluir que o regime é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico.

A opção especial dos regimes políticos, ou seja, do uso do poder estatal de controle social, variou durante a nossa história, alternando entre aquele que reforça a participação de todos os indivíduos socializados e o outro no qual homens *qualificados* detinham a condução dos caminhos da sociedade em suas mãos. Assim, imperou em alguns momentos a democracia, certas vezes na sua forma mais aprofundada, como se dá nos Estados Unidos da América e na maioria dos países europeus ocidentais, em outras nem tanto, como na Grécia antiga; mas, em outras épocas, a autocracia figurou como o regime prevalecente. As monarquias européias dos séculos XVI e seguintes e o império brasileiro do século XIX, como diversos outros regimes de governo autocrático, marcaram tempos não muito distantes dessa primazia.

Vale aqui fazer uma distinção resumida dos regimes políticos, que são as regras e princípios que guiam o poder sobre a tomada de decisões estatais ou governamentais. A democracia, numa perspectiva moderna, é definida como o regime pelo qual o controle do poder estatal encontra-se enfeixado nas escolhas da maioria, desde que constitucionalmente limitadas pela necessidade da observância da dignidade da

pessoa humana, tolerância à diferença (respeito às minorias), possibilidade a todos os indivíduos de se *capacitarem*, pluralismo político e constituição de princípios e regras jurídico-elementares (direitos e garantias fundamentais).

Na definição de Britto (2006, p. 183): “Democracia, pois, é o nome que assenta para o fenômeno da subida do povo ao podium das decisões coletivas de caráter imperativo, a simbolizar que ele mesmo é quem escreve a sua história de vida político-jurídica e assim toma as rédeas do seu próprio destino”. Ou então, naquela clássica conceituação de Silva (2000, p. 130):

[...] a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.

Já a autocracia, ao contrário, separa o controle do poder político e o entrega àqueles que preenchem certos requisitos discriminatórios; o controle está centrado sob o comando de poucos. Ao longo do tempo, restou consubstanciada em inúmeras facetas: totalitarismos, ditaduras, *etc.* A distinção é relevante: a democracia pode até mesmo eleger critérios para que o indivíduo seja considerado politicamente capaz, mas tais aspectos são justificadamente realizados, inexistindo qualquer *privilégio* ao sufrágio e segregação em função da raça, gênero ou religião, presente, ao contrário, uma correlação lógica entre o fator de *discrimine* e o direito concedido. Já na autocracia, são eleitos critérios diferenciadores conforme o interesse do detentor do poder, a classe dominante.

De volta à democracia, ela deve ser considerada, como de fato o é por alguns, como princípio central do conjunto constitucional. Esse princípio-referência teria a função elementar de conferir fundamento jurídico a todos os outros adotados num ordenamento jurídico, com vistas à realização harmônica do sistema. “Se o princípio por excelência é o que mais repassa a sua materialidade para os outros, o que mais se faz

presente na ontologia dos demais princípios, *esse megaprincípio é o da democracia*”¹ (BRITTO, 2006, p. 183). Escolhida pelo nosso povo através da Assembleia Nacional Constituinte como regime político de maneira expressa e difusamente por princípios e regras constitucionais, como se vê do Preâmbulo da Constituição de 1988, bem como de inúmeras passagens (artigo 1º, incisos I a V, parágrafo único, artigo 5º, artigo 14, I, II e III, dentre tantos outros), é possível sua divisão, meramente classificatória-processualista em três: a democracia direta, a semidireta e, por fim, a indireta.

Antes mesmo de falar sobre elas, é importante frisar as diversas *faces* da democracia, pois pode ser concebida pelo aspecto *formal*, *material* e *processual*. Formalmente falando, a democracia nada mais é que o regime no qual o povo elege seus governantes e compartilha o poder político de criar o Direito; finalmente, acompanha a consecução das normas. Materialmente, atinge legitimidade no conteúdo da regra criada, ou seja, “[...] enquanto fim ou objetivo de toda norma jurídico-primária mesma (democracia substancial), incorpora a positivação de valores que se marquem por uma densa vertente popular (tanto no campo institucional como na área das franquias individuais e dos direitos sociais)” (BRITTO, 2006, p. 185). Por fim, a democracia, em sua feição procedimental dispõe sobre o *modus* participativo popular, define a maneira pela qual o povo faz valer o poder político de que é titular, em outras palavras, exercita a *soberania popular*. É nesse último parâmetro diferenciador que se fala em democracia direta, semidireta e indireta.

A democracia direta transforma a participação popular em criação de princípios e regras positivas sem, contudo, uma intermediação, confirmando a vontade dos *atores sociais* na fixação de parâmetros jurídicos, celebrando a responsabilidade cívica de forma intensa. Apesar dessa definição que a apresenta de maneira esplendorosa, a democracia direta ainda constitui um objetivo a ser alcançado, diante de uma formação social complexa e totalmente dispersa, inoperante até mesmo pelas limitações tecnológicas e estruturais. Como figura oposta, chegamos àquela forma processual de democracia

¹ Nesse ponto, Britto (2006, p. 190) faz uma consideração pertinente, quando anota que: “Publicistas brasileiros de justificada fama, como JUAREZ FREITAS E CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, fazem da dignidade da pessoa humana o valor constitucional por excelência. A corda que puxa a caçamba da Democracia, para nos expressarmos em linguagem quicá abusivamente coloquial. Arriscamo-nos a dissentar de tão qualificada opinião, porque o próprio conceito de dignidade da pessoa humana nos parece tributário da plena vivência da Democracia. O mais arejado clima de liberdade pessoal e coletiva que se respira na Democracia é que possibilita a fixação dos próprios contornos da dignidade da pessoa humana, essencialmente históricos ou empíricos. A Democracia opera como o fórum ideal para a discussão dela própria e de tudo mais, porque somente nela o que quer que seja pode ser dito por quem quer que seja. Daí a primazia que lhe atribuímos sobre todos os outros valores constitucionais, inclusive o valor da dignidade da pessoa humana, pois temos como certo que não se fixa o tamanho da Democracia pelo metro da dignidade da pessoa humana, mas justo o contrário: o tamanho da dignidade da pessoa humana é que se fixa pelo metro da Democracia. Quanto maior o avanço democrático, mais e mais aspectos da dignidade da pessoa humana ganham a possibilidade de se positivar como norma jurídica, e, uma vez positivados, ainda se tornam suscetíveis do benefício da interpretação chamada de extensiva”.

mais antiquada: a indireta. Nela, a formação da vontade popular majoritária limitada constitucionalmente dá-se apenas mediante escolha de representantes, mediadores do cidadão e as ações estatais. A cargo desses representantes eleitos está todo o arcabouço para dispor sobre as leis inovadoras do país, salvo limitações do próprio poder constituinte originário.

Em outro aspecto, a democracia aparece em caráter semidireto. Há formação de uma representação legitimada é verdade, mas se mantém a capacidade de decisão em certos momentos franqueada ao titular do poder, o povo, que age procedimentalmente de modo ativo. Esse formato foi adotado pela Constituição da República brasileira: são eleitos os mandatários, seja para a criação das obrigações gerais e abstratas, Poder Legislativo, seja na execução dessas leis (governos federal, estaduais e municipais), deixando, no Brasil, os membros do Poder Judiciário (monopólio estatal da jurisdição) e do Ministério Público nomeados através do sistema meritório (artigos 93, inciso I, 129, § 3º, da CF/88), como exceções ao método eleitoral.

Desse modo, existem mecanismos democráticos que permitem a participação popular na formação das normas, não diretamente na sua concretização, mas porque conjugam sua vontade com a dos representantes eleitos, para que entrem em vigor e produzam regulares efeitos. Tais meios participativos podem ser agrupados em três institutos constitucionais: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular das leis, todos previstos no artigo 14, incisos I, II e III, da nossa Lei Fundamental. A Constituição considera o uso de tais formas democráticas insertas no artigo 14 exercício da soberania popular; tal soberania vem espelhada, em contrapartida, com o direito de voto, uma vez que a *elegibilidade ativa* é requisito fundamental para o exercício de qualquer uma delas.

O plebiscito representa o instituto pelo qual uma norma jurídica positiva poderá ser adotada sobre determinada matéria pelos representantes políticos mediante o poder a eles concedidos em editar e proclamar leis *lato sensu*, após uma consulta popular com resultado majoritário favorável. Nos dizeres de Nery Júnior e Nery (2006, p. 190), a respeito do assunto na nossa atual *Carta Fundamental*: “Plebiscito: Forma de consulta popular, feita por determinação exclusiva do Congresso Nacional (CF 49 XV), sobre tema específico e determinado que antecede os trabalhos do Congresso Nacional na edição de lei. Caso a matéria seja aprovada pelo povo no plebiscito, aí sim será editada lei regulamentando a material”. Em contrapartida, o referendo reflete a capacidade da norma, já aprovada quando submetida ao crivo dos representantes eleitos, de entrar em vigor e produzir eficácia com a concordância dos cidadãos na sua validade e, igualmente, na sua legitimidade.

Referendo: Forma de consulta popular, feita por determinação exclusiva do Congresso Nacional (CF 49 XV), sobre tema específico e determinado já aprovado por lei, mas que só

entrará em vigor se for ratificado pelo referendun popular. No referendo, o Congresso Nacional aprova a lei e a submete à ratificação popular, perguntando-lhe se a lei deve ou não entrar em vigor. (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 190).

Finalmente, a iniciativa popular de lei representa instituto legítimo de alcance dos cidadãos, em um momento de regular funcionamento das instituições políticas, à fase inaugural do processo legislativo, a fim de provocar o Poder Legislativo a discutir uma matéria como futura norma jurídica, ou seja, para que esse Poder estatal avalie a legalidade, a conveniência e a oportunidade em editar uma regra abstrata e geral e torná-la jurídica, de modo que todos a ela prestem obediência. Assim, em outros termos, certa parcela popular trata de provocar *sponte propria* o Poder Legislativo a apreciar projeto de lei sobre determinado assunto, a fim de exigir dos demais indivíduos o cumprimento daquele imperativo geral, caso aprovada a lei, numa afirmação da democracia *participativa*.

No Brasil, a Constituição da República cria mecanismo qualitativo e quantitativo para ensejar a apresentação de um projeto de lei de origem popular a ser discutido na casa legislativa, salvo quando a matéria em debate desrespeita os limites materiais previstos pela própria Carta (artigo 60, § 4º, cujo óbice é encontrado na expressão *não será objeto de deliberação*), quando proclama o seguinte:

Art. 61. [...]

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Outra regra constitucional de suma importância é aquela prevista no § 4º do seu artigo 27, que impõe aos Estados membros a necessária fixação do mesmo instituto jurídico em seus âmbitos, fato que ressalta a essencialidade da iniciativa popular de lei como exercício da soberania popular. Assim, a possibilidade de formular projeto de lei por meio de uma iniciativa dos representados passa pela dificuldade em conseguir um por cento da assinatura de todos os cidadãos (capacidade eletiva), em cinco diferentes Estados membros, por não menos que três décimos por cento em cada um deles. Impende mencionar, outrossim, a anotação que Silva faz sobre o tema: “Aqui, no processo legislativo, é reconhecida a iniciativa popular, independentemente de regulamentação legal, porque o próprio texto constitucional (art. 61, § 2º) já estabelece os requisitos necessários e suficientes para o seu exercício imediato”.

De fato, basta observar o conteúdo da norma constitucional para ficar claro que o

quórum exigido é extremamente rigoroso e, portanto, pernicioso à própria realização da democracia substancial. É impossível creditar a diminuta participação do nosso povo na formação de leis somente a uma inércia por mera *indiferença*, criando-se um preconceito e uma descrença à capacidade de desenvolvimento da nossa democracia participativa, numa visão simplificadora do problema. A verdade é que, além do desconhecimento amplo desse instituto jurídico, aqueles aspiradores da iniciativa esbarram e ficam acuados pelo rigor da Constituição. Em outras palavras, a vontade democrática em formular um projeto de lei com fonte no próprio eleitor topa na *muralha* procedimental, numa tecnocracia desarrazoada, para não dizer numa *freada democrática na sua própria fonte e no seu próprio destinatário*.

Daí é válido dizer que a democracia material, descrita como o encontro da validade da norma com a sua legitimidade (vislumbrar na regra positiva valores e aspirações coletivas), perde espaço para o ostracismo (cujo substantivo masculino, aliás, significa o desterro, por dez anos, a que eram condenados os atenienses por crimes políticos e, por extensão, a exclusão especialmente da governação pública) do procedimento. Em verdade, o instituto já nasceu quase que obsoleto, transparecendo, inicialmente, sua beleza como *arma popular* e exercício de soberania (artigo 14, III), porém, desfigura-se alguns artigos para frente (artigo 61, § 2º), dando a impressão de que a nossa democracia tem lá sua feição retórica. Como já registrou em oportuna passagem, Lopes (2006, p. 25) assevera para o aspecto moderno da cidadania:

A cidadania deve ser concebida como um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a noção de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não existem direitos sem seus correlatos deveres. [...] A visão estática e individualista de cidadania deve ser superada, na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade.

É nessa direção, de fato, que se torna essencial a alteração da forma, do meio constitutivo da formalização de um projeto de lei quando originário do próprio eleitor, o detentor do poder. Como tal, não deve ser considerado legitimado ativo *comum*, nem pode ter sua capacidade tolhida por norma que, mesmo sendo formalmente constitucional, desmotiva e inviabiliza o interesse maior da própria lei fundamental: a plenitude da soberania popular. Assim, ao cabo da crítica, deve-se anotar que, apesar do quórum ter fonte no poder constituinte originário, não está suficientemente elaborado. Aliás, frise-se ser impossível que se atribua a essa norma (artigo 61, § 2º) a pecha da inconstitucionalidade, pelo entendimento há muito esculpido pelos doutrinadores e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, da impossibilidade de normas

originárias serem confrontadas com outras de mesma fonte e estatura, num reforço ao princípio da *unidade da Constituição*.

Todavia, impõe-se seja dito que tal quórum pode ser alterado mediante Emenda à Constituição, desde que a deliberação não seja no sentido de torná-lo ainda mais rigoroso, pois senão estar-se-ia batendo de frente com a limitação material ao poder de reforma, numa tendência à abolição de um direito fundamental, a soberania popular. Por isso e por tudo que já foi escrito nesse artigo, defende-se um abrandamento do *quórum* para a efetividade da iniciativa popular, bem como uma tramitação diferenciada do projeto dela oriundo.

Assim sendo, quantitativamente, a sugestão seria pela exigência modulada segundo um raciocínio simples, mas fundamentado: ora, se cada membro do parlamento é capacitado, juridicamente, a propor um projeto de lei, bastaria que o número mínimo de eleitores capaz de eleger um membro à Casa Legislativa subscrevesse o projeto. Ou seja: seria necessário apenas recolher as assinaturas de tantos eleitores quantos foram necessários no último certame eleitoral para eleger um membro à Casa Legislativa na qual se procura apresentar o projeto (Câmara dos Deputados), para que ele seja por ela apreciado.

É claro, contudo, que tal método prejudicaria os eleitores dos Estados membros que em todos os pleitos exigem maior número daqueles para eleição de um único membro do parlamento, como acontece com São Paulo ou Minas Gerais, por exemplo, em comparação com os Estados do Acre e Amapá. Mas tal *perturbação do sistema* decorre da nossa tão combatida regra *proporcional*, passível de correção por uma eventual reforma política para um sistema *distrital*.

Desse modo, a sugestão aqui lançada tem como intuito promover a participação mais intensa do povo no exercício da sua soberania, aperfeiçoando a democracia *participativa*, quando então os representantes eleitos tomariam conhecimento direto das demandas mais pujantes do eleitorado, ao intensificar a discussão política e aprimorar a democracia, momento em que a população reconheceria no debate político as suas preocupações e anseios (*legitimidade*).

Noutro aspecto, também o processo legislativo de tramitação de tais projetos deveria ser diferenciado, concedendo-lhes certa prioridade, sem perder de vista a obrigatória avaliação jurídica (constitucionalidade) e política (interesse público) a ser dimanada nas comissões específicas. Por fim, deixe-se registrado o momento atual da nossa democracia: apesar de jovem e inexperiente, tem-se solidificado mediante a liberdade de expressão, o respeito ao pluralismo e a busca dos valores sociais. Todavia, a insegurança jurídica, a falta de oportunidades e o descaso por certa classe política burocrática pelos assuntos mais relevantes a respeito do nosso crescimento como nação, desejosa da manutenção do *status quo*, põem em xeque a fundamental regra da representação política e abalam as

instituições democráticas.

A mudança das regras do *jogo* legislativo, quando beneficiam o titular único do poder, somente pode provocar superação de paradigmas, ampliação do debate daquilo que é capital a um país da nossa magnitude e importância, bem como a edição de leis mais legítimas, aproximando o cidadão do exercício de um domínio que é seu, constitucionalmente. Arreda, de certa maneira, um enorme tropeço na democracia, naquilo que Bonavides (2003, p. 88) descreveu como *crise constituinte*:

Já os países subdesenvolvidos se acham, pela fragilidade de seus mecanismos econômicos, mais sujeitos a se verem vítimas da crise constituinte, em virtude da inadequação do sistema político e da ordem jurídica ao atendimento de necessidades básicas da ordem social, as quais permanecem insatisfeitas ou postergadas.

A crise constituinte, sendo portanto um processo, não se exaure nem na outorga nem na promulgação de uma Constituição. Ela de todo se manifesta pelo antagonismo da nova Constituição com as realidades sociais mais aprofundadas. E ocorre naturalmente quando as instituições políticas recém-criadas por obra do braço soberano não alicerçam um poder legítimo, fazendo, ao contrário, perdurar em toda a sociedade o dissenso sobre o consenso. Nesse caso a instabilidade prossegue e a Constituição, desprovida de um substrato básico de aprovação popular, perde eficácia, a juridicidade, a normatividade.

Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES et al. *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

1º Acórdão.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA - COFINS - MODALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - DISCUSSÃO EM TORNO DA POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE A ISENÇÃO OUTORGADA POR LEI COMPLEMENTAR (LC Nº 70/91) SER REVOGADA POR MERA LEI ORDINÁRIA (LEI Nº 9.430/96) - EXAME DA QUESTÃO CONCERNENTE ÀS RELAÇÕES ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - EXISTÊNCIA DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - QUESTÃO PREJUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE (CPC, ARTS. 480 A 482) - POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) - INOBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “FULL BENCH” - CONSEQÜENTE NULIDADE DO JULGAMENTO EFETUADO POR ÓRGÃO MERAMENTE FRACIONÁRIO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO. - A estrita observância, pelos Tribunais em geral, do postulado da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da Constituição, atua como pressuposto de validade e de eficácia jurídicas da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público. Doutrina. Jurisprudência. - A inconstitucionalidade de leis ou de outros atos estatais somente pode ser declarada, quer em sede de fiscalização abstrata (método concentrado), quer em sede de controle incidental (método difuso), pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária ou, onde houver, no respectivo órgão especial. Precedentes. - Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal, em consequência, dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão meramente fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno. EQUIVALÊNCIA, PARA OS FINS DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO, ENTRE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E O JULGAMENTO, QUE, SEM PROCLAMÁ-LA EXPLICITAMENTE, RECUSA APLICABILIDADE A ATO DO PODER PÚBLICO, SOB ALEGAÇÃO DE CONFLITO COM CRITÉRIOS RESULTANTES DO TEXTO

CONSTITUCIONAL. Equivale à própria declaração de inconstitucionalidade a decisão de Tribunal, que, sem proclamá-la, explícita e formalmente, deixa de aplicar, afastando-lhe a incidência, determinado ato estatal subjacente à controvérsia jurídica, para resolvê-la sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional. Precedentes (STF). (STF, 2ª Turma, RE-AgR 509849 / PR, Rel. Min. Celso De Mello, Julgamento 04/12/2007, Divulg. 31-01-2008).

2º Acórdão.

EMENTA: 1. Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário. 2. Crime hediondo: regime de cumprimento de pena: progressão. Ao julgar o HC 82.959, Pl., 23.2.06, Marco Aurélio, Inf. 418, o plenário do Supremo Tribunal declarou, incidentemente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da L. 8.072/90 - que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo - por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF., art. 5º, LXVI). 3. Habeas corpus: deferimento, de ofício, para manter o tópico da decisão do Tribunal a quo que fixou o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena imposta ao agravado. (STF, 1ª Turma, AI 620816 / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento 17/10/2006, Divulg. 10-11-2006).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 O DESVIRTUAMENTO DO DEVER DE DAR PUBLICIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS, CONFIGURANDO SITUAÇÕES DE IMPROBIDADE E DESPERDÍCIO DE RECURSOS FINANCEIROS DO ESTADO

PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA
Advogado

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 208.114-1 SÃO PAULO

RELATOR: OCTÁVIO GALLOTTI

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RECORRIDO: ÂNGELO GAMEZ NUNES

EMENTA: AÇÃO POPULAR. Publicação custeada pelo Município de São Paulo. Ausência de conteúdo educativo, informativo, ou orientação social que tivesse como alvo a utilidade da população, de modo a não se ter o Acórdão recorrido como ofensivo ao disposto no §1º do artigo 37 da Constituição Federal. Recurso Extraordinário de que, em consequência, por maioria, não se conhece.

Razões

O comentário a seguir objetiva analisar o problema dos gastos públicos com publicidade, a luz do permissivo constitucional supra descrito. Embora os gastos com publicidade na maioria dos casos estejam respaldados por leis, buscaremos evidenciar que tanto o legislador, quanto o administrador público adotam interpretação indevida do referido dispositivo constitucional, configurando improbidade administrativa, lesão ao Erário, e inobservância dos princípios basilares da Administração Pública e da própria Constituição Federal, tais como a razoabilidade, a proporcionalidade, a impessoalidade, o interesse público, entre outros.

Comentários

1. Definição

§1º do Artigo 37 da CR/88: A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagem que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos.

O mandamento da Lei Fundamental em destaque não deixa dúvida sobre a finalidade objetivada pelo Legislador Constituinte, qual seja, a proibição do uso dos recursos públicos para autopromoção política, o que configura desvio de finalidade, percepção de vantagem patrimonial indevida, infringindo, entre outros princípios, a impessoalidade no exercício das disputas democráticas eleitorais. Embora o dispositivo tenha descrição objetiva, não se pode negar, em vista do status constitucional, que também tenha caráter principiológico, resultado da conjugação de princípios que lhe dão substrato, como a moralidade, a legalidade e a já citada impessoalidade. Interpretação comungada com esta idéia tiveram os ilustrados Pretores da Corte Suprema, no Acórdão em análise, quando deixaram de acolher as razões do Recurso Especial, interposto pelo Município de São Paulo contra decisão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado em Ação Popular.

2. Interpretação dos Tribunais

Os tribunais de todo país adotam o entendimento de que a publicidade por meio de veículos de mídia não está proibida, ao contrário, a publicidade é dever das administrações, contudo o conteúdo e a finalidade do que se intenta divulgar é que deve sofrer o controle de constitucionalidade, tanto a difusa quanto a concentrada, dependendo do caso. O controle difuso, exercido incidentalmente nas ações julgadas pelos magistrados monocráticos, distribuídos pelo território nacional, terá como objeto principalmente os atos administrativos propriamente ditos. O controle concentrado atacará as leis que forem editadas em desacordo com a disciplina constitucional. Em ambos os casos a análise raramente será de ordem objetiva, demandando, portanto, interpretação, que será sempre influenciada por variáveis ideológicas e políticas. O intérprete pretor deverá invariavelmente buscar a interpretação que realiza a razão e a finalidade da lei, uma vez que estas foram pensadas para realização do valor supremo do justo. Qualquer outra interpretação que se faça estará divorciada da Constituição. Estabelecido este pressuposto, a indagação necessária é se os atos administrativos, ou leis, destinadas a autorizar a veiculação de informações das administrações públicas, servem de fato à utilidade pública, subsumidas nas expressões “caráter educativo, informativo ou de orientação social”. Dificilmente haverá dúvida quanto à primeira, caráter educativo. Campanhas contra a dengue, o cólera, o consumo de bebidas alcoólicas, o uso de preservativo, entre tantas outras, são excelentes exemplos de conteúdo educativo. A expressão caráter informativo carece de objetividade e assim se faz necessário a aplicação de interpretação adequada. Em nosso sentir, “*permissa vênia*”, era desnecessária sua inserção ao dispositivo, pois, o caráter educativo já abarca a significação de informativo. É inegável que o Estado deve despende recursos para informar suas ações e seus gastos, desdobramento do princípio da publicidade, entretanto, a expressão é carecedora de regulamentação, pois não é lícito que os gastos na “publicidade informativa” sejam de vulto desproporcional, de modo

a nos autorizar a julgar que os recursos seriam melhor aplicados em outras atividades. Trata-se de simples análise de bom senso. Nem sempre o Judiciário e a sociedade estão atentos a esta situação, portanto, a interpretação não deve se restringir ao plano objetivo, ou seja, se há permissivo legal para previsão orçamentária de gasto com publicidade informativa, devendo esmiuçar se é moral a destinação de determinado volume de recursos orçamentários para a publicidade. Este exame será imprescindível para distinguir a publicidade que objetiva informar o cidadão, da publicidade que subliminarmente possui conteúdo político partidário, de promoção pessoal, a propaganda propriamente dita que corrompe o juízo crítico do cidadão.

3. Prática da Administração, figura do Administrador Público e crítica da interpretação

Os atos administrativos em geral possuem estrutura de comando normativo, reconhecendo a doutrina os elementos constitutivos do objeto, forma, finalidade, motivo e competência, devendo sempre guardar absoluta conformidade com a ordem legal e constitucional. Assim, o Administrador deverá restringir sua atuação ao cumprimento das leis, a exceção das medidas provisórias, que podem inovar a ordem legal, lembrando que o poder de editar medida provisória é privativo do Presidente da República. Com este pressuposto, seria difícil pensar em brechas na disposição do §1º do artigo 37 da CR que permitissem ao Administrador Público utilizar recursos financeiros em larga escala para propaganda e autopromoção, sob a roupagem de publicidade informativa, no entanto, tem se tornado habitual os cidadãos sofrerem bombardeios maciços deste tipo de publicidade, praticadas pelos três níveis administrativos da Federação. Nos horários nobres da TV, considerados estes os de maior audiência, e por esta razão os de custos mais elevados, veiculam-se os chamados “informativos publicitários” das realizações das administrações municipal, estadual e federal. A lei orçamentária anual deve prever o numerário destinado à atividade de publicidade, mas estará a suposta lei realizando o interesse público? Os atos administrativos que autorizam a publicidade e ordenam a despesa correspondente possuem geralmente fundamento legal, assumindo desta forma uma aparência de constitucionalidade, absolutamente questionáveis na análise da moralidade.

Duas questões exigem resposta: em primeiro lugar qual a real finalidade da publicidade? Em segundo, a conveniência sempre justificará os gastos da Administração? Conveniência e oportunidade de atos são justificativas corriqueiras, mas não podem ser utilizadas em prejuízo dos princípios constitucionais. Conveniência não pode estar divorciada do interesse público, portanto, melhores serventias terão os recursos financeiros se aplicados a setores verdadeiramente carecedores, como a pavimentação de ruas, o conserto de salas de aula das escolas públicas e uma infinidade de destinações que melhor se adéquam a situação de um país com tantos quadros de precariedade. Já a

resposta da primeira pergunta terá uma consequência adicional e gravíssima: se há ou não há ocorrência de improbidade administrativa, pois o Administrador que se vale de suas prerrogativas para, através de informes publicitários, exaustivamente veiculados, induzir o cidadão a formar uma imagem de preferência eleitoral, deverá responder por improbidade, uma vez que utilizou a máquina administrativa em seu proveito. O Administrador é um servidor do povo, como também o são seus subordinados. A vontade que realiza não é sua, mas a vontade do povo, portanto, não pode as escondidas fazer valer seus interesses, mascarados de legalidade.

Com base nestas assertivas, a interpretação que reconhece legalidade na utilização desproporcional de recursos públicos com publicidade informativa não possui a profundidade necessária à correta análise de constitucionalidade, pois a ofensa aos princípios é a ofensa no que há de mais fundamental na ordem social, atinge as razões de ser da integração de toda a sociedade.

TJSP – Apelação nº160.666-1/0 -5ª Câmara Cível de Férias “C”, v.u., Rel. Des. Melo Júnior, 7-2-1992: “Não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras e serviços. Aliás, num país como o nosso, com tão poucos recursos, não se pode sequer entender por que grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, são destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços que se constituem obrigação do administrador eleito. Mas nem por isso, pode se fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de auto-promoção”.

4. Ações Corretivas

A sociedade deve fiscalizar o Poder Público, função própria do Ministério Público, mas não exclusiva deste. A Ação Popular tem sido manejada por cidadãos para correção dos atos administrativos em desconformidade com a prescrição do §1º do artigo 37 da Constituição Federal, como se deu no Acórdão supra descrito. Todavia, o controle de constitucionalidade também se faz a texto de Lei destinada a permitir ao Chefe do Executivo dispor de numerário e, ou, de veículos de imprensa públicos para veicular informação com objetivo de autopromoção. O Judiciário não nega provimento a Ações Diretas de Inconstitucionalidades que objetivam caçar a validade de leis ou disposições de leis desta natureza.

Para tratar a configuração da improbidade administrativa, colaciona-se a instrução de Alexandre de Moraes em sua obra a Constituição do Brasil Interpretada p. 914: “Anote-se que a previsão das hipóteses configuradoras de atos de improbidade, bem como sua

regulamentação e procedimento de responsabilização, foi dada pela Lei nº 8.429/92”.

O desrespeito às regras constitucionais da publicidade enquadra-se nas previsões dos arts. 9º (“Constitui-se ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei”) e 11, I (“Constitui-se ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade, legalidade às instituições, e notadamente: I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência da citada lei”).

Conclusão

O Poder Executivo, operador por excelência da Administração Pública, em todos os níveis da Federação, não pode despendar recursos elevados com publicidade de qualquer ordem, excluídos aqueles de caráter verdadeiramente educativos, ou, de utilidade pública. Os informes publicitários das obras realizadas configuram desperdício de dinheiro, e, suspeita de autopromoção, o que configura improbidade administrativa, passível de correção por meio de todas as medidas previstas pelo ordenamento pátrio, destacando a Ação Popular, a Ação Civil Pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade. O representante eleito possui o chamado “poder dever”, cujos limites se evidenciam na obediência da vontade dos cidadãos e dos princípios constitucionais, em maior medida que a simples legalidade. Caberá ao próprio Poder Público desenvolver meios razoáveis e baratos de colocar à disposição da sociedade comparativos e estatísticas dos resultados das administrações, pois, somente assim se avançará na eterna luta para consolidar a moralidade e a justiça social.

Referências Bibliográficas

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 5. Ed. 0 São Paulo: Atlas, 2005.

BUENO, Vera Scarpinella. O artigo 37, §1º, da Constituição Federal, e a Lei de Improbidade Administrativa, Revista Diálogo Jurídico – Ano 1 – vol. I – nº 6 – Setembro de 2001 – Salvador – BA – Brasil. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-vera-bueno.pdf> Acesso em 23 mai.2008.

DALLARI, Adilson Abreu. Divulgação das atividades da Administração Pública – publicidade administrativa e propaganda pessoal. RDP, 98:245;

LIMA, Zaira Messias. Moralidade Administrativa Conceito e Controle

4. TÉCNICAS

4.1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

ELAINE MARTINS PARISE

Procuradora de Justiça do Estado de Minas Gerais
Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade

EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR-RELATOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADI n.º 1.0000.06.433783-5/000

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, por sua Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, no uso de suas atribuições constitucionais, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, interpor RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com fulcro no artigo 102, III, *al*, da Constituição da República e nos artigos 541 e seguintes do Código de Processo Civil, contra o acórdão prolatado por esse eg. Tribunal de Justiça nos autos desta ADI, na qual se fustiga o inciso IV do artigo 31 da Lei n.º 6.299/2006, do Município de Divinópolis, fundamentando-se nas razões de direito a seguir aduzidas.

Requer, após admissão, seja encaminhado ao eg. Supremo Tribunal Federal, para apreciação e julgamento.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2008.

ADI n.º 1.0000.06.433783-5/000

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: CÂMARA MUNICIPAL DE DIVINÓPOLIS

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

Excelentíssimos Ministros,

1. Relatório

Cuida-se, na espécie, de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Federação das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado de Minas Gerais – FETRAM com o fim de ver reconhecida a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 31 da Lei n.º 6.229/2006, do Município de Divinópolis-MG.

Na oportunidade, o Requerente alegou, em síntese, que a referida Norma viola os postulados da independência e harmonia entre os Poderes, e o da iniciativa reservada do Chefe do Executivo para leis que aumentem despesas.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na qualidade de *custos legis*, opinou pela improcedência do pedido inicial, argumentando, em síntese, inexistir ofensa ao princípio da separação dos Poderes e que a matéria tratada na Lei invetivada não se incluía naquelas de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (fls. 121/136).

Contudo, para surpresa desta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, a Colenda Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais acolheu a ADI, julgando-a procedente, em acórdão cuja ementa se pede vênua para transcrever:

ADI–LEIMUNICIPAL–VÍCIODEINICIATIVA–VIOLAÇÃO
AO PRINCÍPIO DA HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS
PODERES. Revela-se inconstitucional a norma municipal, de
iniciativa da Casa Legislativa, que trata de matéria reservada
à iniciativa do Poder Executivo, implicando subtração de
competência legislativa e afronta ao princípio da harmonia e
independência dos Poderes. Rejeitadas as preliminares, acolhe-
se a representação.

Foram, então, opostos Embargos de Declaração, a fim de se prequestionar a matéria e, ainda, integrar a decisão recorrida (fls. 165/171).

Os Embargos foram rejeitados, mantendo-se o resultado da decisão.

Como se vê, merecem integral reforma os v. acórdãos recorridos, através dos quais a Corte Superior do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deixou, *concessa maxima venia*, de cumprir seu papel de guardião da Constituição Estadual, malferindo, concomitantemente, cláusulas imperativas da Constituição da República e desvirtuando-se da jurisprudência consolidada dessa Suprema Corte, pois, equivocadamente, entendeu ser de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo projeto de lei que versa sobre matéria que não está inserida no âmbito de sua iniciativa reservada, como se demonstrará.

Assim, o provimento do presente Recurso Extraordinário impõe-se a toda evidência, visto que os v. acórdãos recorridos violaram, manifestamente, princípios e normas constantes da Constituição da República, o que, confia o Recorrente, será reconhecido prontamente por Vossas Excelências.

2. Da fundamentação

2.1. Da admissibilidade do recurso extraordinário

O manejo do presente apelo raro está revestido dos requisitos necessários ao deferimento de seu processamento, bem como de seu conhecimento, pois apresenta-se tempestivo, a questão impugnada está regularmente prequestionada e a instância mostra-se esgotada.

In casu, a intimação pessoal do Ministério Público efetivou-se em 09 de maio de 2008, a teor do Aviso Conjunto n.º 01/02 da Primeira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça mineiro e do Procurador-Geral de Justiça Adjunto, publicado no *DJ* de 19.03.2002, *verbis*: “o Procurador de Justiça será considerado intimado no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o recebimento do feito judicial pela Secretaria Judiciária, na pessoa de um representante do Ministério Público, consoante os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade da Instituição”.

É certo, portanto, que o apelo foi protocolado dentro do prazo legal, previsto no art. 508 c/c o art. 188, ambos do CPC.

Toda a matéria aqui discutida recebeu prequestionamento expresse, quer no parecer ofertado por esta Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade, quer nos Embargos de Declaração aviados.

Convém destacar que, por entender que havia omissão no acórdão, foram opostos Embargos Declaratórios, os quais foram rejeitados.

Restou, pois, patente a ofensa à Constituição da República e a configuração do prequestionamento, em obediência à Súmula n.º 356 do STF.

Tem, ainda, o Ministério Público legitimidade e interesse para recorrer.

E, por derradeiro, mostra-se esgotada a instância, não havendo outra forma de se alterar o acórdão fustigado senão pela via do apelo extremo.

2.2 Repercussão geral das questões constitucionais sob análise

De acordo com o § 3º do artigo 102 da Constituição de 1988, acrescido pela novel Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, o Recorrente, no Recurso Extraordinário, deverá demonstrar a *repercussão geral das questões constitucionais* discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que esse Supremo Tribunal examine a admissão do recurso.

O artigo 322 do Regimento Interno dessa eg. Corte Suprema, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Regimental n.º 21, reza:

Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a *jurisprudência dominante*, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

[...]

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. (grifamos)

Ora, a decisão impugnada contraria a jurisprudência dominante desse eg. Sodalício, que, em diversas oportunidades, pronunciou-se no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61, § 1º da Constituição da República (ADI n.ºs 1.521, 2.672, 3.394; ADC 12; RE n.º 182.953).

Portanto, *in casu*, incide a regra do § 3º do art. 543-A do CPC, reproduzida no § 1º do art. 322 do RISTF.

Caso não seja esse o entendimento de Vossas Excelências, o que se admite apenas por amor ao debate, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, desde já, aponta a repercussão geral das questões constitucionais discutidas nos presentes autos, haja vista que esse Excelso Supremo Tribunal Federal, em não raras oportunidades, como veremos adiante, já se pronunciou em sentido diametralmente oposto àquele constante no acórdão recorrido, proferido no bojo desta Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, em que se aponta a violação, por norma dotada de generalidade e abstração, do texto da Carta Magna.

Portanto, *do ponto de vista jurídico*, incontestavelmente é relevante que a matéria veiculada nos autos seja examinada pela Corte Constitucional, por se referir cristalinamente ao princípio da separação de poderes e à política pública com previsão expressa no texto constitucional.

Além disso, como se sabe, o pluralismo social enseja a preocupação, por parte de um Estado Democrático, sobre as minorias existentes no seio da comunidade e sua respectiva integração à vida comunitária, dentre as quais se encontra os deficientes, especificamente aqueles que possuem deficiência renal, objetivo claro perseguido pela norma municipal declarada inconstitucional pelo Tribunal local. A questão constitucional colocada é, sem sombra de dúvidas, dotada de repercussão geral, pois relevante também seu aspecto social.

Dentro desse contexto e considerando-se, ainda, que o v. acórdão recorrido, emanado do Tribunal de Justiça local, manifestou-se pela inconstitucionalidade da norma impugnada, cabe a Vossas Excelências, integrantes da mais alta Corte deste País, que tem como função primordial a guarda da Constituição, fazer com que prevaleçam suas disposições e seus princípios, o que somente será possível com o provimento integral do presente Recurso Extraordinário.

2.3 Da violação do art. 93, IX, da CR/88 em razão da ausência de fundamentação do acórdão investivado

Ao contrário do que se poderia esperar — já que se fala reiteradas vezes em respeito e contribuição ao aperfeiçoamento do instituto do *due process of law* —, obteve o Ministério Público resposta jurisdicional irrita, lacônica, visto que o c. Órgão Julgador de origem não enfrentou as questões constitucionais suscitadas pelo *Parquet*, restando malferida, pois, a cláusula constitucional exposta no art. 93, IX, da Constituição da República de 1988, que determina peremptoriamente:

Art. 93 – [...]

IX - *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Grifo nosso)

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao opor Embargos, apontou as omissões do acórdão, e indicou, ainda, a cristalina e evidente ausência de análise no que toca à questão da inexistência do vício formal de iniciativa. Sustentou, uma vez

mais, que a Norma hostilizada nada mais fez que dar concretude à política pública, da espécie política social, notadamente em relação às pessoas portadoras de necessidades especiais (CR/88, arts. 203, IV; 227, § 1º, II e 244), prevista expressamente no texto constitucional.

Contudo, o c. Órgão colegiado ordinário limitou-se a afirmar que:

Do exame da questão, depreende-se que, em verdade, não ocorrem na decisão as omissões apontadas, pelo que o alcance dos declaratórios seria a modificação do r. *decisum*, a que não se presta o recurso aviado.

[...]

Deste modo, nada a sanar na decisão embargada, eis que inexistentes quaisquer das deficiências a que se refere o art. 535 do CPC, buscando-se, com estes embargos, apenas novo *decisum*.

Ademais, deixou ainda consignado que: “Destaca-se que a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas ou alterar o esquema organizatório-funcional estabelecido pelo legislador constituinte originário”. (fl. 174)

Portanto, como se divisa, os Desembargadores do Órgão Colegiado *a quo* não se permitiram analisar e responder à indagação ofertada em momento procedimentalmente correto, na medida em que conferiram maior valor a um suposto esquema organizatório-funcional em detrimento a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Assim, a precária e parcial fundamentação vista no julgado em referência equivale à falta de prestação jurisdicional, pois o não-aclaramento da questão constitucional posta nos Embargos de Declaração afasta o requisito do prequestionamento, exigido pelas Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF, vindo a colidir com o preceito do art. 93, IX, da CR/88.

Extraí-se de autorizada doutrina o entendimento segundo o qual:

Assim, se os aclaratórios têm por finalidade prequestionar dispositivos de lei federal, e recusar-se a Corte local a respondê-los, pode o interessado arguir preliminar de nulidade do acórdão, por ofensa ao art. 535, do Código de Processo Civil; *se entretanto, a matéria posta nos embargos prequestionatórios é de índole constitucional, entendemos correta a veiculação de preliminar de nulidade de acórdão fulcrada em ofensa ao art. 93, IX, da Lei Maior, em recurso*

extraordinário. (Grifos nosso) ¹

Ademais, detectado iniludível vácuo na fundamentação do *decisum*, assim entendido como preterição do comando estatal sobre “questões suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício” (SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao CPC. v. IV, p. 451), o Julgador incide em *error in procedendo*; pois é seu dever se pronunciar sobre as “questões de fato ou de direito” pertinentes à causa, conforme determina o art. 93, IX, do Estatuto Constitucional.

Afinal, por diversas vezes, já se afirmou o seguinte pensamento, cuja intelecção está sendo afastada pelo e. Sodalício *a quo*:

[...] se o Tribunal local não declarar o acórdão, nos casos em que tal declaração tem lugar, será caso de recurso especial, por negativa de vigência do art. 535 (RTJ 91/52, STF-RT 538/247), ou do art. 458, II (RTJ 119/1.321; STJ-3a. Turma, REsp. 44.461-6-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22.3.1994, deram provimento, v.u. DJU 2.5.1994, pág. 10.011, 1ª col., em.), ou mesmo do próprio texto sobre o qual se omitiu (RTJ 110/220, STF-RT 53 1/272, em.); (apud THEOTÔNIO NEGRÃO. *CPC e legislação processual em vigor*. 26. ed. p. 435, 1ª col.)

I - A motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando uma ‘garantia inerente ao estado de direito’.

II - A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, mesmo que o seja em embargos declaratórios, sendo insuficiente a simples afirmação de inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão.

Mesmo que a violação ocorra no próprio acórdão, há a necessidade de oposição de embargos de declaração, para proceder ao prequestionamento da matéria, permitindo o exame do Especial.² (Grifo nosso)

Tal entendimento tem fundamento, visto que, como leciona o em. Ministro Marco Aurélio:

O Pretório Excelso, apreciando questão relativa ao prequestionamento, assim se manifestou: ‘O simples fato de

¹ PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 96.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 131.188/RS. Rel. Min. José Delgado. DJU-I 09.11.1998.

determinada matéria haver sido veiculada em razões de recurso não revela o prequestionamento. Este pressupõe o debate prévio e, portanto, a adoção de entendimento explícito pelo órgão investido de ofício judicante, sobre a matéria. Para dizer-se do enquadramento do extraordinário no permissivo legal cotejam-se não as razões do recurso julgado pela Corte de origem com o preceito constitucional, mas sim o teor do próprio acórdão proferido e que se pretende alvejar.³

Tem-se, pois, como incompreensível a decisão proferida pelo Tribunal local. Não olvidemos que teses jurídicas devidamente fundamentadas e pertinentes à controvérsia não podem ser simplesmente ignoradas pelo Órgão Julgador. Há de ser dada uma resposta judicial explícita, motivada e jurisdicionalmente adequada, ainda que contrária à pretensão da parte que argúi, sob pena de se prestigiar o arbítrio. E é justamente por essa razão que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais confia na declaração de nulidade da decisão ora hostilizada. Divisa-se, portanto, que a decisão hostilizada ofende o art. 93, IX, da Constituição da República da 1988, sendo, pois, nula.

2.4 Princípio da separação e independência entre Poderes. Iniciativa reservada do Processo Legislativo. Hipóteses de interpretação restritiva quanto à iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Entendendo Vossas Excelências que a matéria se apresenta devidamente prequestionada, impõe-se agitar as violações perpetradas pela Corte Superior do Tribunal de Justiça de origem à Constituição da República, notadamente no que se refere ao princípio da separação e independência entre os Poderes e o vício de iniciativa, uma vez que o Tribunal local operou em total divergência à jurisprudência sedimentada dessa Suprema Corte sobre o tema.

Como é possível divisar da ementa do acórdão proferido por ocasião do julgamento da ADI, o Tribunal local acolheu a tese aventada pela FETRAM segundo a qual o inciso IV do artigo 31 da Lei Municipal n.º 6.229/2006 contém vício de iniciativa, já que a respectiva redação do dispositivo é fruto de emenda parlamentar realizada por ocasião da tramitação do processo legislativo, malferindo, conseqüentemente, o princípio da separação e independência entre os Poderes.

Não obstante, como tentaremos demonstrar, a perspectiva através da qual a presente questão constitucional foi tratada pelo Tribunal local encerra um desvio da melhor atitude interpretativa quanto ao princípio sob exame, assim como desrespeita o entendimento já sedimentado dessa Suprema Corte sobre a matéria. Isso porque,

³ AI n.º 135.055-9/PA; transcrito no AI n.º 170795-0/SP, *DJU* de 14.10.1996, p. 38889, 1ª col.

da leitura do dispositivo legal hostilizado, conclui-se pela cabal inexistência do apontado vício de origem, porque não está ele regulando ou dispondo sobre fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas; criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva regimento jurídico dos servidores ou sobre provimento de cargos públicos – estas, sim, indubitavelmente, matérias de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo –, mas tão-somente regulando assunto relativo a políticas públicas concernentes a pessoas portadoras de necessidades especiais, o que, às escâncaras, não está inserto naquelas matérias.

Frise-se que o fundamento do desvio de perspectiva operado pelo Tribunal *a quo* radica no fato de entender que quaisquer leis que criem despesas para a entidade federada e não tenha o respectivo processo legislativo iniciado pelo Chefe do Poder Executivo ou o aumento de despesas seja fruto de emendas parlamentares, como *in casu*, será inconstitucional. É o que se extrai do acórdão:

Como cediço, apenas o Executivo pode decidir sobre a oportunidade e conveniência do encaminhamento de projetos de lei que impliquem aumento de despesas públicas a serem custeadas pela municipalidade, a fim de não causar desequilíbrio nas contas públicas e não extrapolar os limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal. (fl. 150)

Como se demonstrará na seqüência, tal entendimento colide frontalmente com a jurisprudência consolidada dessa Suprema Corte. Desenganadamente, o apontado vício de iniciativa correlaciona-se ao princípio da legalidade, à medida que devemos fazer ou deixar de fazer aquilo determinado em lei que, de seu turno, deve, na sua produção, ter seu trâmite processual vinculado àquilo que foi estabelecido no texto constitucional.

Assim, por exemplo, a iniciativa reservada das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de

poderes, incidindo em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico administrativa do Poder Executivo local.⁴

A opção do Legislador Constituinte Originário repousa no *princípio da separação de poderes*, surgido com as primeiras Cartas da idade contemporânea, quais sejam, a Americana de 1787 e a Francesa de 1791. Com efeito, o princípio apontado surgiu em razão do receio de seus principais teóricos – Locke e Montesquieu – de radicar o poder em mãos únicas. Daí a aparição de três funções de governo claramente distinguíveis cujo exercício se encontra em “departamentos” distintos, uns limitando a atuação de outros (*le pouvoir arrête le pouvoir*), tendo todos por objetivo limitar a atuação do soberano e garantir a liberdade do indivíduo frente ao Estado. Daí afirmar Thomas M. Cooley, lançando escólios sobre os princípios do direito constitucional norte-americano, que:

Quando todos os poderes da soberania são exercidos por uma só pessoa ou por uma corporação única, que legisla por si só, que decide os casos de violação das leis e dispõe acerca da respectiva execução delas, a questão da classificação de poderes tem apenas, meramente, uma importância teórica [...] Mas, já que um governo com todos os seus poderes assim concentrados, necessariamente, tem de ser um governo absoluto, no qual é muito provável que a paixão e o arbítrio regulem a ordem dos negócios públicos, em vez do direito e da justiça, é uma máxima na ciência política que, para conseguir o legítimo reconhecimento e proteção dos direitos, os poderes do governo devem ser classificados segundo a sua natureza, e que para tal execução cada classe de poder deve ser confiada a um diferente departamento do governo. Esta disposição dá a cada departamento uma certa independência, que opera como um freio sobre a ação dos outros que poderiam usurpar os direitos e a liberdade do povo, e torna possível o estabelecer e o reforçar as garantias contra quaisquer tentativas de tirania. Por isto, temos os freios e os contrapesos do governo, supostos como essenciais à liberdade das instituições.⁵

Não são outros os ensinamentos de Paulo Bonavides, referindo-se especificamente sobre a doutrina imperante na França:

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000. 791p. p. 511.

⁵ COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 1898. 383p. p.51

Com a divisão de poderes vislumbraram os teóricos da primeira idade do constitucionalismo a solução final do problema de limitação da soberania.

A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. [...]

Essa doutrina é, como se vê, o termômetro das tendências antiabsolutistas.⁶

Para salvaguardar, pois, a liberdade individual burguesa, então nascente, contra os arbítrios do Monarca, o princípio encetado impõe a diversidade de titularidade e exercício das funções estatais.

Daí informar García-Pelayo que:

El hecho de que los poderes del Estado estuvieran divididos, no era nuevo en modo alguno; pero si era nuevo el sentido dado a la división, pues ésta no resultará de una mera concurrencia empírica de poderes, sino de un plan para asegurar los derechos individuales.⁷

E arremata:

Montesquieu establece una teoría clave para el derecho constitucional liberal, que se expresa en los dos postulados siguientes: a) cada función capital del Estado (legislativa, ejecutiva y judicial) ha de tener un titular distinto (poderes); b) en el marco de esta separación, los poderes se vinculan recíprocamente mediante un sistema de correctivos y de vetos (statuer y empêcher). Este sistema aparece como resultado de un proceso lógico-racional para asegurar la vigencia de la libertad.⁸

É o próprio Montesquieu, referindo-se à liberdade, quem afirma, à semelhança de Cooley, que:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estado moderados; só existe

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1996. 230p. p. 45.

⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984. 636p. p. 154.

⁸ Ob. cit. p. 155.

quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.⁹

A liberdade burguesa, pois, só estaria garantida, segundo o iluminista, se o poder pudesse limitar o poder, isto é, sem o caráter absolutista encarnado pelas Monarquias de então, dentro na diversidade de titularidade no seu exercício. Por isso, Cooley, ao classificar as funções dos diversos “departamentos”, ensina:

A classificação natural dos poderes governamentais é em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Poder Legislativo é o de fazer leis e de alterá-las à discrição; Poder Executivo é o que atua na devida execução das leis; Poder Judiciário é o que interpreta e aplica a lei, quando surgem controvérsias concernentes ao que tem sido feito ou omitido nela. Portanto, o Poder Legislativo entende principalmente com o futuro e o Executivo com o presente, ao passo que o Judiciário é retrospectivo, tratando exclusivamente de atos realizados ou ameaçados, de promessas feitas e de injúrias sofridas.¹⁰

Hodiernamente, tal princípio, que nunca foi na realidade constitucional ensejador de poderes absolutamente estanques, vem sendo mitigado pelos diplomas constitucionais positivos, como forma de adequação a nova complexidade social subjacente. Mesmo na origem, o principal teórico iluminista nunca asseverou a separação entre os Poderes. É o que afirma, com singular propriedade, o Ministro Eros Grau:

Montesquieu, como vimos, além de jamais ter cogitado de uma efetiva *separação* dos poderes, na verdade enuncia a *moderação* entre eles como *divisão dos poderes entre as potências* e a limitação ou moderação das pretensões de uma *potência pelo poder* das outras. Daí por que, como observa Althusser, a “separação dos poderes” não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza e o “povo”.¹¹ (Grifos do autor)

Conquanto nem mesmo em suas origens teóricas o princípio encerrou separação absoluta entre os órgãos que titularizaram as funções estatais, impõe-se reconhecer que, malgrado um mito, o princípio sob comento se mostra positivado, estendidos a todos

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851p. p. 166.

¹⁰ ob. cit. p. 51.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3367-1/DF. Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. 13 abr 2005. DJ 22.09.2006

os seus limites, no texto constitucional vigente. Via de consequência, a obediência aos parâmetros constitucionais enseja mero cumprimento da própria Constituição, sem mais. Tal princípio, portanto, se reduzirá àquilo quanto estabelecido positivamente pelo texto constitucional em consideração.¹² Daí afirmar Nuno Piçarra que:

Por outro lado, o tratamento dogmático-constitucional do princípio da separação dos poderes faz-se a partir da análise de uma constituição concreta em vigor. O princípio constitucional da separação dos poderes não é prévio à constituição, mas constrói-se a partir dela.¹³

Nessa linha de raciocínio, imperioso afirmar não suportarem as matérias incluídas na iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo para o processo legislativo interpretação extensiva. Ao revés, traduzem-se em hipóteses sobre as quais a atitude interpretativa adequada é aquela que confere exegese restritiva, por encerrar, às escâncaras, exceção à regra segundo a qual somente o povo, por seus representantes, pode dar-se normas de condutas de forma consensual (CR/88, art. 14), uma vez que o Chefe do Executivo, além de encerrar a encarnação moderna do Rei absolutista, não representa o povo, senão o partido ou a coligação partidária que o elegeu.¹⁴

Nessa linha de raciocínio, a conferir interpretação em *numerus clausus* para as matérias cuja iniciativa é reservada, está a jurisprudência dessa Suprema Corte constitucional. Com efeito, na ADI n.º 2672-1/ES entendeu esse Supremo Tribunal não haver vício de iniciativa na norma invectivada, na medida em que a matéria ali tratada não se incluía nas hipóteses de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Assim, restou ementado o acórdão:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada.

¹² PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. 281p. p. 16.

¹³ ob. cit. p. 16.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 498p.

Noutro giro, não ofende a Carta Magna a utilização do salário mínimo como critério de aferição do nível de pobreza dos aspirantes às carreiras públicas, para fins de concessão do benefício de que trata a Lei capixaba nº 6.663/01.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.¹⁵ (grifo nosso)

Em outra oportunidade, esse Supremo Tribunal Federal ratificou entendimento anterior quanto à interpretação que deve ser conferida à regra de iniciativa vinculada, afirmando, de forma peremptória que:

SERVIDOR PÚBLICO – REAJUSTE DE VENCIMENTOS – OMISSÃO ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PRETENDIDA EXISTÊNCIA, COM BASE NA LEI Nº 7.706/88, DA OBRIGAÇÃO DE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE MERA LEI ORDINÁRIA IMPOR, EM CARÁTER OBRIGATÓRIO, AO CHEFE DO EXECUTIVO, O EXERCÍCIO DO PODER DE INICIATIVA LEGISLATIVA – INICIATIVA VINCULADA DAS LEIS, QUE SÓ SE JUSTIFICA EM FACE DE EXPRESSA PREVISÃO CONSTITUCIONAL – PLEITO QUE BUSCA A FIXAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DE PERCENTUAL DE REAJUSTE DE VENCIMENTOS – INADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA RESERVA DE LEI E POSTULADO DA DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

- A teoria geral do processo legislativo, ao versar a questão da iniciativa vinculada das leis, adverte que esta somente se legitima – considerada a qualificação eminentemente constitucional do poder de agir em sede legislativa - se houver, no texto da própria Constituição, dispositivo que, de modo expresse, a preveja.¹⁶

Na ADI n.º 3394-8/AM, essa Suprema Corte foi mais incisiva quanto ao tema do presente apelo raro, na medida em que taxativamente asseverou:

1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. *Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo.* As

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.672-1/ES. Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. j. 26 jun 2006. DJ 10.11.2006.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 22.690-1/CE. Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. j. 17 abr 1997. DJ 07.12.2006.

hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil --- matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes.¹⁷ (Grifo nosso)

É possível, ainda, extrair do voto do eminente Relator o seguinte raciocínio:

2. Afasto, desde logo, a alegada inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, já que, ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. *Também não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo estadual. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil, dizendo respeito às matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Não se pode ampliar aquele rol, para abranger toda e qualquer situação que crie despesa para o Estado-membro, em especial quando a lei prospere em benefício da coletividade.*¹⁸ (grifo nosso)

Divisa-se, destarte, que somente incidirá nas hipóteses de iniciativa reservada ou vinculada as matérias constantes expressamente no artigo 61 da Constituição, sendo vedada interpretação ampliativa do referido dispositivo. Ademais, somente nessas hipóteses – de matéria cuja iniciativa seja reservada – o Poder Legislativo não poderá criar despesas. Daí o equívoco perpetrado pelo Tribunal local, na medida em que: “Lado outro, a norma acoimada de inconstitucional, além de conceder o benefício, cria deveres para a Administração Municipal que implicam aumento de gastos públicos, sem indicar, entretanto, a correspondente fonte de custeio”. (fl. 150)

Inferre-se, com facilidade, que para o Tribunal de origem quaisquer leis que gerem despesas para o Município são inconstitucionais, caso tenham seu processo legislativo iniciado no Parlamento ou tenha sido emendado por este, independentemente se se tratam de matérias cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo ou não.

Ao revés e como consignado, a jurisprudência dessa Suprema Corte somente não aceita o aumento de despesas em matéria cuja iniciativa do processo legislativo seja exclusiva, reservada ao Chefe do Poder Executivo, convergindo com o quanto

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3394-8/AM. Pleno. Rel. Min. Eros Grau. j. 02 abr 2007. DJ 24.08.2007.

¹⁸ j. cit.

disposto no artigo 63, I da CR/88. De efeito, importa reconhecer que o acórdão fustigado merece reforma total, uma vez que colide com cláusula constitucional de leitura cristalina (CR/88, art. 63, I), assim como com a firme jurisprudência desse Supremo Tribunal.

2.5 A Constituição de 1988 possui caráter dirigente, o que evidencia sua opção positiva por imposições constitucionais de aspecto cultural, econômico e social, tendo como principal destinatário, porém não o único, o legislador. Políticas públicas que visam melhorar à integração de pessoas portadoras de necessidades especiais à vida comunitária que se inserem naquelas imposições a serem obrigatoriamente concretizadas pelo Poder Legislativo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Como alhures afirmado, a FETRAM ingressou em juízo com a presente Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) com o fim de ver reconhecida a inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 31 da Lei n.º 6.229/2006, do Município de Divinópolis-MG.

O Tribunal *a quo*, como já mencionado, acolhendo o argumento da violação ao princípio da separação e independência entre os Poderes – em relação ao qual se demonstrou o flagrante equívoco – julgou procedente a ADI, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo da supracitada Lei, que está vazado nos seguintes termos:

Art. 31. [...]

IV – às pessoas com deficiência, conforme definidas no Decreto Federal n.º 5.296, de 02 de dezembro de 2004, em seu art. 5º, § 1º, I, “a” a “e”, inclusive os doentes renais crônicos, observando o seguinte:

Observa-se facilmente que a Norma municipal trata de matéria conectada à integração de pessoas portadoras de necessidades especiais à vida comunitária, na medida em que estabelece possuírem estas gratuidade nos transportes coletivos municipais.

Nessa esteira, importante frisar que o conteúdo do diploma legal encerra, até mais não poder, a concretização de política pública de magnitude constitucional, na medida em que o Legislador municipal, no âmbito de suas atribuições constitucionais (CR/88, arts. 23, II; 24, XIV; 30, II), materializa o quanto disposto nos artigos 203, IV; 227, § 1º, II e 244, todos da Constituição da República. Mister, nesse momento, aferir o grau de normatividade de tais cláusulas constitucionais, com o escopo de se demonstrar o equívoco plasmado no acórdão objurgado. De efeito, impende, no que toca à natureza da nossa atual Constituição, evidenciar que se trata, desenganadamente, de uma *constituição dirigente*.

Com efeito, inspirada na Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição em vigor

desde 1988 se confina naquela natureza onde seus dispositivos possuem conteúdos que ultrapassam a simples organização do Estado e a tímida previsão de direitos fundamentais, bem ao sabor do liberalismo-burguês do século XVIII. Alcançam, destarte, diretivas que impõem, a toda vista, a realização de políticas públicas, notadamente as culturais, econômicas e sociais. É que, como afirma o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Já como *Constituições diretivas ou programáticas – doutrinais* – são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero ‘instrumento de governo’, mas, além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados. Elas, pois, as que se transformam em um ‘plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins’; não compreendem tão-somente um ‘estatuto jurídico do político’, mas sim um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade.¹⁹ (Grifo do autor)

E, ao lançar comentários sobre a Constituição de 1988, assevera:

Constituição *dirigente* que é, a de 1988 reclama – e não apenas autoriza – *interpretação dinâmica*. Volta-se à *transformação da sociedade*, transformação que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º - e isso se impõe –, fundamento à reivindicação, pela sociedade, de *direito à realização de políticas públicas*. Políticas públicas que, objeto de reivindicação constitucionalmente legitimada, hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade.²⁰ (Grifo do autor)

Mais especificamente, J. J. Gomes Canotilho conceitua o que vem a ser uma constituição dirigente: “[...] bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática”.²¹

Imperioso reconhecer que a constituição dirigente, como uma teoria da constituição, importa na absorção, em seu corpo, de dispositivos cujo conteúdo era inimaginável na época do liberalismo, no qual o objetivo primordial era a conservação do existente, do *statu quo* pós-revolucionário. Em sentido diverso, a Constituição Dirigente possui

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 327p. p. 67.

²⁰ Ob. cit. p. 196.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539p. p.224.

prospecção que se realiza na densificação dos seus preceitos (fins, tarefas, princípios e imposições) de orientação político-jurídico-ideológica, dentre os quais, os de caráter econômico, cultural e social.

Via de conseqüência, impõe-se reconhecer, desde logo, a natureza *dirigente* da Constituição da República de 1988, a impor ao Poder Público (Estado) e à sociedade a realização de políticas públicas que garantam prestações positivas à sociedade.

Frise-se, no entanto, que se trata, na dicção de Grau, não de autorização e sim de *imposição* ao Poder Público e à sociedade, isto é, um dever-fazer colocado de forma obrigatória aos seus destinatários.

Nessa linha de raciocínio, esclarece Canotilho que:

A designação que se vai adoptar preferentemente para as normas constitucionais que impõem, através de ordens, instruções e directivas, a realização de tarefas e a prossecução de fins, é a de *imposições constitucionais*.²² (Grifo do autor)

E acrescenta o ilustre constitucionalista lusitano:

Em face da Constituição Portuguesa [e, acrescente-se: também em relação à brasileira] parece não haver dúvidas que o destinatário das imposições constitucionais não é apenas a Assembleia da República [...] mas também o Governo, titular normal de uma competência legiferante através de decretos-leis ou de decretos no uso de autorização legislativa.²³

Tendo-se como precípua destinatário das imposições constitucionais o legislador, devemos anuir com o fato de que tais imposições são verdadeiras ordens de legislar, sob pena de incorrer o titular desta função em mora legislativa, incompatível com a natureza diretiva da Constituição. “Nem sempre, porém, se tem em atenção poder tratar-se de *preceitos constitucionais de dupla imposição*: as normas constitucionais impositivas são, ao mesmo tempo, imposições constitucionais e ordens de legislar.”²⁴

De efeito, na medida em que o legislador – de quaisquer entidades federadas – concretiza, iniciando o processo legislativo ou emendando o projeto sob sua apreciação, dentro do juízo aferido daquilo que venha a ser, na hipótese em consideração, o interesse social

²² CANOTILHO. ob. cit. p.293.

²³ ob. cit. p. 294-5.

²⁴ CANOTILHO, ob. cit. p. 313.

preponderante, impende refletir que sua conduta em nada mais se traduz senão em mera conformação de uma imposição constitucional, à luz da teoria da constituição dirigente. Isso porque, nas palavras ainda do Professor de Coimbra:

A constituição, ao dar ao Estado uma conformação juridicamente concreta, não se limita a simples contornos negativos – como pretende a teoria dos limites – dos poderes estaduais, nem a impor ao legislador a prossecução do ‘interesse público’, do ‘bem comum’, do ‘aumento da qualidade de vida’, com base em directivas tão vagas como a ideia de ‘justiça’, de ‘solidariedade’ ou de ‘direito’. Ela define, mais ou menos detalhadamente, os fins do Estado, os princípios materiais norteadores da sua realização e as tarefas dos órgãos estaduais. A prossecução destes fins e o cumprimento destas tarefas não se concebem, no Estado de Direito Democrático-Constitucional, em um fundamento jurídico-constitucional concreto.²⁵

Pois bem. Extrai-se das lições dos doutrinadores antes transcritas, que no caso vertente, a emenda parlamentar que conferiu a atual redação ao inciso IV do artigo 31 da Lei Municipal n.º 6.229/2006 nada mais fez do que concretizar as imposições constitucionais relativas à integração da pessoa portadora de necessidades especiais à vida comunitária, como bem afirmou o Ministro Carlos Britto, por ocasião do julgamento da ADI n.º 2649/DF, materializando prestações positivas à sociedade habitante dos seus limites territoriais. Isso porque, ao constitucionalizar o direito a essa proteção, nossa Carta determina:

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a *promoção de sua integração à vida comunitária*; (Grifo nosso)

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.

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação

²⁵ Ob. cit. p. 249-50.

de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

[...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Art. 244 - A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos *veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*, conforme o disposto no art. 227, § 2º. (Grifo nosso)

À vista do quanto disposto nas cláusulas constitucionais transcritas, o dever de promoção à integração à vida comunitária, especificamente em relação a pessoas portadoras de necessidades especiais, encerra imposição constitucional que não pode ser negligenciada, haja vista que, se assim ocorrer, ensejará malferimento dos próprios dispositivos constitucionais que a prevêm. Daí afirmar Eros Roberto Grau que:

Em outros termos: cumpre-nos lutar pelo reconhecimento de que a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela consagrados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Legislativo, quanto o Executivo.²⁶

E sentencia:

A linha de argumentação traçada, para o alcance dessa solução, parece-me irrepreensível: a admissão de que possa o Poder Legislativo omitir-se na implementação de um preceito constitucional implica em vulneração da hierarquia normativa máxima da Constituição.²⁷

Daí por que as argumentações expostas na exordial quanto ao princípio da separação de poderes e quanto à regra de iniciativa legislativa não convencem, resultando, ao contrário, no reconhecimento de que o Poder Executivo, no particular, foi tímido quanto à implementação desta específica política pública social. Isso porquanto o

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *As normas programáticas*. São Paulo. Revista dos Advogados. Ano IV. n.º 15. 1983. p. 29-32. p. 31

²⁷ Ob. cit. p. 31.

princípio da separação de poderes, em um Estado Social-Democrático, baseado numa Constituição Dirigente, deve ser mitigado, na medida em que se traduz em empecilho à concretização das diretivas constitucionais. É como, escorреitamente, sentencia Paulo Bonavides: “Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação.”²⁸ Radica tal conclusão no fato histórico que deu ensejo à separação de poderes, como adverte o próprio constitucionalista cearense: “Sobre a separação de poderes, convertida em dogma do Estado liberal, assentavam os constituintes liberais a esperança de tolher ou imobilizar a progressiva democratização do poder, sua inevitável e total transferência para o braço popular.”²⁹

Infere-se daí a falência hoje imputada ao princípio sob comento na medida em que o Estado deixou de ser apenas “guarda noturno”, passando ao *status* de verdadeiro concretizador e modificador da realidade social subjacente. A outro giro, porém da mesma forma, a criação de despesas – além da inexistência de proibição constitucional – para a concretização de políticas públicas revela, até mais não poder, não um óbice legal ou constitucional à sua materialização, antes uma característica da má-administração de dinheiro público, ensejando ineficiência administrativa e inconstitucionalidade omissiva do Administrador.

Sob outra perspectiva, mister frisar que a obrigação constitucional de que o processo legislativo seja iniciado pelo Chefe do Poder Executivo quando ensejar aumento de despesas ou de que esteja proibida, nesses casos, a emenda parlamentar (além do equívoco normativo-constitucional já demonstrado), à luz da teoria da Constituição Dirigente, deve ser interpretado *cum grano salis*. Isso em razão de ser necessário fazer determinadas distinções, além daquela já acima exposta que tem amparo na jurisprudência dessa Corte.

A realização de políticas públicas, mormente as de promoção à integração à vida comunitária das pessoas portadoras de necessidades especiais, não podem estar inseridas nesta proibição, sob pena de encerrar a clara contradição na existência do Estado. É que devemos ter em mente que o Poder Público (Estado) só deve existir enquanto tiver por finalidade não o interesse público – entendido como interesse intestino da Administração Pública – e sim prover os interesses sociais, dos quais não pode abrir mão, quanto mais negligenciar sua concretização.

Infere-se de tais assertivas que o aumento nas despesas públicas – como motivo a conferir a iniciativa do processo legislativo ao Chefe do Poder Executivo – além de

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 498p. p. 146.

²⁹ ob. cit. p. 142.

não encontrar amparo no texto constitucional e na jurisprudência desse STF, conecta-se com a majoração do gasto público com a própria Administração Pública, e não, como quer fazer crer o acórdão recorrido, com a concretização de políticas públicas impostas constitucionalmente que têm por escopo melhorias da vida em sociedade, seja para determinados grupos que a Constituição conferiu privilégios seja para toda a comunidade.

Com efeito, o aumento de despesas – que enseja a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo no processo legislativo – refere-se àquela majoração criada no âmbito da Administração Pública, tais como a criação de cargos, funções e órgãos que aumente o encargo suportado pela sociedade quando do pagamento de tributos, notadamente os impostos. Tal afirmativa é tanto certo que se mostra possível colher na jurisprudência da nossa Suprema Corte o seguinte pensamento, exarado na ADPF n.º 45/DF pelo eminente Ministro Celso de Mello:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Ademais, frente à timidez de um Poder – no caso presente, o Executivo – podem quaisquer dos outros Poderes concretizar as imposições constitucionais, mormente o Legislativo, destinatário natural da *interpositio legislatoris* constitucional, à medida que se traduz em departamento representante do povo. Na esteira do quanto restou decidido pela nossa Suprema Corte no Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário n.º 410.715-5-SP, até mesmo o Poder Judiciário poderá, excepcionalmente, realizar políticas públicas que possuam sede constitucional, como ocorre com aquelas relacionadas à proteção da pessoa deficiente, ante a omissão dos Poderes políticos. É o que se pode extrair de parte da ementa do RE n.º 410.715-5-SP, já mencionado, *verbis*:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia

e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.³⁰

Por se tratar de hipótese semelhante ao da presente ADI, devemos colher, ainda, do voto do Relator, Ministro Celso de Mello, as seguintes lições sobre cláusulas constitucionais impositivas:

Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, aos postulados constitucionais que informam, de um lado, o direito público subjetivo à educação e que impõem, de outro, ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º), o dever jurídico-social de viabilizar, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola.³¹

E, abeberando-se nas lições de Pinto Ferreira, expõe o eminente Relator:

O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.³²

Quanto ao caráter dirigente e impositivo das cláusulas constitucionais, notadamente àquelas relativas à educação, o ilustre Relator afirma peremptoriamente:

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis — notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 410.715/SP. 2ª T. Rel. Min. Celso de Mello. j. 22 nov 2005. DJ 03.02.2006.

³¹ j. cit.

³² j. cit.

meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.³³

E, finaliza magistralmente o Ministro Celso de Mello:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio em ‘argumentos de natureza política e econômica’ [...], a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial [...]³⁴

Ora, na medida em que é imposto pela Constituição da República o dever, também do Município, em realizar e concretizar políticas públicas voltadas para à promoção da integração à vida comunitária de pessoas portadoras de necessidades especiais e a Lei Municipal alarga suas *fattispecie*, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal apontado encerrará, à luz da teoria constitucional agitada, um paradoxo, um *non-sense*, que subverte a arquitetura constitucional para penalizar o Poder diligente (Legislativo) e beneficiar a timidez do Poder negligente (Executivo). Daí decorre que o pedido ora colocado de inconstitucionalidade é, em si, uma contradição, à luz do caráter dirigente das Constituições da República e do Estado. Ademais, impende referir, mesmo que ainda pendente de publicação, o que restou decidido em caso idêntico por essa Suprema Corte.

Com efeito, em 08.05.2008, esse Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, apreciou e julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2649, na qual a ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da Lei federal n.º 8.899/1994, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas carentes portadoras de necessidades especiais. Na oportunidade, a eminente Relatora, Ministra Cármen Lúcia,

³³ j. cit.

³⁴ j. cit.

deixou consignado que: “A busca de igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais determina a adoção de políticas públicas a fim de que se amenizem os efeitos das carências de seus portadores”.³⁵

E foi mais além. Asseverou, com propriedade, que: “Toda sociedade, não apenas o estado, tem obrigação de adotar medidas e providências para incluir todos esses portadores no que seja compatível com suas condições.”³⁶

Destarte, porque presentes as mesmas razões de decidir, impõe-se o reconhecimento de que também a Lei municipal inconstitucional, notadamente o inciso IV do artigo 31, não pode se mostrar incompatível com o texto constitucional.

3. Pedido

À vista das razões expendidas, requer o Ministério Público seja o presente apelo extremo conhecido e provido por esse Excelso Pretório para declarar a nulidade do acórdão inconstitucional, por violação ao artigo 93, IX, da CR/88, retornando os autos ao Tribunal de origem para que outra decisão seja prolatada, sem os vícios nesta oportunidade apontados.

Ou, alternativamente, caso se entenda suficientemente prequestionada a matéria, seja integralmente provido o presente Recurso Extraordinário, para o fim de, reformando-se o v. acórdão recorrido, julgar-se improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2008.

³⁵ Notícias STF. Disponível em: www.stf.gov.br. Acessado em: 12.05.2008.

³⁶ Notícias STF cit.

SUBSEÇÃO II – DIREITO INSTITUCIONAL

1. ARTIGOS

1.1 OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO E AS TEORIAS DA PENA

CHRISTIANO LEONARDO GONZAGA GOMES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Milton Campos

Mestrando em Direito Empresarial

ex- Defensor Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: As teorias da pena são abordadas neste artigo, tendo em vista a moderna criminalidade, de forma a coibirem, eficazmente, os seus principais focos de atuação. Enfatizou-se o chamado crime do colarinho branco, pois é um dos maiores problemas que as clássicas teorias da pena enfrentam, uma vez que estas foram pensadas num dado momento histórico em que a criminalidade não estava tão bem estruturada. Destarte, algumas soluções foram apresentadas neste trabalho, notadamente para reprimir a crescente criminalidade moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria das Penas; crime do colarinho branco; criminalidade.

ABSTRACT: The theory of the penalties is dealt with in the present article regarding manners to efficiently prevent the main focuses of modern criminality. One emphasized the so called white collar crime, since it is one of the major problems that the classic theory of the penalties faces. One must not forget that this classic theory was developed in certain historic period when crime was not so well structured. Therefore, some solutions were presented in the present paper with the aim of preventing the growing modern criminality.

KEY WORDS: Theory of Penalties; white collar crime; criminality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teorias das penas. 3. Crimes do colarinho branco. 4. Questões penais e novos paradigmas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo abordará uma grande celeuma que cerca os chamados crimes de colarinho branco, tendo em vista a melhor teoria da pena a ser aplicada a eles. Será

que as clássicas teorias da pena seriam suficientes para tratar essa nova criminalidade que assola os mais altos escalões do Poder? A moderna criminalidade, juntamente com a tecnologia avançada de seus integrantes, pode ser enfrentada com as obsoletas teorias que regem a pena? O Direito penal de agora não pugnaria por uma eficaz e estudada forma de reprimir os crimes de colarinho branco, muitas vezes engendrados em estruturadas organizações criminosas?

São estas algumas das questões que serão abordadas no presente artigo, as quais serão enfrentadas com o escopo de encontrarem soluções jurídicas em sintonia com a moderna criminalidade.

2. Teorias das penas

Algumas teorias foram pensadas e repensadas para darem a perfeita adequação da pena ao fato criminoso.

Primeiramente, o conceito que se tem de pena hoje é de ser uma: “Sanção (castigo) imposta pelo Estado (autoridade judicial competente) quando necessária (para fins de repressão e de prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpável de um fato punível.” (GOMES, 2007, p. 654)

Em outras palavras, a pena seria uma privação ou restrição de bens jurídicos estabelecida pela lei e imposta pelo magistrado contra quem cometeu um fato típico, antijurídico e culpável, que formam o conceito analítico de crime.

A justificação da pena pode ser encontrada por meio de algumas teorias que a disputam. Inicialmente, a legitimação da pena foi encontrada nas chamadas teorias absolutas. Tais teorias vêem a pena como um fim em si mesma, sendo que sua justificação não depende de razões utilitárias ou preventivas, sendo que “a pena não serve para nada” (ROXIN, 1993, p. 16), uma vez que sua fundamentação decorre do simples fato do cometimento de um ilícito penal. É a validade daquele brocardo latino *quia peccatum est* (pune-se porque pecou). As penas bastam por si só, não sendo necessário encontrar um utilitarismo das penas.

As teorias absolutas também encontram embasamento nas idéias de Kant, pois este via o direito penal como realizador da própria justiça. Ele prega uma aplicação pura e simplesmente da “lei de Talião” (“dente por dente, olho por olho”), ao afirmar que “[...] o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo, se tu o ultrajas, ultrajas a ti mesmo, se tu o roubas, roubas a ti mesmo, se tu o matas, matas a ti mesmo”. (KANT, 1916, p. 142).

Quanto ao aspecto intimidatório, a característica de ser a pena puramente retributiva pode ser útil para aqueles criminosos habituais, que não respeitam e nem querem a recuperação. Todavia, frente ao Estado Democrático de Direito, cujo fundamento está na dignidade da pessoa humana, como prescreve a Constituição da República, em seu art. 1º, III, não há justificativa plausível para ela, uma vez que tal teoria coisifica o homem, tornando-o mero instrumento ou objeto para o direito penal. Assim, a sua aplicação isolada e irrestrita torna impraticável o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Em relação às chamadas teorias relativas, também chamadas de teorias da prevenção, pode-se dizer que elas justificam as penas não como um fim em si mesmo, mas buscam o seu caráter utilitário. A pena deve buscar a prevenção de novos delitos, daí o seu nome de teoria da prevenção.

As teorias relativas ou da prevenção podem ser subdivididas em prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial, também positiva e negativa.

Em relação à prevenção geral negativa, afirma-se que o Estado, por meio da pena, exerce uma coação psicológica sobre a sociedade para que a generalidade das pessoas não cometa crimes. É uma espécie de intimidação exercida por meio da previsão de uma pena (abstrata) para que os pretensos criminosos abstenham-se de tal prática criminosa. A prevenção geral negativa também pode ser vislumbrada quando da execução da pena frente ao delinquente concreto, ou seja, diante da aplicação da pena em concreto, uma vez que os demais membros da comunidade estarão observando que aquele que comete crimes realmente sofre uma reprimenda.

A principal crítica que se faz à teoria da prevenção geral negativa é de cunho moral e axiológico, pois a pena é vista como algo que instrumentaliza o homem, transformando-o em objeto dos fins penais, uma vez que não se lhe castiga pelo que fez, mas apenas para que novos crimes não ocorram. Ela coisifica o homem, pois ele é tido como uma espécie de exemplificação para todos, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que usa o ser humano como mero objeto de política criminal.

Além da crítica feita acima, não se pode dizer que o criminoso decide cometer o crime segundo a maior ou menor gravidade da pena abstrata prevista para ele. É de se observar o que ensina Gomes (2007), ao afirmar que o processo dissuasório é muito mais complexo do que se imagina, como se vê a seguir:

As ciências empíricas já demonstram o crasso erro dos chamados “modelos dissuasórios” (intimidativos), ao constatar que a realidade é muito mais complexa. Para começar, o

delinqüente potencial confia em não ser descoberto e parte dessa hipótese: o cálculo economicista de vantagens e desvantagens segundo a pena prevista na lei não deixa de ser uma semelhança pouco realista. Em todo caso, deixa-se influenciar mais pelas conseqüências próximas derivadas do delito (v.g. prisão “preventiva” mais ou menos segura e mais ou menos prolongada) do que pelos efeitos remotos e últimos de uma eventual condenação (pena efetivamente imposta). (GOMES, 2007, p. 673)

A outra faceta da prevenção geral, chamada de positiva, prega o sentido funcional da penal, buscando as suas idéias no funcionalismo de Günter Jakobs (1995), em que se defende a pena como instrumento de estabilização das expectativas sociais, uma vez que o crime viola a confiança que a sociedade tem no sistema penal. Jakobs (1995) entende que os contatos e as interações sociais geram naturalmente expectativas as mais diversas, expectativas que são asseguradas como condição de subsistência da ordem social, preservando o sistema social. O crime vem para desestabilizar todas essas interações sociais harmônicas, devendo a pena pugnar por essa manutenção da fidelidade ao Direito.

Tal concepção acaba por fazer uma integração social, pois mantém a sociedade harmônica e fiel ao direito, por meio da coerção penal. Não é por outra razão que Paulo de Souza Queiroz afirma que:

[...] para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social. (QUEIROZ, 2001, p. 40)

A teoria da prevenção geral positiva baseia-se exclusivamente na idéia de sistema, sendo meramente simbólica, pois não se preocupa com o caráter instrumental da pena, mas sim com a estabilidade das expectativas sociais. Não se preocupa com a função da pena para o indivíduo criminoso, mas sim em relação à resposta exigida pela sociedade para o cometimento de delitos, em face da infidelidade ao direito demonstrada pelo criminoso. O alarma social ocasionado pelo crime merece uma resposta imediata do sistema penal, isso norteia a prevenção geral positiva ou integradora.

Lado outro, tem-se a chamada prevenção especial, que também pode ser positiva ou negativa. A prevenção especial, ao contrário da prevenção geral, não é dirigida à coletividade, mas sim ao criminoso que delinqüiu, evitando-se que este cometa novos crimes. Importante anotação trazida por Santiago Mir Puig deve ser destacada acerca

da prevenção especial, como se vê a seguir: “[...] A prevenção especial não opera, pois, no momento da cominação legal, como ocorre com a prevenção geral, mas na imposição e execução da pena” (SANTIAGO, 2007, p. 66).

Pela prevenção especial negativa, busca-se a neutralização ou inocuização do criminoso, uma vez que a segregação dele em cárcere evitará o cometimento de novos delitos. Tal retirada momentânea do convívio social, com o fim de evitar que se cometam novos crimes, só se aplica às penas privativas de liberdade, pois estas é que efetivamente colocam o delinquente “atrás das grades”.

Já pela chamada prevenção especial positiva, tenta-se chegar à sonhada ressocialização do condenado, dando-lhe educação durante a execução penal, com o escopo de inseri-lo na sociedade. Busca-se corrigir o condenado para que ele encontre um ofício compatível com as suas atribuições naturais, permitindo-lhe que trabalhe durante o cumprimento da pena, por exemplo. Analisam-se, aqui, os aspectos pessoais do delinquente, buscando-se o melhor meio de inseri-lo na sociedade.

Todavia, cumpre ressaltar que nem todo criminoso é passível de neutralização e ressocialização. Quanto àquela, pode-se dizer que, até encarcerado, o marginal poderá cometer assassinatos de dentro da penitenciária ou liderar o tráfico de drogas nas favelas, podendo até mesmo cometer um homicídio dentro da prisão de um rival chefe do tráfico da favela concorrente. Em relação à ressocialização, também nem sempre ela será alcançada, pois há pessoas que já estão mais do que inseridas na sociedade, como os grandes empresários ou detentores de cargos públicos que cometem os chamados crimes de colarinho branco. Neste caso, a prevenção especial positiva torna-se inócua, pois a almejada ressocialização para esses delinquentes é extremamente irrisória, uma vez que já gozam, inclusive, de grande respeito e status sociais.

Por fim, é trazida à baila a teoria eclética, mista ou unificadora, em que se unem os principais aspectos das teorias absolutas e relativas. A teoria mista é, inclusive, aquela que foi adotada pelo Código Penal brasileiro, como se observa do artigo 59, *caput*, *in fine*,

[...] o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime [...]. (grifos nossos).

A idéia de reprovação do crime comunga com a teoria absoluta ou retributivista, enquanto a palavra prevenção é uma alusão clara à teoria da prevenção ou relativa. Importante ressaltar que as duas teorias estão aqui inseridas em momentos distintos

da aplicação da pena, pois agem na fase da fixação da pena (retribuição) e na fase da execução penal (prevenção). A própria Lei de Execução penal (Lei 7.210/84) demonstra o caráter preventivo especial da pena, mais precisamente em sua vertente positiva, ao afirmar, em seu artigo 1º, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou internado”.

Estudadas as teorias existentes acerca da pena e sua justificação, passar-se-á à análise dos crimes de colarinho branco, buscando-se a melhor forma de encontrar-se um fundamento punitivo adequado para eles.

3. Crimes do colarinho branco

Os chamados crimes do colarinho branco têm origem na expressão inglesa *white collar crimes*, cunhada por Edwin H. Sutherland, nos idos de 1939, numa exposição que ele fez perante a *American Sociological Society*. A difusão do termo *white collar crimes* ocorreu mesmo quando Sutherland (1949) publicou a sua clássica obra “White Collar Crime”, onde definem os crimes de colarinho branco, numa perspectiva subjetivo-profissional, como sendo aqueles crimes praticados por pessoas dotadas de respeitabilidade e grande status social ¹. A expressão está intimamente ligada aos colarinhos brancos das camisas dos altos executivos, que cometem crimes valendo-se de sua posição social e econômica.

Em contraposição aos denominados *white collar crimes*, têm-se os chamados *blue collar crimes*, em alusão a cor dos macacões dos trabalhadores ou operários. Estes cometem crimes comuns e mais punidos pelo sistema penal, como exemplo dos roubos, furtos e homicídios. São crimes que exigem um menor ou quase nenhum trabalho intelectual por parte do sujeito ativo, bastando que seja feito com um grande caráter intimidatório em relação à vítima.

Os crimes de colarinho branco são praticados por pessoas pertencentes a uma camada exclusiva da sociedade, relacionada à sua atividade profissional. Exemplos na legislação brasileira são os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes contra a ordem econômica e tributária, tratados, respectivamente, pelas leis de números 7.492/86 e 8.137/90.

Tais crimes têm como bem jurídico tutelado penalmente a ordem econômica, sendo que esta tem repouso constitucional em seu artigo 170, *caput*, da Constituição da República. O Estado deve proteção à ordem econômica não apenas por estar prevista

¹ Conceito na obra de origem de Sutherland (1949, p. 9): *White collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation.*

na Lei Fundamental, mas também por tratar-se de um interesse difuso pertencente a toda a sociedade, uma vez que esta só prospera quando for economicamente forte. Os crimes de colarinho branco atentam diretamente contra a economia de um país, dando-lhe prejuízos que inviabilizam qualquer investimento em setores de importância essencial para a população, como são os casos da saúde e educação, considerados de relevância pública para o Estado, como se vê na análise dos artigos 197 e 205, da Carta de Outubro de 1988. Basta pensarmos nos crimes de sonegação fiscal que ocorrem diuturnamente, que privam os cofres públicos de milhões de reais para os investimentos devidos.

Não é para menos que se deve ter um Ministério Público cada vez mais independente e estruturado para proteger a sociedade, principalmente no que tange à ordem econômica, interesse difuso de competência notória do *parquet*, como prescreve o artigo 129, III, *in fine*, Constituição da República.

Sendo então a ordem econômica um bem jurídico tutelado penalmente, o direito penal deverá envidar todos os seus esforços para coibir essa macrocriminalidade que assola milhões de vidas, de forma imperceptível. Por ser a ordem jurídica de caráter difuso, não são as suas conseqüências perceptíveis de forma direta, como um crime de roubo, em que o patrimônio da vítima é solapado de imediato.

É nesse contexto que entra a expressão “cifras negras”, pois os crimes que verdadeiramente chegam ao conhecimento da população em geral, por meio de investigações e condenações, são infinitamente menores daqueles que nem chegam a ser investigados e punidos, ou apenas investigados, mas não punidos. A “cifra negra” seria aquele percentual que o Estado não toma conhecimento de sua existência, que, sem dúvida alguma, é a grande maioria. Nos crimes de colarinho branco é que ocorrem as elevadas “cifras negras”, pois a impunidade nas altas classes sociais é algo que assombra a sociedade nos noticiários diários, uma vez que a blindagem que elas recebem dos seus próprios pares, que na maioria das vezes são pessoas poderosas, é algo impensável.

Não foi outra a observação feita por Baratta (1999, p.55), ao afirmar que:

A criminalidade do colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua incalculável cifra negra, daí derivando uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente nos estratos inferiores e pouco representada nos estratos sociais superiores.

Uma expressão cunhada pelo autor Thomas Lynch sintetiza exatamente a gravidade desses crimes de colarinho branco, a qual versa que “*los mayores crímenes de hoy*

implican más manchas de tinta que de sangre” (apud 2001, p. 40). O delinqüente econômico, como é também chamado tal pernicioso criminoso, possui algumas características marcantes como aponta o estudioso Dorado Montero (2003, p. 49-50), quando se refere a tal espécie de criminalidade, a saber:

a) sabe satisfazer seu egoísmo à custa de seus semelhantes, mas sem deixar de ser um homem oficialmente honrado; b) não conhece escrúpulos de nenhuma classe, nenhum freio moral interior, e como homem sem escrúpulos se conduz; c) sempre consegue escapar às redes do direito penal; d) conhece os defeitos das leis, aproveitando-se desse conhecimento para delas abusar, sem que sofra o risco de ser considerado delinqüente; e) sua inteligência, sua astúcia, sua atividade ou sua posição social impedem que se converta num delinqüente no sentido ordinário da palavra.

Na mesma linha os estudiosos Bajo e Bacigalupo (2001, p. 39/50), valendo-se de uma fórmula, denominada *Psicograma de Mergen*, que também tenta explicar a delinqüência econômica, apontam que os criminosos dessa natureza apresentam outras características que merecem destaque:

a) somente atribuem valor a bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável do proveito material ; b) são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mostrando generosos, pródigos e caritativos; c) utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato; d) não se consideram criminosos.

Em virtude de tal criminoso passar quase que despercebido no meio social em que vive, sua conduta criminosa é bem mais perigosa que a dos criminosos comuns, pois nem sempre sabemos quem são eles. Às vezes, aquele grande empresário de sucesso, que anda em carros de luxo, possui casas “hollywoodianas”, compra roupas caras, relógios que valem mais que carros populares e, principalmente, têm o respeito de todos, pode ser um grande sonegador fiscal ou até mesmo um adulterador de combustíveis, motivo este que permite a sua astronômica ascensão social. É este criminoso que deve ser seriamente combatido, com bastante estratégia, pois qualquer ato em falso pode imunizá-lo cada vez mais, diante da ampla proteção que ele goza na sociedade, facilitada também pelos brilhantes e caros advogados criminais que encontram as brechas que as leis inevitavelmente possuem.

4. Questões penais e novos paradigmas

As teorias das penas vislumbradas acima devem ser aplicadas à delinqüência

econômica também, buscando-se o melhor enfoque para tanto. Todavia, algumas observações precisam ser feitas.

Principal celeuma que se apresenta é quanto à chamada prevenção especial, que visa à ressocialização do criminoso, buscando a sua inserção social. Ora, como aplicar tal teoria a uma pessoa que já está mais do que inserida na sociedade, na maioria das vezes em altos estratos sociais? O aspecto ressocializador da pena visa buscar o melhor ofício para aquele que delinqüiu, de forma a inseri-lo na sociedade. Não obstante, é por causa dessa notável inserção social que o criminoso do colarinho branco possui (juntamente com o seu respeitoso trabalho enriquecedor) que ele comete crimes! É exatamente o seu prestígio social que permite a prática de delitos.

Assim, quanto à idéia tradicional de prevenção especial, não há que se falar em sua aplicação a tais criminosos. Mister se faz pensar em um novo paradigma da ressocialização para ele, que deve estar centrada na necessidade de fazer com que ele reflita sobre os seus modos de agir, marcados pela cupidez e ganância. Um meio útil de fazer com que a prevenção especial seja alcançada para tal delinqüente, é aplicar uma pena privativa de liberdade curta, porém certa e eficaz, uma vez que, em cárcere, ele terá tempo para refletir sobre a conduta criminosa perpetrada. O grande problema do sistema penal frente a esses criminosos é que as penas não são nem ao menos aplicadas efetivamente, em virtude das quantidades infundáveis de recursos processuais para evitar a condenação, juntamente com a falta de interesse político de algumas pessoas em punir tais criminosos, pois são a base de muitos sistemas capitalistas.

No que tange à prevenção especial negativa, pode dizer-se que a pena privativa de liberdade para os *white collar crimes* tem a sua eficácia cumprida, pois, enquanto presos, fica mais difícil de eles cometerem crimes, ocorrendo uma neutralização de sua conduta. Cumpre ressaltar, como dito acima, que tal neutralização é relativa, pois ele pode até mesmo liderar uma organização criminosa via telefone celular ou computador, mas é melhor do que deixá-lo totalmente em liberdade.

A prevenção especial negativa nem precisa de muito embasamento doutrinário para explicá-la, pois a sua finalidade é meramente fática, qual seja, evitar que o criminoso cometa novas infrações penais por meio da restrição de sua liberdade.

Quanto à teoria da prevenção geral negativa, afirma-se que a pena é voltada para a sociedade, pois a possibilidade de aplicar-se uma sanção penal para aquele que delinqüiu incute um caráter intimidatório a todos. Tanto a pena abstratamente cominada quanto à pena concretamente aplicada fazem com que os cidadãos portem-se conforme a norma penal.

É exatamente nesse ponto que se faz necessária uma aplicação efetiva das penas previstas nas leis penais para a delinquência econômica, pois a sociedade, ao sentir a sensação de impunidade que impera no dia-a-dia, está desacreditada na certeza de uma punição. Punir-se o pobre, a prostituta e os demais excluídos socialmente é muito fácil, o difícil é termos a aplicação de uma pena privativa de liberdade para os altos executivos e membros dos Poderes do Estado que cometem crimes de forma desenfreada. É para os criminosos do colarinho branco que a prevenção geral negativa deve ser constantemente aplicada, pois eles mesmos sabem que em raríssimas hipóteses serão punidos, o que os estimulam a continuarem com a prática perniciosa dos seus ilícitos penais.

A prevenção geral positiva não funciona para eles. Isso é ponto pacífico, devendo ser cobrada dos operadores do direito, como os Delegados de polícia, membros do Ministério Público e Poder Judiciário, uma atuação mais enérgica e corajosa, enfrentando e punindo tal criminalidade, para que a idéia filosófica da teoria da prevenção geral positiva vingue na prática. É nesse sentido que se afirma que as condutas perpetradas pelos criminosos do colarinho branco apresentam uma:

[...] periculosidade silenciosa, maligna, amorfa, sub-reptícia alarmante que merece especialmente por parte do Poder Judiciário uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamada a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação (CIPRIANI, 2001, p. 58).

Também quanto à teoria da prevenção geral positiva ou integradora, pode-se dizer que, assim como a negativa, ela não funciona para a sociedade, uma vez que a tão avassaladora e citada impunidade impede que a confiança no direito exista. A total infidelidade ao direito demonstrada pelos praticantes dos crimes de colarinho branco, juntamente com a impunidade, impede que a sociedade tenha expectativas de que a norma funcione. Não é possível estabilizar as expectativas sociais quando aqueles que mais deveriam demonstrar fidelidade ao direito conspurcam contra o sistema jurídico.

Uma sociedade totalmente incrédula com a punição da criminalidade ocorrida nos altos escalões não é passível de ter em si a confiança no direito. O alarma social causado pelos crimes econômicos não encontra resposta imediata no sistema penal, inviabilizando totalmente que os demais integrantes da sociedade portem-se conforme o direito. Pelo contrário, tais crimes desestabilizam cada vez mais a sociedade, necessitando de uma pronta, eficaz e enérgica resposta penal, sob pena da contínua desintegração social prosperar indeterminadamente.

Em se tratando das teorias absolutas, que pregam pura e simplesmente a retribuição da pena, pode-se dizer que ela é alcançada quando se tem em mira os crimes de colarinho branco. Tal assertiva é possível porque uma sanção penal devidamente aplicada para tais tipos de pessoas cumpre o seu papel de retribuir o mal causado pela sua conduta criminal. Isso, claro, se houvesse uma aplicação efetiva de uma pena privativa de liberdade para eles, o que, lamentavelmente, não ocorre.

Todavia, caso fossem tais penas concretamente aplicadas, ter-se-ia a realização do caráter retributivo da pena, que é bem simples, uma vez que a pena em si já oferece tal retribuição.

Por fim, quanto às teorias mistas ou ecléticas, afirma-se o que já foi dito acima para cada uma das teorias, isoladamente, apenas ressalvando-se que o aspecto retributivista da pena está na aplicação da sanção penal ao delinqüente, por meio da sentença condenatória, enquanto que o aspecto preventivo é vislumbrado na fase de execução da pena. Todavia, em termos teóricos, é muito bela tal discussão, o problema está todo na realidade fática, que muitas vezes demonstra o contrário, jogando por terra todos os estudos doutrinários das teorias das penas.

5. Conclusão

Após as observações feitas acima, pode ser dito que as teorias das penas encontram sérios obstáculos para serem aplicadas frente à criminalidade econômica. A impunidade que assombra o país é algo que impede qualquer aplicação teórica dos estudos das penas.

A primeira medida que se deve tomar seria a aplicação efetiva de uma sanção penal para aquele que cometeu um crime do colarinho branco, sendo tal sanção uma pena privativa de liberdade, não se defendendo aqui a aplicação de penas restritivas de direito e de multa para tal criminalidade, pois a sensação de impunidade ainda continuaria a existir, sem contar com o cálculo do custo-benefício feito pelo criminoso, pois se o mal da pena for inferior ao ganho que ele terá com a prática do crime, sem dúvida alguma, a reincidência criminal ocorrerá.

É o que nos mostra o pensamento de Lira, ao afirmar que diante das penas benignas, se tem a “impressão de que não houve qualquer retribuição ao fato delituoso e o crime passa a valer a pena, pela perda do seu caráter preventivo (geral ou especial)” (LIRA, 1995, p. 357). Todavia, os Tribunais pátrios vêm aplicando sistematicamente a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito para a delinqüência econômica, tornando ineficaz o efeito da pena para os criminosos do colarinho branco como se vê a seguir:

PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 8.212/91, ART. 95, ALÍNEA “D”. LEI Nº 9.983/2000. ART. 168-A, § 1º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA EM DOIS ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO E MULTA. INEXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. LEI Nº 10.684/2003, ART. 9º. NÃO COMPROVAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS (CP ART. 44). 1. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 2. O crime de apropriação indébita previdenciária, que é crime omissivo puro, não exige que da omissão resulte dano, bastando, para sua configuração, que o sujeito ativo deixe de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 3. Autoria e materialidade demonstradas. 4. Inocorrência de situação de inexigibilidade de conduta diversa. 5. Não comprovando o agente o pagamento integral do débito, no tocante às contribuições recolhidas de empregados e não repassadas à autarquia previdenciária, não há que se deferir a extinção da pretensão punitiva do Estado, consoante o disposto no art. 9º da Lei nº 10.684/03. 6. Penas fixadas em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa, ficando o dia-multa arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, devendo ser corrigido monetariamente, quando da execução. Aplica-se o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos na modalidade de prestação de serviços comunitários, cujas condições serão fixadas pelo Juízo da Execução. 7. Apelação provida. (ACR 2001.38.03.000510-1/MG; APELAÇÃO CRIMINAL, julgada em 07/02/2006 , TRF/ 1ª REGIAO)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL (ANTIGO ART. 95, “D”, DA LEI Nº 8.212/91). “ABOLITIO CRIMINIS”. PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. 1. A Lei 9.983/00, ao revogar o art. 95, alínea “d”, da Lei 8.212/91, não descriminalizou a conduta típica, que permaneceu tipificada no novel art. 168-A do Código Penal. Precedentes deste Tribunal. 2. Impossibilidade de afastamento da pena de multa, devido a sua aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade.

Redução do quantum do dia-multa, em face da situação financeira da ré. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme art. 44, § 2º do CPB. 4. Apelação provida, em parte. (ACR 1999.32.00.001302-8/AM; APELAÇÃO CRIMINAL, julgada em 26/04/2005, TRF 1ª REGIAO).

PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - MOEDA FALSA - LAUDO DOCUMENTOSCÓPICO - FALSIFICAÇÃO APTA A ENGANAR - SENTENÇA CONFIRMADA - SUBSTITUIÇÃO EX OFFICIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. I - Quando se constata que a falsificação é apta a iludir o homem médio, possibilitando a circulação como se moeda verdadeira fosse, ocorre a tipicidade da conduta descrita no artigo 289, § 1º, do Código Penal. II - Presentes os requisitos autorizadores, cabe a substituição, de ofício pelo Tribunal, da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, no caso, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a serem especificadas pelo juízo das execuções e cumpridas pelo mesmo prazo daquela. III -Apelação improvida. (APELAÇÃO CRIMINAL – 3014, DJU DATA:04/02/2003 PÁGINA: 201, TRF 2ª /REGIAO)

CRIMINAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. DIMINUIÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. - Recurso objetivando a reforma da decisão de primeiro grau, que condenou a apelante à 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, sob o regime aberto, e 40 dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 317, parágrafo 1º, do Código Penal. - Reconhecida rigorosa aplicação da pena cominada, frente aos elementos subjetivos da ré. Fixada a pena-base em 1 ano e 6 meses, aumentada de 1/3, em observância ao disposto no parágrafo 1º do artigo 317, passando a 2 (dois) anos. - Substituição da pena definitiva fixada por duas penas restritivas de direitos, considerando a Lei nº 9.714/98 (“Lei das Penas Alternativas”). - Julgada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva. - Recurso parcialmente provido. (APELAÇÃO CRIMINAL – 2709, DJU DATA:07/11/2002 PÁGINA: 182, TRF 2ª região)

O artigo 44 do Código Penal brasileiro é claro ao exigir para a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito que:

[...] III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social

e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O grande problema é que os juízes tendem a olhar basicamente para o artigo 44, no seu inciso I, que autoriza a substituição para os crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, como é o caso de quase todos os crimes de colarinho branco, e pena não superior a 4 anos. Na parte que interessa, o inciso em epígrafe

[...] I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4(quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Todavia, quando se tratam de crimes cometidos pelos *blue collars*, a jurisprudência pesa para o outro lado, sendo extremamente mais severa, como se vê a seguir:

PENAL. FURTO QUALIFICADO POR ABUSO DE CONFIANÇA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VALOR DA RES FURTIVA ACIMA DO SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. Não se aplica o princípio da insignificância penal, construção jurídica que norteia os denominados crimes de bagatela, quando o delito de furto é qualificado por abuso de confiança. 2. Farta é a jurisprudência que aponta o valor do salário mínimo como a quantia sobre a qual poderia incidir o mencionado princípio, quando dos crimes de furto, não incidindo sobre estes os parâmetros mínimos de que se utiliza o Fisco para ajuizar ações com o intuito de reaver os valores desviados. 3. Recurso provido. (RCCR 2004.34.00.028928-9/DF, 24/02/2006 DJ p.48, TRF 1ª REGIAO)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. (1) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUBTRAÇÃO DE BEM AVALIADO EM MAIS DE UM SALÁRIO MÍNIMO. INAPLICABILIDADE. (2) SURSIS PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PROPOSTA. RÉU JÁ BENEFICIADO ANTERIORMENTE PELA SUSPENSÃO.

CONSTRANGIMENTO. INEXISTÊNCIA. (3) SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Para que se aplique o princípio da insignificância é necessário que se atenda a critério dual: valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima. Na hipótese, o valor da res ultrapassou o do salário mínimo vigente à época, não sendo possível, pois, falar-se em crime de bagatela. 2. Para a concessão do sursis

processual, deve o magistrado verificar se o réu está sendo processado, bem como atentar para as condicionantes previstas no art. 77 do Código Penal, a fim de verificar se a medida despenalizadora será adequada para o caso concreto. 3. Para que faça jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o condenado preencher os requisitos todos do art. 44 do Código Penal. 4. Ordem denegada. (HC 53139 / PB , DJ 26.11.2007 p. 249, STJ)

Não se tenha dúvida de que o criminoso do colarinho branco pensa igual a um empresário, sopesando sempre os prós e contras de uma prática delitiva. Ele traz para o mundo criminal os mesmos cálculos e pensamentos que ele utiliza em seu trabalho profissional, que também é o local de suas artimanhas criminais.

É por isso que a pena privativa de liberdade realmente é a melhor escolha para punir tais criminosos, pois ocorrerá um grande abalo social em sua imagem quando estiver realmente “atrás das grades”, momento em que terá tempo para refletir sobre as consequências de sua prática delitiva. É a idéia americana do *sharp-short-shock* da pena curta de prisão, que, conforme Figueiredo Dias, tem mais eficácia do que a pena de multa nos delitos econômicos (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 384). As penas pecuniárias, por mais elevadas que sejam, não são óbices para os criminosos do colarinho branco, pois sempre terão condições de saldarem-nas. Já as penas privativas de liberdade, eles deverão pagá-las com o próprio corpo, estando sujeito a todas as formas de humilhações do cárcere, o que, se não “ressocializá-lo”, pelo menos permitirá que seja feita uma reflexão sobre os efeitos de sua atitude delinqüente.

Enfim, uma segunda medida para os *white collar crimes*, seria uma maior eficiência, coragem e estrutura de trabalho para aqueles que militam contra esses criminosos, que seriam os operadores do direito responsáveis pela persecução criminal, de forma a efetivamente existir uma condenação criminal com trânsito em julgado, sendo que a pena aplicada seja uma privação de sua liberdade, em atenção ao descrédito frente às instituições democráticas que tal criminalidade deposita na sociedade.

6. Referências bibliográficas

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal econômico*. Madrid: Centros de Estudios Ramón Areces, 2001.

BARATTA, Alesandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *A aplicação da pena privativa de liberdade aos white collars criminals*. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul/RS, v.49, n.289, p.58.

DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo derecho penal*. Barcelona: Anacleto, 2003 .

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2006.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In direito penal econômico e europeu: textos doutrinários, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: volume 2*; coordenação Luiz Flávio Gomes- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JAKOBS, Gunter. *Derecho penal*; parte general-fundamentos e teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcia Pons, 1995.

KANT, Immanuel. *La metafísica dei costumi: la dottrina del diritto*. Trad. Giovanni Vidari. Milano: Studio Editoriale Lombardo, 1916.

LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, nº 719, set. 1995.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey. 2001.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. rev. aum.- São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Ed. Veja, 1993.

SANTO, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra

Editora, 2001.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, New York, The Dryden, 1949.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

1º Acórdão.

EMENTA: 1. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Ativa. Caracterização. Ministério Público. Ação civil pública. Demanda sobre contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos. Matéria de alto relevo social. Pertinência ao perfil institucional do MP. Inteligência dos arts. 127 e 129, incs. III e IX, da CF. Precedentes. O Ministério público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação. 2. RECURSO. Embargos de declaração. Acórdão. Correção de erro material na ementa. Revogação de condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Embargos acolhidos, em parte, para esses fins. Embargos de declaração servem para corrigir erro material na redação da ementa do acórdão embargado, bem como para excluir condenação ao pagamento de multa, quando descaracterizada litigância de má-fé. (STF, 2ª Turma, RE-AgR-ED 470135 / MT, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento 22/05/2007, Divulg. 28-06-2007).

2º Acórdão.

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas “associações de associações” - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de “associados efetivos” ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que bastaria a satisfazer a antiga jurisprudência restritiva. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional da entidade requerente e a questão constitucional objeto da ação direta, que diz com a demarcação entre as atribuições de segmentos do Ministério Público da União - o Federal e o do Distrito Federal. III. ADIn: possibilidade jurídica, dado que a organização e as funções institucionais do Ministério Público têm assento constitucional. IV. Atribuições do Ministério Público: matéria não sujeita à reserva absoluta de lei complementar: improcedência da alegação de inconstitucionalidade formal do art. 66, caput e § 1º, do Código Civil (L. 10.406, de 10.1.2002). 1. O art. 128, § 5º, da Constituição, não substantiva reserva absoluta

à lei complementar para conferir atribuições ao Ministério Público ou a cada um dos seus ramos, na União ou nos Estados-membros. 2. A tese restritiva é elidida pelo art. 129 da Constituição, que, depois de enumerar uma série de “funções institucionais do Ministério Público”, admite que a elas se acresçam a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. 3. Trata-se, como acentua a doutrina, de uma “norma de encerramento”, que, à falta de reclamo explícito de legislação complementar, admite que leis ordinárias - qual acontece, de há muito, com as de cunho processual - possam aditar novas funções às diretamente outorgadas ao Ministério Público pela Constituição, desde que compatíveis com as finalidades da instituição e às vedações de que nelas se incluem “a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas”. V - Demarcação entre as atribuições de segmentos do Ministério Público - o Federal e o do Distrito Federal. Tutela das fundações. Inconstitucionalidade da regra questionada (§ 1º do art. 66 do Código Civil) -, quando encarrega o Ministério Público Federal de velar pelas fundações, “se funcionarem no Distrito Federal”. 1. Não obstante reserve à União organizá-lo e mantê-lo - é do sistema da Constituição mesma que se infere a identidade substancial da esfera de atribuições do Ministério Público do Distrito Federal àquelas confiadas ao MP dos Estados, que, à semelhança do que ocorre com o Poder Judiciário, se apura por exclusão das correspondentes ao Ministério Público Federal, ao do Trabalho e ao Militar. 2. Nesse sistema constitucional de repartição de atribuições de cada corpo do Ministério Público - que corresponde substancialmente à distribuição de competência entre Justiças da União e a dos Estados e do Distrito Federal - a área reservada ao Ministério Público Federal é coextensiva, *mutatis mutandis* àquela da jurisdição da Justiça Federal comum e dos órgãos judiciários de superposição - o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça - como, aliás, já o era sob os regimes anteriores. 3. O critério eleito para definir a atribuição discutida - funcionar a fundação no Distrito Federal - peca, a um só tempo, por escassez e por excesso. 4. Por escassez, de um lado, na medida em que há fundações de direito público, instituídas pela União - e, portanto, integrantes da Administração Pública Federal e sujeitas, porque autarquias fundacionais, à jurisdição da Justiça Federal ordinária, mas que não tem sede no Distrito Federal. 5. Por excesso, na medida em que, por outro lado, a circunstância de serem sediadas ou funcionarem no Distrito Federal evidentemente não é bastante nem para incorporá-las à Administração Pública da União - sejam elas fundações de direito privado ou fundações públicas, como as instituídas pelo Distrito Federal -, nem para submetê-las à Justiça Federal. 6. Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 66 do Código Civil, sem prejuízo, da atribuição ao Ministério Público Federal da veladura pelas fundações federais de direito público, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos eventuais Territórios. (STF, Tribunal Pleno, ADI 2794 / DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento 14/12/2006, Divulg. 30-03-2007).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 VEDAÇÃO APRIORÍSTICA DE LIBERDADE PROVISÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA BREVE ANÁLISE DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LUCAS DANILO VAZ COSTA JÚNIOR

Servidor do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Servidor do Ministério Público de Minas Gerais
Especialista em Direito Processual

1. Do Julgamento

Recentemente, foi divulgado no Informativo nº 516 (18 a 22 de agosto de 2008) do Supremo Tribunal Federal o teor de uma decisão, em sede de cautelar, proferida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello no HC 94404MC/SP, oportunidade em que ficou assentado que a vedação apriorística de liberdade provisória, sem atentar às peculiaridades do caso concreto, é medida que representa ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

Nesse julgado, o eminente Ministro considerou inconstitucional o art. 7º da Lei 9.034/95 – Lei dos Crimes Organizados. Eis, a seguir, a ementa da decisão.

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL. CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE. RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO “DUE PROCESS OF LAW”, DA DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. ENTENDIMENTO DE AUTORIZADO MAGISTÉRIO DOUTRINÁRIO (LUIZ FLÁVIO GOMES, ALBERTO SILVA FRANCO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR, GERALDO PRADO E WILLIAM DOUGLAS, “INTER ALIA”). PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CONVENÇÃO DE PALERMO (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL). TRATADO MULTILATERAL, DE ÂMBITO GLOBAL, REVESTIDO DE ALTÍSSIMO SIGNIFICADO, DESTINADO A PROMOVER A COOPERAÇÃO PARA PREVENIR E REPRIMIR, DE MODO MAIS EFICAZ, A MACRODELINQUÊNCIA E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DE CARÁTER TRANSNACIONAL. CONVENÇÃO INCORPORADA AO ORDENAMENTO POSITIVO INTERNO BRASILEIRO (DECRETO Nº 5.015/2004). INADMISSIBILIDADE DA INVOCAÇÃO DO ART. 11 DA CONVENÇÃO DE PALERMO COMO SUPORTE DE LEGITIMAÇÃO E REFORÇO DO ART. 7º DA LEI DO CRIME ORGANIZADO. A SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA, À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE NÃO VERSEM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS. JURISPRUDÊNCIA (STF). DOUTRINA. CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. INVIABILIDADE DE SUA DECRETAÇÃO, QUANDO FUNDADA NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES, NO CLAMOR PÚBLICO E NA SUPOSIÇÃO DE QUE O RÉU POSSA INTERFERIR NAS PROVAS. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO “STATUS LIBERTATIS” DAQUELE QUE A SOFRE. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

2. Dos Comentários

Nossa intenção neste pequeno texto é tão-somente apresentar uma breve evolução da matéria vista através da jurisprudência do STF.

Com efeito, não é nova a discussão que recai sobre a constitucionalidade de leis que vedam, de forma absoluta, a concessão de liberdade provisória a determinados crimes, entendidos como graves pelo legislador constitucional ou infraconstitucional.

De um modo geral, sempre se entendeu que a liberdade provisória seria um gênero, a englobar três espécies. Ou, noutros termos, a liberdade provisória seria um instituto para o qual o ordenamento jurídico brasileiro previu três hipóteses de ocorrência:

1) nos casos em que é obrigatória a sua concessão, como por exemplo:

- (a) art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95: infrações de menor potencial ofensivo;
- (b) art. 48, § 2º, da Lei 11.343/06 (Nova Lei de Drogas): usuário;
- (c) CPP, art. 321 - infrações em que o réu livra-se solto.

2) nos casos decorrentes de fiança¹;

3) nos casos em que a concessão independente de fiança, v. g.:

- a) CPP, art. 309: infrações penais em que o réu se livra solto;
- b) CPP, art. 310, *caput*: quando o juiz verifica que o agente praticou o fato acobertado por uma causa excludente da ilicitude;
- c) CPP, art. 310, parágrafo único: quando ausentes os pressupostos ensejadores da prisão preventiva.

Assim, o fato de uma infração ser inafiançável, em tese, não impediria que o seu agente fosse beneficiado pela liberdade provisória, já que esta poderia ser concedida mesmo sem a prestação de fiança, desde que não verificáveis os pressupostos da prisão preventiva. Tanto que o CPP, no seu título IX (Da Prisão e da Liberdade Provisória), capítulo VI, prevê a possibilidade de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Todavia, é importante destacar que o STF parece ter inovado quanto a esse entendimento. Em algumas decisões, nota-se que o Pretório Excelso, especialmente por sua 1ª Turma, condiciona a possibilidade da concessão da liberdade provisória à ausência do caráter de inafiançabilidade imposto pela Constituição Federal a determinadas infrações. Consoante esse posicionamento, o fato de a infração ser considerada inafiançável *pelo constituinte* representaria verdadeiro óbice ao deferimento de liberdade provisória (muito embora, de acordo com o que vimos acima, a liberdade provisória possa ser concedida independente da fiança). É o que observamos desse trecho da ementa constante no julgamento do HC 93302 / SP:

¹ Vale lembrar os casos em que o deferimento da fiança não é permitido, como no art. 5º XLIII e XLIV, da CF, e nos art. 323 e 324 do CPP

2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão “e liberdade provisória” do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.

Em sentido contrário, já houve manifestações do Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, parece não haver uma uniformidade de entendimento entre as 5ª e 6ª Turmas do Tribunal da Cidadania. Como certa vez ponderado no HC 99029/RS pela Ministra convocada, Desembargadora Jane Silva (TJMG), no âmbito da 6ª Turma, a vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime, bem como a proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança, por se tratar de hipóteses diversas de cabimento do benefício. Ou seja, o fato de o crime ser inafiançável não impede a concessão da liberdade provisória, já que ela pode ser conferida independentemente da fiança².

Mas pelo que se denota, parece que a 5ª Turma do STJ também está a seguir a orientação do Pretório Excelso, conforme destacado no HC 90028, oriundo de Minas Gerais, relator Ministro Napoleão Filho:

² Reputamos pertinente transcrever parte do voto da ilustre magistrada: “Sempre externamos nosso posicionamento contrário ao entendimento que veda a liberdade provisória nos crimes hediondos, primeiramente porque o legislador constitucional se referiu apenas à fiança, espécie de liberdade provisória, mas não o fez em relação às demais espécies, ou seja, ao gênero. Por outro lado, a Lei 11.464/2007, que é posterior à Lei 11.343/06, e que tem a natureza de geral em relação aos crimes hediondos, também só proíbe a fiança e cremos que sua modificação teve o intuito de adequar a lei ordinária ao texto constitucional”.

Quando atuávamos na 5ª Turma desta Corte, sempre ressalvamos nosso posicionamento, mas tendo em vista a necessidade de uniformização das decisões dentro da Turma, acabávamos por acompanhar a maioria. No entanto, agora, nesta Turma, em que o entendimento é o mesmo que sempre esposamos, não vejo motivos para deixar de reconhecer a possibilidade, em tese, da liberdade provisória, mesmo nos crimes hediondos e, em especial, no tráfico de entorpecentes, desde que as circunstâncias em que o delito foi cometido a autorize, bem como se façam nítidas as demais exigências legais.

A vedação de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, na hipótese de crimes hediondos, encontra amparo no art. 5º, LXVI da CF, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações; assim, mudança do art. 2º. da Lei 8.072/90, operada pela Lei 11.464/07 não viabiliza tal benesse, conforme entendimento sufragado pelo Pretório Excelso e acompanhado por esta Corte. Em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, referido óbice apresenta-se reforçado pelo disposto no art. 44 da Lei 11.343/06 (nova Lei de Tóxicos), que a proíbe expressamente.³

Seja como for, o fato é que o ordenamento jurídico, não obstante, já previu algumas hipóteses de vedação absoluta à concessão de liberdade provisória. Entre elas, destacam-se:

- a) art. 31 da Lei 7.492/86 – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional
- b) art. 2º, II, da Lei 8.072/90 – Crimes Hediondos
- c) art. 7º da Lei 9.034/95 – Crime Organizado
- d) art. 3º da Lei 9.613/98 – Crimes de Lavagem de Dinheiro
- e) art. 21 da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento
- f) art. 44 da Lei 11.343/06 – Tráfico de Drogas

No que se refere à Lei 10.826/03, o STF proclamou a inconstitucionalidade do art. 21 da referida lei que previa a vedação de liberdade provisória aos crimes de Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, Comércio ilegal de arma de fogo e Tráfico internacional de arma de fogo (arts. 16, 17 e 18 do Estatuto do Desarmamento). Conforme divulgado no Informativo nº 465 do STF, entendeu-se haver afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI), ressaltando-se, ainda, que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV).

3 No mesmo sentido, foi o julgamento pela 5ª Turma do STJ no HC 108113 / MG : “I - A proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único do art. 310, do CPP. II - Além do mais, o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida. III - A vedação à concessão de liberdade provisória aos agentes presos em flagrante no cometimento do delito de tráfico de drogas é proclamada na jurisprudência do Pretório Excelso (v.g. HC 92495/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 27/05/2008 e HC 93991/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 03/06/2008). IV - Dessa forma, não há qualquer ilegalidade na decisão monocrática do Relator do e. Tribunal de origem que liminarmente indefere o pedido de liberdade provisória formulado em favor do paciente, preso em flagrante e denunciado pela suposta prática de delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, com base em precedentes desta Corte e do c. STF”.

Também em relação aos crimes hediondos e equiparados, o STF considerou ofensivo ao texto constitucional semelhante vedação que era prevista no inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, hoje suprimida com a nova redação dada pela Lei 11.464/2007. Como certa vez ponderado pelo Ministro Joaquim Barbosa, no HC 92880/ GO, julgado pela 2ª Turma dessa Corte:

A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo penal. Precedentes desta Corte. 3. Em razão da supressão, pela lei 11.646/2007, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão.

Contudo, a 1ª Turma do STF, por seu Ministro Carlos Britto, já entendeu de modo contrário ao aresto colacionado acima. Segundo se afirmou, a supressão da expressão *liberdade provisória* do referido inciso II do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos teria sido apenas a correção de uma redundância, já que, se o crime é inafiançável, por corolário seria insuscetível de liberdade provisória. Para o ministro, a referência quanto à vedação de fiança e liberdade provisória, num mesmo dispositivo legal, seria um “excesso verbal”. Eis a ementa do HC 92469/SP.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO OU A ELE EQUIPARADO. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. OBSTÁCULO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL: INCISO XLIII DO ART. 5º (INAFIANÇABILIDADE DOS CRIMES HEDIONDOS). SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.464/2007. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. Se o crime é inafiançável, e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a “fiança e a liberdade provisória”, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo legislador ordinário (Lei nº 11.464/2007), ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança. 2. Manutenção da jurisprudência desta Primeira Turma, no sentido de que “a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: “... seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade

provisória sem fiança...” (HC 83.468, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence). Precedente: HC 93.302, da relatoria da ministra Carmem Lúcia. 3. Ordem denegada.

No que se refere à Lei de Drogas, num primeiro momento, após a alteração da Lei dos Crimes Hediondos, chegou-se a afirmar a revogação do art. 44 pela novel legislação. Entretanto, tem prevalecido no Supremo que, por se tratar de norma especial em relação à Lei dos Crimes Hediondos, subsiste a vedação de liberdade prevista no art. 44 da Lei 11.343/06 aos crimes de tráfico de drogas, mesmo após a posterior edição da Lei 11.464/07 que, como vimos, suprimiu essa vedação em relação aos crimes hediondos e equiparados. Nesse sentido, cita-se o HC 92495/ PE:

O STF tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n 11.343/06), o que é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória (norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP). 3. Nem a redação conferida ao art. 2 , II, da Lei n 8.072/90, pela Lei n 11.464/07, prepondera sobre o disposto no art. 44, da Lei n 11.343/06, eis que esta se refere explicitamente à proibição da concessão de liberdade provisória em se tratando de crime de tráfico ilícito de substância entorpecente.

Pois bem. Dentro desse cenário, a discussão também já alcançou os crimes praticados por organizações criminosas. Ressalvando-se que o entendimento foi exarado em sede de cautelar, o Ministro Celso de Mello afirmou que o mesmo raciocínio que o STF aplicou ao proclamar a inconstitucionalidade do Estatuto do Desarmamento deve ser usado em relação à vedação abstrata de concessão de liberdade provisória aos crimes praticados por organizações criminosas (art. 7º da Lei do Crime Organizado), sem atentar para os elementos fáticos no caso concreto⁴.

⁴ Segundo consta do Informativo nº 516 do STF: “Daí não ser apropriado invocar-se o art. 7º da Lei nº 9.034/95 para, com apoio nele, justificar-se um decreto judicial de privação cautelar da liberdade individual (Apenso 01, fls. 207).

Mostra-se importante ter presente, no caso, que o referido art. 7º da Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) proíbe, de modo abstrato e “a priori”, a concessão da liberdade provisória “aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”.

Essa regra legal veio a ser reproduzida, com conteúdo material virtualmente idêntico, pela Lei nº 10.826/2003, cujo art. 21 estabelecia que “Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória” (grifei).

A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do “due process”, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República.

Foi por tal razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003, (Estatuto do Desarmamento)”.

A vedação absoluta à concessão de liberdade provisória por meio do legislador ofende a razoabilidade que deve estar presente em todos os atos estatais e que funciona tanto como norte quanto como limite ao poder normativo do Estado. Disse o Ministro Celso de Mello:

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Assim, a liberdade provisória somente poderia ser negada, pelo magistrado – e não abstratamente pelo legislador –, diante da análise concreta e casuística da situação em que se encontra o indivíduo, até porque a regra no Estado Democrático de Direito é a da prisão somente após o trânsito em julgado de decisão judicial. E se a segregação cautelar é medida excepcional, não é dado convolar uma exceção (prisões processuais) em algo imune inclusive à apreciação judicial, sob pena de ofensa direta ao art. 5º, XXXV, da CF. Do contrário, seria tornar a prisão preventiva, a temporária ou a decorrente de flagrante quase em institutos intocáveis, podendo ser revistas somente diante de alguma patente ilegalidade do ato prisional em si (via relaxamento).

Nessa seara, arrematou Celso de Mello:

Em suma, cabe advertir que a interdição legal “in abstracto”, vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 7º da Lei nº 9.034/95, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal.

O magistrado, no entanto, sempre poderá, presente situação de real necessidade, evidenciada por fatos que dêem concreção aos requisitos previstos no art. 312 do CPP, decretar, em cada caso, quando tal se mostrar imprescindível, a prisão cautelar da pessoa sob persecução penal.

Foi sob tal perspectiva que esta Corte, tendo presente o requisito legitimador da cautelaridade, julgou (e indeferiu) o HC

89.143/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, por haver entendido, naquele caso, que o decreto de custódia cautelar achava-se adequadamente fundamentado segundo os critérios fixados pelo art. 312 do CPP e de acordo com os padrões estabelecidos pela jurisprudência desta Suprema Corte.

Por fim, como se vê, a jurisprudência oscila em relação à vedação legal e apriorística de liberdade provisória a determinados crimes. Com certeza, o tema ainda irá render muitas discussões até se estabilizar no seio dos Tribunais.

3. Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 108113 / MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, 21 de agosto de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 99029/RS. Relatora: Ministra convocada Jane Silva (TJMG). Brasília, 15 de maio de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 90028/MG. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 27 de março de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94404MC/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92495/PE. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 27 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92880/GO. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 20 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93302/SP. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 25 de março de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 516. Brasília, 18 a 22 de agosto de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 465. Brasília, 30 de abril a 4 de maio de 2007.

4. TÉCNICAS

4.1. APELAÇÃO CRIMINAL

JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

FEITO Nº XXXXXX (TJMG)
COMARCA: XXXXX (Vara Criminal)
ESPÉCIE: Apelação Criminal
RECORRENTE: XXXXXX
RECORRIDO: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
INCIDÊNCIA PENAL: arts. 33, *caput*, e 35, da Lei Federal nº 11.343/06, e 12, da LF nº 10.826/03

EMENTA DO PARECER: PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR INDEFERIMENTO DO MULTIRREQUERIDO EXAME PERICIAL DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – DESNECESSIDADE – PREFACIAL INCONSISTENTE, A MERECER REJEIÇÃO – PRESERVAÇÃO TOTAL DO *DECISUM* HOSTILIZADO – PROCEDÊNCIA QUASE INTEGRAL DO PLEITO CONDENATÓRIO ESTAMPADO NA DENÚNCIA DO MP – DOSIMETRIA DAS PENAS CORRETA – ATENUANTE DA MENORIDADE = CIRCUNSTÂNCIA REVOGADA DESDE A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – DESAPARECIMENTO DAS RAZÕES PARA SUA SOBREVIVÊNCIA COM O ADVENTO DO *CODEX* – MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE DROGAS, NÃO CONFIGURADA A PARTIR DAS PRÓPRIAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO RÉU (INTERROGATÓRIO) – REGIMES PRISIONAIS ADEQUADOS – VARIEDADE E QUANTIDADE DE TÓXICOS APREENHIDOS A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE ACIMA DO LIMITE MÍNIMO LEGAL (LAUDO PERICIAL À FL. 78) – DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Egrégio Tribunal de Justiça,
Colenda Câmara Criminal,
Eminentes Desembargadores.

Denunciado, após regular instrução do feito, sem registro de incidentes dignos de nota, viu-se condenado o réu e ora apelante pelos admitidos crimes de tráfico de drogas, modalidade manter em depósito, com intenção mercantil, de associação para esse tráfico e de posse de arma de fogo (foi afastada a causa especial de aumento de pena referente a associação com menor de dezoito anos de idade, por ausência de bastante comprovação da menoridade) – *ex vi* dos artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei Federal nº 11.343/06 (Nova Lei de Drogas), e 12 da LF nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) (cf. sentença, às fls. 109/121).

Ato contínuo, eis que, inconformada, não obstante a renúncia do próprio réu ao direito de recorrer (fls. 123 e 124), manifestou a combativa defesa constituída recurso de apelação (fl. 125), por meio do que busca a reforma do *decisum*, consubstanciado o inconformismo nos termos das ofertadas razões recursais (pleitos de nulidade do processo por ausência do exame pericial de dependência toxicológica, de absolvição dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, ante a vislumbrada fragilidade do acervo probatório, de concessão de pena substitutiva para a incriminação por porte ilegal de arma de fogo, reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade e concessão das benesses da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da legislação de drogas – fls. 147/165).

Contra-razões de apelação, pela Promotoria de Justiça, também regularmente acostadas, ato contínuo (proposta de manutenção parcial da sentença apelada, com diminuição das penas aos limites mínimos legais, reconhecimento da atenuante da menoridade e também da causa especial de redução de pena – fls. 168/178).

Subiram os autos à instância superior, vindo em seguida à Procuradoria-Geral de Justiça para colheita do parecer, conforme dispositivos legais (artigos 613, do Código de Processo Penal, 25, V, e 31, da Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados, e 66, VII, e 71, II, da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais).

Este o relatório, em apertada síntese do que realmente importa.

Sobre os demais eventos do processo invoco, na oportunidade, o suficiente intróito da v. sentença objurgada (fls. 109/111).

Passo, em seguida, a manifestar-me.

Considerações preambulares

A presente impugnação vem a ser própria (artigo 593, I, CPP), tempestiva (fl. 125), encontra-se regularmente processada e presente se faz o legítimo interesse recursal, face à registrada sucumbência total suportada pelo acusado, motivos por que o apelo há de ser conhecido na instância revisora.

Existente arguição de questão preliminar por parte da defesa, a mesma, porém, não guarda sequer mínima procedência, havendo, portanto, de ser rejeitada, conforme mais à frente se verificará (tópico específico).

Assim, forçosa é a conclusão no sentido de encontrar-se o feito em absoluta ordem (o juízo é o competente para a causa, não se verificam nulidades a serem sanadas, bem assim viram-se inteiramente respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa).

Quanto ao mérito do apelo, propriamente dito, eis que, em face justamente da ostentada regularidade formal dos autos, de plano e *a priori* dispensada estaria a emissão, pelo procurador de justiça, de parecer analítico, peça a qual deve sempre se pautar, como sói acontecer com todas as manifestações processuais, por pelo menos um mínimo de utilidade prática.

Situações diferentes, porém, são aquelas – como acontece presentemente, por sinal – em que eventualmente há considerações a se fazer (isto é, acréscimos, requerimentos, propostas, correções ou recomendações – esta última constitui a hipótese dos autos), motivo por que a manifestação processual então deixa de ser mera prática rotineira – como infelizmente vem ocorrendo há muitos anos e em praticamente todo o país (emissão de pareceres sem nenhum reflexo no panorama processual, completamente desprovidos de finalidade útil) –, para de fato assumir verdadeira relevância jurídica.

Protege-se, dessarte, os princípios do contraditório e da ampla defesa, velando-se inofismavelmente pelo completo equilíbrio processual, cumprindo o *Parquet*, por ocasião do julgamento do recurso ordinário, o seu papel mais importante, que é o de atuar *custos legis*.

No tocante ao mérito do recurso em tela, portanto, malgrado a regularidade exibida pelos autos, eis que assume real importância o parecer da Procuradoria de Justiça, no específico sentido de:

- recomendar, aos eminentes desembargadores, a preservação integral do *decisum* hostilizado (*vide* tópico à frente).

Muito embora o possível impacto negativo dessa posição (intervenção substancial da Procuradoria de Justiça somente diante de questões que porventura revelam-se verdadeiramente importantes para o julgamento do recurso – eventuais hipóteses de acréscimos, correções, requerimentos, propostas ou recomendações), tal não deixará de ser, contudo, absolutamente equivocado, de vez que me declaro adepto desse entendimento já há vários anos.

A propósito reafirmo, incansável e forte em abalizados entendimentos idênticos, que o mergulho no cerne dos autos somente se justifica quando a manifestação, em nome da Procuradoria-Geral de Justiça, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, reveste-se de real importância com vistas à melhor entrega possível da prestação jurisdicional, essa a encargo do Judiciário de segunda instância, isto é, o Tribunal de Justiça, sob pena de se ferir o indispensável equilíbrio das partes (princípio da equivalência de armas entre a defesa e a acusação).

PRELIMINAR SUSCITADA PELA DEFESA – CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE EXAME TOXICOLÓGICO – *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* – INCONSISTÊNCIA – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR.

Não prospera a alegação defensiva de cerceamento de defesa ante o correto indeferimento do pedido de exame toxicológico, pelo juiz sentenciante.

O exame de dependência toxicológica não é peça essencial ao processo, sendo certo que, em sua ausência, não há que se falar em cerceamento de defesa. A realização do referido exame deve, sim, ser deferida pelo juiz, desde que haja real necessidade, em casos de evidente ou sugerida semi-imputabilidade ou, até mesmo, de inimputabilidade do agente, o que não acontece no caso dos autos, no entanto.

Por outro lado, não assiste razão à aguerrida defesa, ao evocar a nulidade do feito pela ausência de realização de exame de dependência toxicológica do acusado, vez que na lei processual brasileira vige o princípio da livre apreciação da prova, impondo-se ao julgador apenas o dever de fundamentar os parâmetros norteadores da decisão. Como corolário, não é retirada da autoridade judiciária a exclusiva apreciação da conveniência e necessidade de qualquer exame pericial requerido, não ficando o juízo sujeito a seu deferimento, e a negativa do pedido não constitui cerceamento de defesa, por si somente.

Assim, o julgador não está obrigado a determinar a realização dos referidos exames, se outros elementos de convicção vêm a justificar sua dispensa, mormente quando inexistirem dúvidas acerca da higidez mental do réu, como se vê no caso destes autos.

Cabe consignar que o simples fato de o réu alegar ser viciado em drogas não impõe a obrigatoriedade da realização do exame pericial de dependência toxicológica, pois, diante dos elementos dos autos, é que o juiz pode – e deve – verificar a necessidade ou não de submissão do réu a tal exame.

A corroborar tal entendimento, trago à colação o seguinte precedente:

CRIMINAL. HC. ENTORPECENTES. NULIDADE. AUSÊNCIA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA DO DECRETO CONDENATÓRIO. DISCUSSÃO DA CULPABILIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. A falta do exame de dependência toxicológica não configura nulidade, se outros elementos de convicção justificam sua dispensa. A via eleita é imprópria para discussão sobre a culpabilidade do paciente – verdadeira pretensão evidenciada no writ. A desconstituição do julgado só é admitida em casos de flagrante e inequívoca ilegalidade, o que não restou evidenciado in casu. Ordem denegada. (STJ – HC 23365 / SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 03.02.2003)

No mesmo sentido: HC 26291/MG, Ministro Jorge Scartezzini, in DJ de 18.08.2003, e RHC 7067/SP, Ministro Fernando Gonçalves, in DJ de 25.02.1998. E ainda:

Em princípio, é cabível o exame de dependência em se tratando de traficante viciado, *mas não basta para seu deferimento a mera alegação de usuário ou viciado, fazendo-se mister a existência de um conjunto de indícios a induzir dúvida razoável sobre a normalidade psicossomática do agente, como decorrência de uso de drogas* (TJRS - AC 685013823 - rel. des. João Ricardo Vinhas – in RJTJRS 111/111). (destaques acrescentados, não constantes do texto original)

O exame de dependência toxicológica só se torna necessário quando houver dúvidas sobre a integridade mental do acusado ou quando tiver sido alegado que a conduta delituosa ocorreu em virtude de dependência à substância entorpecente - Precedentes judiciais - Nulidade rejeitada. (TJRS - AC 68.800.372-2 - rel. des. João Ricardo Vinhas – in RJTJRS 130/166).

Portanto, a alegação de nulidade é descabida.

O sistema de nulidades vigente entre nós, ademais, é orientado pelo princípio francês *pas de nullité sans grief*, consagrado expressamente no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual *nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*.

Neste sentido, a decretação da nulidade requer a demonstração objetiva do prejuízo, restando claro e efetivo o dano causado à parte. Reconhecer simplesmente, no presente caso, o cerceamento de defesa é, indubitavelmente, desvirtuar o objetivo maior da atividade jurisdicional em reconhecimento de um formalismo exagerado e inútil.

Prejuízo que, *in casu*, ensejaria o reconhecimento da nulidade do ato processual imperfeito é o dano aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo certo que nos presentes autos não se vislumbra qualquer violação a tais princípios.

Digna de rejeição, pois, a preliminar argüida.

BREVE INCURSÃO AO MÉRITO – REGULARIDADE FORMAL DO FEITO – EXISTÊNCIA DE RECOMENDAÇÃO A SER FEITA – PRESERVAÇÃO TOTAL DO *DECISUM* HOSTILIZADO – PROCEDÊNCIA QUASE INTEGRAL DO PLEITO CONDENATÓRIO ESTAMPADO NA DENÚNCIA DO MP – DOSIMETRIA DAS PENAS CORRETAS – ATENUANTE DA MENORIDADE = CIRCUNSTÂNCIA REVOGADA DESDE A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL – DESAPARECIMENTO DAS RAZÕES PARA SUA SOBREVIVÊNCIA COM O ADVENTO DO *CODEX* – MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA NOVA LEI DE DROGAS, NÃO CONFIGURADA A PARTIR DAS PRÓPRIAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO RÉU (INTERROGATÓRIO) – REGIMES PRISIONAIS ADEQUADOS – VARIEDADE E QUANTIDADE DE TÓXICOS APREENDIDOS A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE ACIMA DO LIMITE MÍNIMO LEGAL (LAUDO PERICIAL À FL. 78) – DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Como anteriormente já consignado, forçosa é a conclusão no sentido de encontrar-se o presente feito em absoluta ordem (o juízo é o competente para a causa, não se verificam nulidades a serem sanadas, bem assim viram-se inteiramente respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa).

Deu-se, *in casu*, registre-se, a exigível intervenção da Promotoria Pública em todos os atos (*ex vi* do artigo 564, III, “d”, do CPP).

Nada obstante terem ambas as partes debatido livremente suas próprias teses, inexistindo necessidade ou conveniência, neste ensejo, de acréscimos de dados, vale *en passant* consignar, todavia, no que pertine à condenação do réu, a constatação da existência de um panorama até mais do que suficiente de provas e indícios, tudo convergente, concatenado e harmônico, a francamente reclamar a advinda solução condenatória (tráfico ilícito de drogas, associação para esse tráfico e posse ilegal de arma de fogo), inviabilizadas por completo, ressalte-se, as sugeridas soluções em favor do acusado – absolvição dos delitos de tráfico e de associação para o tráfico, ante à vislumbrada fragilidade do acervo probatório, de concessão de pena substitutiva para a incriminação por porte ilegal de arma de fogo, reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade e concessão das benesses da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da legislação de drogas – fls. 147/165 –, propostas essas contidas nas ofertadas razões de inconformismo.

Não é razoável exigir-se, ademais, uma prova cabal, farta, robusta, inequívoca, isso muito mais utopia do que realidade, sendo o bastante, portanto, para legitimar uma conclusão incriminatória, uma coleção de elementos de convicção (provas e indícios) que, dada sua convergência e harmonia, aliada à lógica e ao bom senso, esteja a apontar no sentido da culpa do réu.

Para propugnar pela preservação, na íntegra, da excelente sentença penal condenatória, valho-me aqui, *ipsis literis*, da correta e justa linha de raciocínio exposta pelo valoroso magistrado sentenciante, o Dr. José Américo Martins da Costa, sem embargo do entendimento diferente constante das judiciosas ponderações levadas a efeito pelo combativo promotor de justiça autor das bem lançadas contra-razões recursais, o Dr. Emerson Felipe Dias Nogueira, desnecessárias meras repetições, pena de odiosa tautologia.

No que toca, primeiramente, ao visado reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade (o réu tinha, quando dos fatos, dezenove anos de idade), eis que tal circunstância viu-se revogada ante a entrada em vigor, em 10/01/2003, do Novo Código Civil.

Com efeito, viram-se exauridas todas as razões para a sobrevivência da circunstância com o advento do *codex*, de vez que a maioria civil dá-se, desde então, aos dezoito anos de idade, não mais subsistindo qualquer restrição entre essa idade e os vinte e um anos. As razões para a consideração de circunstância atenuante, portanto, daquele agente que comete o fato criminoso ou contravencional entre os seus dezoito

e vinte e um anos de idade, não mais existem, não sendo razoável, diferentemente do interpretado pelo nobre promotor de justiça autor das contra-razões recursais, que o caráter meramente biológico prevaleça sobre o que foi estipulado a partir da entrada em vigor do Novo Código Civil.

Sobre o cabimento, *in casu*, das benesses do art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, foi a partir das informações fornecidas pelo próprio réu, em seu interrogatório, que o magistrado sentenciante as denegou, aliás corretamente, *data venia*.

Evidente é que vantagem legal desse porte – causa especial de diminuição de pena, capaz de reduzir a sanção penal a um *quantum* concreto aquém do patamar mínimo legal – apenas deve ser deferida àqueles que, como às expressas reza o dispositivo legal em apreço, atendem inequivocamente aos seus rígidos pressupostos (“*nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”), ou seja, *a contrario sensu*, se ausente qualquer dos requisitos, não poderá ser concedida a vantagem ao condenado.

À inexistência de registro de maus antecedentes (isto é, condenação trânsita em julgado por infração penal qualquer, após o cometimento do crime de que tratam os autos) equipara-se a existência de bons antecedentes, dada a imperiosa interpretação restritiva que peculiariza o Direito Penal, quanto ao que milita em prejuízo do réu.

Sobre não se poder dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, a despeito de tantas divergências, algumas até no sentido de que tal não vai além de ser mera letra morta, já que o tão só fato do agente não ostentar maus antecedentes e ser primário conduziria à conclusão negativa acerca daqueles pressupostos, o certo é, *in casu*, o próprio acusado informa ser traficante de drogas. Já no que toca à fixação, pelo juiz, de penas-bases acima dos seus respectivos patamares mínimos legais, para os admitidos crimes de tráfico de drogas e de associação para esse tráfico, tal se justifica – por sinal plenamente – mercê da variedade e quantidade expressiva das substâncias entorpecentes apreendidas (*vide* laudo pericial toxicológico, à fl. 78 dos autos).

O recrudescimento das penas corporal e pecuniária se impunha, portanto!

Atende-se, dessa forma, às finalidades do sancionamento criminal (repressão do delito e profilaxia, esta com alcance tanto individual, para o agente, como social), sem embargo do entendimento diverso estampado nas bem lançadas contra-razões de apelação.

Com efeito, citando-se ensinamento jurisprudencial, que deve ser interpretado *in casu* exatamente: “[...] a alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate ao seu tráfico, impondo-se, em consequência, a aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública” (RJTJRS 130/154).

Ao Judiciário cabe, por óbvio, sopesar e fixar a reprimenda criminal disponível, entre os seus patamares mínimo e máximo, justamente atendendo às variantes de cada caso concreto, impondo pena maior às hipóteses de mais grave lesividade ao bem jurídico tutelado, e, sob a mesma ótica, sancionando menos rigorosamente as condutas de menor potencialidade ofensiva.

Devendo a pena criminal, na memorável lição do mui eminente Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira, de saudosíssima memória, situar-se na região de equilíbrio entre o máximo de satisfação para a sociedade e o mínimo de aflição para o acusado, tem-se que o mínimo legal pleiteado tanto pela defesa como em sede de contra-razões, *data maxima venia*, revela-se insuficiente aos fins preconizados pelo sancionamento penal (repressão do delito e sua profilaxia, tanto para o agente como para a sociedade).

Há de se reservar a estipulação da pena no seu limite mínimo legal apenas aos casos em que todas as circunstâncias legais e judiciais sejam favoráveis ao réu, e, tratando-se de delito de tóxicos, aos casos, além disso, em que a quantidade e a espécie de substâncias envolvidas não sejam, respectivamente, expressiva e variada, como exatamente ocorre no caso em tela. Nessa instância revisora, portanto, há de ser negado provimento ao recurso manifestado pela defesa. Deixo de propugnar por vista à defesa (princípio do contraditório), em face do que aqui consta, eis tratar-se de posicionamento que, na realidade, nada trouxe de surpreendente, de modo prejudicial, ao réu ou aos seus defensores.

Conclusão

Pelo exposto sou, respeitosamente, pelo conhecimento do presente recurso, porquanto próprio, tempestivo, regularmente processado e presente o legítimo interesse recursal (sucumbência total do acusado). Quanto à invocada prejudicial de nulidade, por ausência de realização do exame pericial de dependência toxicológica, à míngua de sequer mínima consistência do pleito pugno por sua rejeição. No mérito, estou a manifestar-me pelo desprovimento do apelo aviado.

Belo Horizonte, 04 de fevereiro de 2008.

SUBSEÇÃO III – DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

1. ARTIGOS

1.1 DURAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA

FABRÍCIO SIMÃO DA CUNHA ARAÚJO

Assessor Jurídico da Secretaria de Defesa Social do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O tema da duração do contrato administrativo, especialmente no que concerne aos contratos administrativos de execução continuada, ainda não é tratado de forma uníssona pela doutrina administrativista já que os dispositivos legais pertinentes não são suficientemente claros para uma exegese peremptória e pacífica. Contudo, através da análise das finalidades da norma pertinente, do sistema normativo pátrio e considerando a tábua axiológica consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, tentaremos, nesta apertada exposição, apresentar a alternativa exegética que nos parece apropriada para a questão, sabendo de antemão que não será possível tratar a matéria com a exaustão que merece. Em outras palavras, a melhor interpretação para a norma jurídica deverá ser aquela capaz de consagrar os mais valiosos princípios e valores que regem a sociedade brasileira, guiados sempre pela luz da razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: duração do contrato administrativo; razoabilidade.

ABSTRACT: The subject of the maximum extension of the administrative contracts, specially concerning the ones which are fulfilled continuously, is not yet understood in an even way by the jurisprudence and by the related law experts, since law is not clear enough for a pacific and final interpretation. In spite of that, considering the objectives behind this law, as well as the national law system, and also the scale of values that was printed in the Brazilian Constitution, one intends to show the comprehension which seems the most appropriate for the matter, knowing in advance that we will not be able to treat the subject with the complexity it deserves. In other words, the correct application for this law, according to the explanations made, is the one able to materialize more among the most important principles and values that govern the society, guided by the path of reasonability.

KEY WORDS: maximum extension of administrative contracts; reasonability.

SUMÁRIO: 1. Apresentação. 2. Introdução. 3. Duração dos contratos de execução continuada. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Apresentação

O tema da duração do contrato administrativo, especialmente no que concerne aos contratos administrativos de execução continuada, ainda não é tratado de forma uníssona pela doutrina administrativista, já que os dispositivos legais pertinentes não são suficientemente claros para uma exegese peremptória e pacífica.

Contudo, por meio da análise das finalidades da norma pertinente, do sistema normativo pátrio e considerando a tábua axiológica consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, tentaremos, nesta apertada exposição, apresentar argumentos para a adoção da alternativa exegética que nos parece mais apropriada para a questão, sabendo de antemão que não será possível tratar a matéria com a exaustão que merece.

2. Introdução

Preliminarmente é de grande importância consignar que os contratos administrativos podem ser classificados em contratos de escopo e contratos de duração continuada¹, de acordo com a função que o prazo, fixado na avença, exerce na relação jurídica negocial entre a Administração e o contratado.

Os contratos administrativos de escopo são aqueles em que a Administração Pública contrata determinado sujeito para a realização de uma prestação certa e determinada, cuja execução a contento culminará no exaurimento dos efeitos do negócio firmado, liberando o devedor. O prazo funciona simplesmente como estipulação de lapso temporal. O contratado assume o dever de cumprir uma prestação dentro daquele prazo fixado, sendo que o contrato poderá restar adimplido antes (e também depois) do advento de seu termo final.

Por outro lado, os contratos administrativos de execução continuada são aqueles em que o prazo definido no negócio jurídico é essencial para o termo de sua vigência, refletindo com exatidão o período de vigência da avença e fazendo parte, de fato, do próprio objeto contratado. Tais avenças tem como objeto a prestação de um serviço de forma contínua, durante um período determinado. O contratado assume o

¹ Sundfeld (1994) estabelece esta classificação com a pequena diferença terminológica de que denomina os aqui chamados contratos de execução continuada de contratos relativos à prestação de serviços a serem executados de forma contínua.

dever de cumprir contínuas prestações durante o prazo fixado. Em outras palavras, o adimplemento total só ocorrerá, se cumpridas as obrigações, com o advento do termo final; nem antes nem depois.

O artigo 57, *caput*, e o inciso I, da Lei nº 8666/93 estabelecem que os contratos de escopo terão, via de regra, sua duração limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, salvo quando relativos a investimentos contemplados no Plano Plurianual, senão vejamos:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório.

Já os contratos de execução continuada poderão ter prazo total de duração superior ao exercício financeiro, por força do art. 57, inciso II, do mesmo diploma legal:

Art. 57 –

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

A análise literal deste dispositivo legal não nos permite definir peremptoriamente, entretanto, se este contrato administrativo poderia ter sua duração inicial fixada por prazo superior ao respectivo exercício financeiro (em até sessenta meses) ou se o prazo inicial do contrato deve restar adstrito à vigência do respectivo crédito orçamentário, podendo o limite de sessenta meses ser atingido somente mediante sucessivas prorrogações.

Sobre esta questão é que pretendemos debruçar nossas atenções no presente artigo.

3. Duração dos contratos de execução continuada

A regra geral, contida no art. 57 da Lei nº 8666/93, de adstrição do contrato administrativo à vigência do respectivo crédito orçamentário é, deveras, corolário do princípio constitucional da anualidade do orçamento, consagrado na Lei Fundamental

no art. 165, inciso III e § 5º, e densificado no art. 167, inciso II e § 1º:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

III - os orçamentos anuais.

[...]

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

[...]

Art. 167. São vedados:

[...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[...]

§ 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

Não restam dúvidas quanto à grande importância do princípio da anualidade do orçamento, no sentido de: (a) possibilitar maior controle quanto à execução de gastos públicos; (b) possibilitar maior proteção ao contribuinte e (c) possibilitar uma previsão orçamentária mais realista, dada a limitação da capacidade humana de previsibilidade.

Diante desta inquestionável importância e do *status* constitucional da norma, parcela da doutrina administrativista pátria considera que os contratos de execução continuada deverão ter sua duração inicial adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, sendo que o prazo total de sessenta meses só poderá ser atingido mediante sucessivas prorrogações, entendimento esse partilhado pelo Tribunal de Contas da União. Nesse diapasão, julgam ser inconstitucional qualquer outra interpretação que venha a ser dada ao dispositivo em cotejo.

Esposando este entendimento, destacam-se os juristas Szkalarowsky (1998) e Pereira Júnior (2003), sendo que este traz como um dos pilares de sua vertente exegética, a decisão do TCU transcrita abaixo:

Em síntese [...], pode-se concluir que: após a edição da Lei nº 8333/94, os contratos para a prestação de serviços a serem executados de forma contínua devem ter duração dimensionada em até 60 meses, visando à obtenção da proposta mais vantajosa; em ambos os casos, é possível acrescer à duração, após as prorrogações citadas, mais 12 meses por força da MP nº 1081 de 1995, e reedições posteriores; *em todos os casos, a*

formalização do ajuste fica adstrita à vigência do respectivo crédito orçamentário, prorrogando-se anualmente até os limites temporais referidos anteriormente. (Decisão nº 605/96, Plenário. Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, grifo nosso).

Antes, contudo, de exarmos qualquer posicionamento, seja de concordância ou discordância com esta abalizada doutrina, julgamos imprescindível tecer algumas considerações complementares sobre os contratos de execução continuada.

Vale ressaltar que nestes contratos sempre estarão presentes: (a) o objetivo de atender a uma necessidade contínua que se prolonga em um período indefinido (ou muito longo) de tempo; (b) a peculiaridade de que a interrupção na prestação causará necessariamente algum transtorno ao regular desenvolvimento da atividade administrativa.

Quanto à primeira característica (necessidade contínua) temos que poderá consistir em atendimento a necessidades não essenciais, ou seja, necessidades da Administração e não da coletividade propriamente considerada; ou em atendimento às necessidades essenciais da coletividade (interesses públicos primários), funcionando tais contratatos, neste caso, como instrumentos viabilizadores da consecução das atividades-fim do poder público.

Destarte, conforme aventado, há duas subespécies de contratos de execução continuada: (1) os contratos de execução continuada para cumprir serviços essenciais à coletividade e (2) os contratos de execução continuada para atender a necessidades não essenciais da coletividade. Como exemplo dos primeiros, poderíamos destacar, dentre outros, os contratos firmados pela Administração com particulares para fornecimento de alimentação em presídios ou em hospitais públicos. Como exemplo dos segundos, poderíamos destacar, dentre outros, os contratos firmados para manutenção periódica de aparelhos de ar-condicionado ou elevadores nas sedes administrativas de determinado órgão.

Sendo assim, no que tange ao atendimento de necessidades essenciais da coletividade, a limitação da duração inicial à vigência da lei orçamentária não faria sentido prático, visto que não poderia sequer ser cogitada a hipótese de tal crédito não estar contemplado no orçamento seguinte, sob pena de incalculáveis danos à coletividade. Ou seja, devido à natureza imprescindível e inafastável da prestação em análise, é possível perceber que tal despesa estará prevista na lei orçamentária seguinte.

Não há dúvidas que, em um Estado de Direito, todo poder está necessariamente submetido à vigência da lei. Logo, a Administração não só está proibida de agir contrariamente a lei como só poderá atuar em situações expressamente permitidas em

lei – é o princípio da legalidade.

Isso ocorre porque, a Constituição, ao tratar da Administração Pública, submeteu esta a vários princípios, verdadeiros acordos travados entre as diversas forças políticas constituintes originárias ou valores-sínteses ou ainda balizas que orientam a produção, a interpretação e aplicação do Direito, dando coerência ao sistema normativo. Dessa forma, é indubitável que, na medida em que se submete a outros parâmetros de atuação, a Administração não mais se vê limitada a lei *strictu sensu*.

O princípio jurídico da legalidade, destarte, adquire novos contornos, promovendo grandes modificações na atuação do administrador público, vez que a atuação legítima da Administração Pública não mais cabe ser pensada como a que somente respeita a lei, e sim a que visa realizar o interesse público consignado constitucionalmente, ou seja, respeitando e cumprindo o sistema de valores da Constituição.

Na verdade, os outros princípios constitucionais são auxiliares, coadjuvantes ou aspectos da legalidade. Cada um, da sua maneira, informa ao operador do Direito como deverá ser considerada a lei. Assim, neste diapasão, a legalidade cede lugar ao princípio da “legitimidade” (Diogo Figueiredo Moreira Neto), da “juridicidade” (Carmem Lúcia Antunes Rocha, Eduardo Soto Kloss), da “constitucionalidade” (Juarez Freitas) ou da “supremacia constitucional”. O princípio da legalidade passa a ser o da constitucionalidade, ou, de fato, a fusão interativa dos princípios da Administração Pública (MOREIRA, 2003).

Adotando o princípio da constitucionalidade em detrimento da legalidade estrita, deveremos obrigatoriamente abandonar o critério de interpretação literal da lei. A exegese do texto legal deverá ser sempre conforme a Constituição, ou seja, uma interpretação sistemática, axiológica e teleológica guiada pela Lei Fundamental.

Nesta mesma esteira é mister frisar que o princípio constitucional da razoabilidade impõe que a interpretação do Direito tem de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal, respeitando concomitantemente as finalidades de todo o ordenamento jurídico e as finalidades que presidiram a consecução do ato jurídico.

Em outras palavras, entre duas interpretações possíveis, o exegeta tem de adotar a que melhor se harmoniza com o sistema como um todo, compatibilizando finalidades diversas. Logo, entre duas alternativas hermenêuticas diversas, o intérprete jamais pode propender para aquela que desnecessariamente inculca à norma interpretada um sentido conflitante com algum princípio ou alguma regra jurídica, muito menos com a própria finalidade do ato. Analisemos, portanto, o que dispõe o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93:

Art. 57 -

[...]

II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos *com vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração*, limitada a 60 (sessenta) meses. (grifo nosso).

Da análise do dispositivo supratranscrito, depreendemos que o mesmo visa consagrar os princípios constitucionais administrativos da eficiência administrativa, da economicidade administrativa, da continuidade dos serviços públicos e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Ora, é fácil perceber que as finalidades específicas consignadas neste dispositivo legal são, concomitantemente: (1) evitar o inconveniente de suspensão de atividades de contínuo atendimento ao interesse público, evitando prejuízos ao erário e à sociedade usuária e também a realização constante de licitações sobre o mesmo objeto (aumentando os custos administrativos); e (2) proporcionar negócios mais vantajosos ao Poder Público, tendo em vista a maior duração do fornecimento (pelo princípio da economia de escala, presume-se que a empresa, quando presta serviço de maior vulto, tem maiores possibilidades de diminuir o preço).

Portanto, caso a interpretação literal deste dispositivo legal não seja capaz de proporcionar os fins para os quais ele existe (obtenção de melhor proposta sem interrupção na prestação) ou culmine na negação de qualquer dos princípios constitucionais administrativos referidos, deverá ser rechaçada, dando lugar à interpretação teleológica e sistemática que possibilite a atuação administrativa “legítima”, de acordo com o sistema de valores do Estatuto Fundamental.

Muitas vezes o que ocorre é que a renovação dos contratos de execução continuada, como os de alimentação, não tem o condão de obter condições mais vantajosas, vez que as empresas contratadas, por doze meses, negam-se a oferecer melhores preços frente à grande expectativa de renovação do acordo. Isso porque, caso a Administração não renove o contrato, terá sérios problemas para ultimar nova licitação em prazo bastante exíguo, recorrendo, via de regra, a dispensas de licitação por emergência (art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93). Conforme se depreende, portanto, o poder público fica com reduzida capacidade de negociação.

Neste diapasão, a interpretação do art. 57, inciso II, da Lei nº 8666/93 que possibilitaria um melhor cumprimento do princípio da *supremacia constitucional* é no sentido de que a contratação de prestações contínuas poderá ser feita por período superior a um

ano, limitada ao prazo total de sessenta meses. Isso porque, agindo dessa forma, a Administração poderia, sem sombra de dúvidas, realizar negócios mais vantajosos, por menores preços, resguardando a um só tempo a continuidade dos serviços públicos, a eficiência administrativa e a economicidade.

Corroborando esse entendimento, urge ressaltar que os contratos de execução continuada para cumprir serviços essenciais à coletividade têm sempre como objetivo garantir condições mínimas de existência digna à sociedade em geral e, especificamente, à parcela da comunidade diretamente afetada, sendo impensável a interrupção de serviços de tamanha importância. No caso desses contratos, aos princípios constitucionais supramencionados soma-se o princípio vetor de toda a ordem normativa pátria, qual seja, o da dignidade da pessoa humana; verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Nesse sentido, se de um lado o princípio constitucional da anualidade do orçamento impediria, via de regra, a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, de outro lado os princípios constitucionais da economicidade e da eficiência administrativas, da continuidade dos serviços públicos e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humanas impõem que a melhor interpretação é no sentido de que os contratos de execução continuada, em especial os de serviços essenciais, podem ter duração inicial de até sessenta meses.

Não se trata aqui de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes, ao se interpretar o dispositivo legal de forma diversa do que se encontra expresso. Muito pelo contrário, conforme se depreende, a regra geral de adstrição do prazo dos contratos administrativos à vigência dos respectivos créditos orçamentários consta do *caput* do artigo e o inciso II foi expressamente previsto como exceção a tal regra.

Deveras, portanto, se o art. 57 da Lei de Licitações excepciona os serviços de execução contínua da limitação a um exercício financeiro, autoriza implicitamente, que em todos os exercícios seguintes, até a implementação do prazo total, seja reservado o recurso suficiente ao cumprimento das obrigações contraidas.

Corroborando nosso entendimento, trazemos à baila as lições do ilustre administrativista Justen Filho (2001, p. 522, grifo nosso):

A contratação pode fazer-se por período total de sessenta meses. *Não se afigura obrigatória a pactuação por períodos inferiores.* Trata-se de faculdade outorgada pela Administração, que poderá optar por períodos inferiores, com renovações sucessivas (até o limite de sessenta meses).

Assim, parecem excessivamente formalistas as interpretações no sentido de que a contratação deverá respeitar o exercício orçamentário, promovendo-se sua renovação no início do ano seguinte. Essa é uma opção que poderá ser adotada pela Administração, sem que se imponha como a única admissível. *Em face da lei, é possível que o prazo inicial da contratação ultrapasse o limite da lei orçamentária.*

4. Conclusão

Ante todo o exposto, portanto, é imperioso concluir que a interpretação e a aplicação corretas para o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 é a de que os contratos de execução continuada podem ter qualquer prazo, desde que menor que sessenta meses, pois somente por meio dessa exegese consagrar-se-ão, de melhor forma, os princípios da eficiência administrativa, da economicidade administrativa, da continuidade dos serviços públicos, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, cumprindo e respeitando, enfim, o sistema de valores consignados na Constituição da República Federativa do Brasil.

No que tange aos contratos de execução continuada para cumprir serviços essenciais, ganha ainda maior força esta conclusão na medida em que existiria presunção inafastável de que, qualquer que seja a distribuição de verbas na lei orçamentária posterior, certamente serão reservados recursos para o pagamentos de tais serviços.

5. Referências bibliográficas

BITTENCOURT, Sidney. A questão da duração do contrato administrativo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2008.

FERRAZ, Luciano. Contrato administrativo: possibilidade de retomada, prorrogação ou renovação do ajuste, manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial, atenção às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2008.

JUSTENFILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Vade Mecum de licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MAZZOCO, Carlos Fernando. *Duração do Contrato administrativo*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3255>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.). *Direito público moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Contratos contínuos. *Correio Brasiliense*, 29 jul. 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

2. JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência do Superior Tribunal Federal

1º Acórdão.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE MAGISTRADO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO PARA INSTAURAR PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CONTRA MAGISTRADO TRABALHISTA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA SINDICÂNCIA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Competência do Tribunal Superior do Trabalho para julgar processo disciplinar do Impetrante decorrente da falta de quorum do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região. Precedentes. 2. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional não estabelece regras de prescrição da pretensão punitiva por faltas disciplinares praticadas por magistrados: aplicação subsidiária da Lei n. 8.112/90. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. O prazo prescricional previsto no art. 142 da Lei n. 8.112/90 iniciou-se a partir da expedição da Resolução n. 817/2001, do Tribunal Superior do Trabalho, e teve seu curso interrompido pela instauração do Processo Administrativo n. TRT-MA-0087/01, razão pela qual não ocorreu prescrição administrativa. 3. A instauração de sindicância, como medida preparatória, não prejudica o agente público: admissão pela jurisprudência. Precedentes. 4. O mandado de segurança não é a sede apropriada para se rediscutirem argumentos debatidos e analisados no curso do processo administrativo, diante da impossibilidade de dilação probatória nessa ação. Precedentes. 5. Segurança denegada. (STF, Tribunal Pleno, MS 25191 / DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julg. 19/11/2007, Divulg. 13-12-2007).

2º Acórdão.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o “melhor”. 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido. (STF, 1ª Turma, RMS 26071 / DF, Rel. Min. Carlos Britto, Julgamento 13/11/2007, Divulg. 31-01-2008).

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E O DEVER DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL EM EXPEDIR ORDENS DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS – ANÁLISE CRÍTICA DA SÚMULA 311 DO STJ

MAÍRA CARVALHO LUZ

Advogada

Integrante da Rede Nacional dos Advogados e Advogadas Populares – RENAP

1. Súmula

Súmula 311 do STJ – (DJ de 23/05/2005). Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre o processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.

2. Razões

A interferência judicial na Administração muda e condiciona a ação administrativa de modo que a partir do momento no qual o Presidente do Tribunal emana a ordem para a Fazenda Pública para que pague os precatórios devidos estará determinando uma ação administrativa. Assim, há que se compreenderem os limites do Poder Judiciário no controle da administração pública.

3. Justificativa

É fundamental discutir em que intensidade o controle judicial, por meio do instrumento da ordem de pagamento de precatórios pela Fazenda Pública, transforma o direito material que regula a administração pública, pois a efetividade da Justiça, nessa hipótese, somente ocorre a partir do direito material contido na referida ordem judicial.

4. Comentários

4.1. Aspectos introdutórios

As decisões de cunho decisório do Poder Judiciário nem sempre possuem natureza jurisdicional, a exemplo dos atos do Presidente do Tribunal que disponham sobre o processamento e o pagamento dos precatórios. Há que se considerar, para isso, que

a estrutura judiciária baseia-se na execução de duas espécies de atos jurídicos: os jurisdicionais e os não-jurisdicionais. Todavia o papel exercido pelo Presidente do Tribunal na execução contra a Fazenda Pública costuma ser objeto de interpretações diferenciadas quanto à sua natureza jurídica, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 311, a qual dispõe que os atos do Presidente do Tribunal sobre o processamento e o pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.

O precatório mencionado pela Súmula 311 do STJ representa uma carta de sentença, nos termos dos artigos 484 e 521 do CPC, sendo processado pelo respectivo Tribunal, de acordo com suas normas regimentais. O art. 100, § 2º, da CF/1988 estabelece que ao Presidente do Tribunal caberá determinar o pagamento do precatório, mediante mandado de levantamento das importâncias resultantes das dotações orçamentárias e dos créditos adicionais abertos para tal finalidade, observadas as possibilidades de depósito. Haverá uma distribuição proporcional dos valores, na hipótese de figurar no precatório vários credores e não abranger na verba orçamentária a totalidade dos créditos.

O art. 100 da CF/88 dispõe que o pagamento dos precatórios obedecerá à ordem cronológica de suas apresentações, vedando a abertura de créditos adicionais suplementares para esse fim. Também assegura a isonomia entre os credores, impedindo qualquer espécie de favorecimento, seja por razões políticas ou pessoais, consagrando, com isso, o princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da CF/88.

Há uma ressalva constitucional que se refere, apenas, aos casos de créditos de natureza alimentícia, os quais devem ser pagos imediatamente, respeitando-se as possibilidades orçamentárias da Fazenda Pública. Moraes (2007) esclarece que a Constituição Federal, em seu art. 100, adota a regra da ordem dupla de precatórios, que consiste na fiel observância cronológica das requisições judiciais de pagamento de créditos de natureza alimentícia e de créditos de outras naturezas, de forma paralela. Assim, haverá uma ordem cronológica de precatórios para os créditos alimentares e outra de ordem cronológica para créditos não alimentares.

Não importa se o título apresentado na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública seja judicial ou extrajudicial, pois em ambos os casos o que prevalece é o procedimento especial previsto nos artigos 730 e 731 do CPC e na regra geral contida no art. 100 da CF/88, em que pese esse último artigo fazer alusão expressa apenas a pagamentos devidos em virtude de *sentença judiciária*. Esse é o entendimento majoritário da doutrina, como o de Câmara (2007), o de Dinamarco (1997) e o de Theodoro Júnior (2007), além do enunciado na Súmula 279 do STJ. A causa desse procedimento diferenciado se dá em razão do regime especial dos bens do domínio nacional e do patrimônio administrativo, de forma que a constrição imediata e

incondicionada dos bens públicos se revela inadmissível, face à inalienabilidade e impenhorabilidade de tais bens.

A Fazenda Pública não está obrigada a submeter seus bens à satisfação imediata da decisão exequenda em face da condenação do Estado. Com isso, a execução forçada contra o Poder Público não seria razoável, tendo em vista os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, a moralidade, os princípios orçamentários e de responsabilidade fiscal. O mecanismo procedimental dos precatórios exclui a hipótese de contingência judicial executiva de maneira inopinada em face da Fazenda Pública. A inexistência desse instituto, certamente, implicaria um ambiente instável que prejudicaria o planejamento fiscal e financeiro do Estado.

Diante disso, para o cumprimento da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública é obrigatória a expedição de precatório, salvo para as dívidas de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública Federal, sejam alimentares ou não (a forma de recebimento das quantias de pequeno valor está disciplinada na Lei nº 10.259/2001, relativamente à Fazenda Pública Federal, e de outras disposições extravagantes, a exemplo do art. 128 da Lei nº 8.213/1991, reformadas pela Lei nº 10.099/2000, ficando em aberto o procedimento aplicável aos Estados e aos Municípios).

Prosseguindo a execução, se a Fazenda Pública não ajuizar os embargos, ou se eles forem recebidos sem efeito suspensivo, ou se a sentença tiver sido favorável ao embargado, deverá o juiz da execução requisitar o pagamento para o Presidente do Tribunal competente, pois a ele cabe a determinação da expedição do precatório, que é uma requisição de pagamento dirigida à Fazenda Pública. Serão estabelecidas dotações orçamentárias para o pagamento de tais créditos, devendo ser o dinheiro consignado à disposição do tribunal, para que o respectivo presidente possa determinar que sejam efetuados os pagamentos na ordem de apresentação dos precatórios.

4.2. Dos atos praticados pelo Presidente do Tribunal no processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública

Ao contrário da natureza jurisdicional dos atos praticados pelo juiz da execução, a natureza dos atos praticados pelo Presidente do Tribunal na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública é administrativa, conforme entendimento majoritário dos tribunais superiores e da doutrina, tendo o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, para dirimir essa controvérsia, editado a Súmula 311. Essa competência conferida ao Presidente do Tribunal para determinar à Fazenda Pública a pagar suas dívidas na ordem de apresentação dos precatórios ocorre em atenção ao princípio federativo.

Segundo Assis (2007), a origem de tal competência vem desde os trabalhos

preparatórios à CF/1934, para que houvesse uma solução de equilíbrio no processamento do pagamento dos precatórios, para que a responsabilidade em pagá-los não se concentrasse no Poder Executivo. Câmara (2007) assevera que o atual sistema diferenciado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, com sede constitucional, existe em virtude da necessidade de evitar os males entre os Poderes do Estado, no caso em tela, entre o Executivo e o Judiciário.

Marinoni e Arenhart (2007) esclarecem que a atividade realizada pelo Presidente do Tribunal é meramente administrativa, limitada ao exame dos aspectos formais do precatório, à expedição dos mandados de levantamento das quantias depositadas e ao controle da sua ordem cronológica com a aplicação de eventuais sanções decorrentes de sua violação, como na hipótese da ocorrência de seqüestro. Em decorrência disso, a qualquer tempo, tais atos poderão ser controlados por mandado de segurança, tendo em vista que não fazem coisa julgada.

A supracitada atividade administrativa desempenhada pelo Presidente do Tribunal é atividade administrativa vinculada, haja vista que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 100, define os exatos termos de tudo aquilo que o Presidente do Tribunal deverá fazer. Em razão disso, o Presidente do Tribunal não poderá analisar o mérito do processo de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, o que não significa que ele deixará de motivar suas decisões. Medauar (2007) recorda que todas as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, a teor do previsto no art. 93, X, da CF/88, em que o fim deverá ser sempre o interesse público, sendo tais atos passíveis de controle por meio de mandado de segurança.

Alvim (2003) registra que o referido ato do Presidente do Tribunal não pode ser discricionário, tendo em vista que ele não admite a possibilidade de mais de uma opção legítima. Para Mello (2006), a discricionariedade ocorre quando cabe a interferência de um juízo subjetivo do administrador, o que não ocorre no caso da competência administrativa do Presidente do Tribunal para o pagamento dos precatórios.

Cretella Júnior (2002) ressalta que a referida atividade administrativa é uma espécie de ato jurídico, o qual caracteriza uma manifestação do Estado, dentro do exercício regular de suas funções, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir determinadas situações subjetivas. Um dos atos administrativos praticados pelo Presidente do Tribunal que, na verdade, é uma ordem judicial dirigida ao poder público para que se efetue o pagamento dos precatórios, é verificar, por exemplo, se o montante devido pela Fazenda Pública está previamente incluído no orçamento do respectivo órgão público, nos termos do art. 167, II, da CF/88. Outro exemplo seria a verificação de que não há controvérsia quanto à parcela do crédito a ser executada na hipótese de execução provisória contra a Fazenda Pública. Possuem

o mesmo entendimento Marinoni e Arenhart (2007) e a jurisprudência do STJ (REsp 806132/PE, Rel. Min. José Delgado; AgRg no Resp 843383, Rel. Min. Laurita Vaz).

Na hipótese de descumprimento da ordem cronológica dos credores, o art. 100, § 2º, da CF/88 autoriza o Presidente do Tribunal a decidir o seqüestro da quantia necessária à satisfação da dívida, mediante prévia audiência do Ministério Público, sendo inadmissível a intervenção federal, prevista no art. 34, VI, da CF/1988. Nery Junior e Nery (2006) ressaltam que esse seqüestro é um incidente ao processo de execução contra a Fazenda Pública, que possuirá natureza jurídica satisfativa se visar à entrega da quantia seqüestrada para a satisfação do crédito do credor preterido, caso ele tenha sido o primeiro na fila (CF, art. 100, § 2º). Todavia, se o preterido for qualquer outro credor, a medida será cautelar (CPC, art. 822, IV), pois visa à recomposição da ordem cronológica e de preferência dos precatórios. De todo modo, a competência para decidir sobre o seqüestro é originária do Tribunal, tendo em vista que o ofício requisitório é expedido pelo seu respectivo Presidente (CPC, art. 730, I).

Caso o Presidente do Tribunal retarde ou tente frustrar a liquidação por ato comissivo ou omissivo, incorrerá em crime de responsabilidade, contido no art. 100, § 6º, da CF/88. Na prática, o engano feito na ordem do pagamento dos precatórios, dificilmente, é atribuído ao Presidente do Tribunal, pois a referida preterição deriva, na maioria das vezes, de transações extrajudiciais feitas entre particulares e a Fazenda Pública. Por isso, como bem aduz Assis (2007), os verdadeiros vilões dessa conduta típica, são aquelas pessoas competentes pela liberação das dotações orçamentárias, que acabam ficando isentos dessa severa cominação.

4.3. Entendimento jurisprudencial acerca da Súmula 311 do STJ

É pacífico o entendimento na jurisprudência de que os atos praticados pelo Presidente do Tribunal para o cumprimento do pagamento dos precatórios possuem natureza administrativa, conforme demonstram as jurisprudências do STF e do STJ, a seguir transcritas. No julgamento da ADI nº 1.098-1-SP, em que foi relator o eminente Ministro Marco Aurélio de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a ordem judicial de pagamento de precatório feita pelo Presidente do Tribunal, nos termos do art. 100, § 2º, da CF/88, bem como os demais atos necessários a tal finalidade concernem ao campo administrativo e não jurisdicional, de modo que, a respaldá-la, tem-se sempre uma sentença exequiênda (ADI nº 1.098-1-SP, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello).

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se no mesmo sentido, no RE -AgR nº 213696 - SP, em que foi relator o Min. Carlos Velloso, tendo decidido, por maioria de votos, que a atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal, no processamento do

precatório, não é jurisdicional, mas administrativa. Também é administrativa a decisão do Tribunal tomada em agravo regimental interposto contra despacho do Presidente na mencionada atividade. O recurso extraordinário pressupõe a existência de causa decidida em única ou última instância por órgão do Poder Judiciário no exercício de função jurisdicional. Proferida a decisão em sede administrativa, não há de se falar em causa, não sendo cabível a interposição de recurso extraordinário. (RE -AgR nº 213696/SP, Rel. Min. Carlos Velloso).

Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal resolveu que a decisão do Presidente do Tribunal relativa ao cumprimento de precatório é uma decisão administrativa. Não se tratando, pois, de causa decidida pelo Tribunal, no exercício de jurisdição, que comporte a interposição de Recurso para aquela Corte, nos termos do art. 102, III, da CF/88 (AI – AgR 308917 - PE, Rel. Min. Sydney Sanches).

Há que se registrar que, nesses casos, apesar de as decisões do Presidente do Tribunal possuírem natureza administrativa, isso não exclui o poder geral de cautela do referido Presidente. Nesse sentido, é entendimento do eminente Ministro Eros Grau ao decidir que o poder geral de cautela alcança as decisões administrativas (RMS 25104/DF, Rel. Min. Eros Grau).

Assim também decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao assentar a tese de que o Presidente do Tribunal pode utilizar-se do poder geral de cautela (poder esse de índole jurisdicional) para sustar pagamento de precatório. Entendimento esse que vai de encontro com a Súmula nº 311 elaborada por esse Tribunal, de que os atos presidenciais, nessa hipótese, têm caráter meramente administrativo. Assim, cabe ao juízo da execução solucionar incidentes ou questões surgidas no cumprimento de precatórios, já que a função do Presidente do Tribunal no processamento do requisitório de pagamento é de índole essencialmente administrativa, não abrangendo as decisões ou recursos de natureza jurisdicional (REsp 730333/SP, Rel. Min. Eliana Calmon).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que é pacífico o entendimento de que cabe ao Juízo da Execução solucionar incidentes ou questões surgidas no cumprimento dos precatórios, pois a função do Presidente do Tribunal no processamento do requisitório de pagamento é de índole essencialmente administrativa, não abrangendo as decisões ou recursos de natureza jurisdicional. Logo, interfere na atividade jurisdicional do Juízo da Execução o ato da Presidência do Tribunal que determina o depósito da quantia na conta do Juízo, com bloqueio da verba, até que se resolva sobre o incidente levantado nos autos do procedimento administrativo relativo ao precatório, especialmente quando as questões levantadas no incidente já haviam sido resolvidas, com trânsito em julgado, nos embargos à execução (RMS 23480 – SP, Rel. Min. Humberto Martins; REsp 493.612- MS, Rel. Min. Eliana Calmon).

5. Conclusão

O Presidente do Tribunal de Justiça, ao receber a requisição do juiz da execução para o pagamento dos precatórios, deve respeitar o direito fundamental à boa administração pública dialógica, de modo a observar o devido processo legal, com a duração razoável do processo, o que implica o dever de motivação consistente e proporcional. Conforme Freitas (2007), deverá observar também o direito à administração pública eficiente e eficaz, de forma a reduzir os conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.

Embora o Poder Judiciário tenha como atividade característica a função jurisdicional, exerce, em larga medida, a função administrativa, praticando atos materialmente definidos, como atos administrativos, tais qual a hipótese do processamento e pagamento dos precatórios pelo Presidente do Tribunal. Em tais circunstâncias, o Poder Judiciário submete-se aos preceitos do Direito Administrativo. Nesse contexto, interessante é o entendimento de Lima (2005) ao afirmar que é necessária a afirmação do direito administrativo no âmbito do Poder Judiciário, pois, em sentido material, esse Poder pratica atos administrativos em abundância. Esses atos não jurisdicionais são editados pelo juiz na forma de administrador do processo, uma vez que nada julga. Assim a atividade do Presidente do Tribunal, ao emanar atos de natureza administrativa para o processamento e pagamento dos precatórios, nos termos da Súmula 311 do Superior Tribunal de Justiça, é perfeitamente assimilável à de um agente administrativo, a quem se pede uma manifestação, e não um pronunciamento sobre determinado litígio.

Portanto, quando o Presidente do Tribunal emite uma ordem para a Fazenda Pública, para que ela pague os precatórios devidos, não poderá se eximir de fiscalizar o cumprimento da ordem que emitiu. Há que se considerar que o pagamento dos precatórios, a ser feito pela Fazenda Pública, é uma ação administrativa, a ser fiscalizada pelo Presidente do Tribunal, sob o ângulo estrito da legalidade, haja vista que a ordem judicial por ele expedida possui natureza administrativa vinculada. É justamente o controle exercido pelo Presidente do Tribunal que proporciona a efetividade na Justiça no caso aqui analisado.

6. Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. Limites ao controle judicial da Administração: a discricionariedade administrativa e o controle judicial. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. (Coord.). *Direito processual público: a Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUNIOR, José Cretella. *Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *O direito administrativo e o Poder Judiciário*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação infraconstitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

4. TÉCNICAS

4.1. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES

Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico do Estado de Minas Gerais

MARCO PAULO CARDOSO STARLING

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

(conforme ato publicado no MG de 23/10/07)

PROCESSO Nº: XXXXX

MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: XXXXXXXXX

IMPETRADO: SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

RELATOR : DES. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDO 2º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

1. Relatório

Tratam os autos de Mandado de Segurança com pedido de liminar, impetrado por XXXX contra ato atribuído ao Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais. Asserte a autora, servidora pública estadual e ocupante do cargo efetivo de Especialista em Políticas e Gestão de Saúde, que em virtude de ato absolutamente ilegal foi transferida *ex officio* do município de XXXX para o Município de XXXX, no dia 4 de julho de 2007. Argumenta a impetrante que possui direito líquido e certo de permanecer no seu primitivo local de trabalho, porquanto sua remoção foi levada a efeito mediante ato administrativo destituído de motivação. Nessa senda, verbera a autora que dita remoção para localidade distante daquele onde residia com a sua família, ensejará verdadeiro impeço no exercício de seu labor funcional, diante de inequívoca impossibilidade financeira para a assunção das despesas decorrentes.

Roga a autora a concessão de liminar, objetivando suspender os efeitos do vergastado ato administrativo, situação a ser consolidada na seara meritória. Junta os documentos de fls. 22/60. A r. decisão de fls. 66/7 indefere a pretensão liminar. Manifestou a autora embargos aclaratórios – fls. 70/7 (carreando os documentos de fls.78/88), os quais restaram rejeitados (fls. 90/2).

Por sua vez, a digna autoridade impetrada presta informações (fls. 102 e seguintes). A i. autoridade asseverte, em síntese que a remoção da autora foi lastreada no cânon do art. 80 da Lei nº 869/52, diante da inexistente consolidação de unidade administrativa microrregional da Secretaria da Saúde no Município de Além Paraíba. Adverte, ainda, haver convalidado o ato de remoção ora abominado, mediante publicação efetivada no *Minas Gerais* de 11 de dezembro de 2007. Junta documentos – fls. 112/20. Instada a manifestar-se acerca de eventual desnaturação do *writ*, diante da convalidação do ato administrativo fustigado (fls. 125/6), compareceu a autora aduzindo restar inaplicável o instituto da convalidação diante de ato administrativo nulo – fls. 129/33.

Em cumprimento ao r. despacho de fls. 137, foram os autos encaminhados ao Ministério Público. É o relatório, no essencial.

2. Fundamentação

Evidente que em face do mister público desempenhado, inexistente direito público subjetivo em prol da autora de molde a garantir-lhe eventual *inamovibilidade*, como bem acentuou a i. autoridade impetrada. A Lei nº 869/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais) é peremptória ao discriminar as possibilidades de remoção de servidores públicos civis:

Art. 80 - A remoção, que se processará a pedido do funcionário ou 'ex-officio', dar-se-á:

I - de uma para outra repartição ou serviço;

II - de um para outro órgão de repartição, ou serviço.

§ 1º - A remoção só poderá ser feita respeitada a lotação de cada repartição ou serviço.

§ 2º - A autoridade competente para ordenar a remoção será aquela a quem estiverem subordinados os órgãos, ou as repartições ou serviços entre os quais ela se faz.

§ 3º - Ficam asseguradas à professora primária casada com servidor federal, estadual e militar as garantias previstas pela Lei nº 814, de 14/12/51.

Entrementes, não obstante a firmeza da autoridade impetrada sobre a *discrecionalidade* que rege a movimentação de servidores públicos civis – detentores de cargos efetivos - em razão de *interesse público*, tenho que tal conduta ou conveniência outorgada ao administrador público merece temperamentos. Tal autonomia, frise-se, há muito vem sendo mitigada não só pela doutrina de vanguarda como, também, pela jurisprudência atual.

Hely Lopes Meirelles¹ preleciona que:

Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

[...]

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma, e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para a sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário, para ser ato arbitrário - ilegal, portanto.

E assim conclui o administrativista:

O bem comum, identificado como o interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. *Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.* (MEIRELLES, 2002, p. 116) (grifo nosso)

Nesse sentido, também oportuna a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro²:

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato,

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.115)

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000)

como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

[...]

A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo. Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma 'consideranda'; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter a sua legalidade comprovada.

Discute-se se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns, ela é obrigatória quando se trata de ato vinculado, pois, nesse caso, a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constituiu garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; *a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.* (grifo nosso)

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello³ admoesta:

Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são donos da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição 'todo poder emana do povo [...]' (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000)

‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a ‘cidadania’ (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam. Há de se entender que as razões expostas, em princípio, exigem mais do que a simples enunciação ulterior das razões que o estribaram, vez que para a ciência a posteriori bastaria o supedâneo fornecido pelos incisos XXXIII e XXXIV, “b” do art. 5º, segundo os quais, e respectivamente, é garantido aos administrados o direito de receber dos órgãos públicos ‘informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral’, e obter certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II) e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do mesmo artigo), a fortiori deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes. [...] *se de ato discricionário se tratar, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, ‘fabricar’ razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato.* (grifo nosso)

Na hipótese vertente, o ato que deu causa ao mandado de segurança limitou-se a justificar a *remoção* da impetrante entendendo-a *conveniente*, lastreada no *interesse público*, uma vez que a Administração *pode* designar o servidor para desempenhar suas funções na unidade que está a exigir a sua presença (devendo prevalecer o interesse da Administração Pública que se confunde, pelo menos em tese, com o interesse dos administrados).

A motivação, portanto, é parâmetro ou a guia para o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. A ausência da necessária motivação, tanto quanto o vício de finalidade ou causa determinante, configura ilegalidade, passível de controle jurisdicional.

O e. STJ tem ofertado hodiernamente as seguintes decisões sobre conturbado tema:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES –

RECURSO PROVIDO.

I - *O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individualdos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes.*

II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão ‘fundamentada em razão do interesse do serviço’ nele contida.

III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. *Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual.*

IV - Recurso provido.” (STJ, QUINTA TURMA, RMS 12856/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 08.06.2004, DJ 01.07.2004, p. 214). (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.

2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.

3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência ‘ex officio’, para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

4. Recurso provido. (STJ, SEXTA TURMA, RMS 15459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA DJ 16.05.2005 p. 417) (grifo nosso)

Com efeito, restou superado o entendimento jurisprudencial que costumava ser

corriqueiramente seguido por aquela e. Corte, abrindo vereda absolutamente oposta⁴.

No âmbito da Suprema Corte, mais uma vez, a motivação dos atos administrativos é reconhecida também como o norte para a aferição de sua legalidade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6º, parágrafo único, da Constituição de 1969, acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que *revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la*. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, *mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível* (Discretionariedade e Controle judicial). (STF, Segunda Turma, RE 131661 / ES, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39209 EMENT VOL-01809-06 PP-01393) (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAGISTRADO. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. RECUSA. INDISPENSABILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, X, DA CF. Nulidade irremediável do ato, por não haver sido indicada, nem mesmo na ata do julgamento, a razão pela qual o recorrente teve o seu nome preterido no concurso para promoção por antiguidade. Recurso provido. (STF, Primeira Turma, RE 235487 / RO, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Publicação: DJ 21-06-2002 PP-00099 EMENT VOL-02074-04 PP-00685)

Mister transcrever excerto do voto do Min. Sepúlveda Pertence no s autos do julgamento do Recurso Extraordinário n. 235487, feito esse que comportou severo debate permeando

⁴ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. DESNECESSIDADE.

- A cessão de servidor público, sendo ato precário, confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade.

- Precedente.

- Recurso ordinário desprovido.” (STJ, SEXTA TURMA, RMS 12312 / RJ, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 09.12.2002 p. 390)

a legalidade (ou não) de ato administrativo emanado de órgão jurisdicional colegiado:

[...] mostrou o eminente Relator que, no caso, recusou-se 'o juiz mais antigo', e, se houve motivação, qual acentuou o Tribunal *a quo* no acórdão recorrido, ela não se materializou: o que equivale à inexistência de motivação.

Entendo que à semelhança do que decidimos a respeito do veto imotivado a candidatos à magistratura, no RE 125.55, 27/03/92, de que V.Exa. foi Relator (RTJ 141/2/99), *também, e com mais razão, a recusa do juiz mais antigo há de ser motivada*: já o antecipara no MD 21.269, de que relator o eminente Ministro Francisco Rezek, já recordado em votos anteriores.

Alguns dos votos que me precederam afirmaram que o ato não é discricionário. Ao contrário, penso que o ato é discricionário. *Mas precisamente porque discricionário é que a recusa reclama motivação. O ato vinculado não a reclama, na normalidade dos casos, porque, ou o motivo legal necessário à sua validade existe ou não.* E, de regra, não é preciso que ele seja explicitado, porque o prejudicado pode demonstrar que não existe o único motivo que validaria o ato. *Já o ato discricionário, sim, deve ser motivado para submeter-se, não apenas ao controle de legalidade estrita, mas também ao do abuso de poder.* De tal modo que a mim me parece evidente a necessidade da motivação. (grifo nosso)

Ora, é incontroverso que dentro da borda de *discricionariedade* da Administração Pública, certamente podem ocorrer (e como cediço, ocorrem muitos) atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade.

Nessa perspectiva, somente a análise do instituto da *motivação*, observada cada hipótese concretamente apresentada, poder-se-á verificar a correspondência do ato hostilizado, de acordo com os princípios que regem a lúdima atividade administrativa.

Portanto, a *oportunidade*, a *conveniência* e o próprio *mérito* do ato administrativo discricionário não poderão ser apurados olvidando desses princípios. Sim, porquanto semelhantes postulados trabalham como autênticos *critérios objetivos* da legalidade do ato administrativo e, portanto, devem imantar a *liberdade de escolha* do administrador público.

O poder discricionário deve encontrar limites não apenas na *finalidade legal* da norma que o instituiu, mas precipuamente, nas normas constitucionais⁵.

⁵ Vide BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005. t. 3, pág. 367.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte sobre a necessidade de motivação não só dos atos administrativos vinculados como também dos discricionários em sentido estrito, por entender que aquela constitui garantia de legalidade aos interessados e da própria Administração Pública (que deve ser regida legal e lícitamente).

Também, Odete Medauar⁶ pondera sobre a crescente tendência de exigir-se da Administração Pública justa *motivação* dos seus atos, quaisquer que sejam eles:

Durante muito tempo, vigorou no direito administrativo a regra da não obrigatoriedade de enunciar os motivos do ato, salvo imposição explícita na norma. A partir de meados dos anos 70 essa tendência vem se invertendo, no sentido da predominância da exigência de motivação dos atos administrativos, principalmente daqueles que: restringem o exercício de direitos e atividades; apliquem sanção; imponham sujeições; anulem ou revoguem uma decisão; recusem vantagem ou benefício qualificado como direito; expressem resultado de concursos públicos.

Por outro lado, no que tange à graduação das nulidades, o saudoso Hely Lopes Meirelles considera inequivocamente nulo o ato eivado de vício. Já Celso Antônio Bandeira de Mello, propõe a distinção entre atos nulos, anuláveis e inexistentes. Segundo avaliação de Bandeira de Mello, ato inexistente é aquele cujo conteúdo possui um vício de tal seriedade que jamais pode ser alcançado pela prescrição, uma vez que o ordenamento jurídico expurga a sua existência.

Por sua vez, ato nulo é aquele cujo vício é insanável, ou seja, mesmo que a Administração Pública *repita* a sua prática, o vício irá perseverar, continuará. Já o ato anulável é aquele cujo vício pode ser sanado pela Administração Pública através da *convalidação*.

Esta última, nas palavras de Bandeira de Mello “é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”.

Não sendo viável ou mesmo possível a convalidação do ato, a Administração Pública deverá proceder à anulação do ato eivado de vício. Essa extinção, também chamada por alguns de *invalidação*, “consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinada pelo Judiciário”.⁷

⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 167.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002. pág. 191.

Com efeito, com respeitosa vênia, entendo, à símile da conduta administrativa fustigada nesta via excepcional, também desvalioso o ato administrativo materializado em 11 de dezembro de 2007, que convalidou a remoção da autora.

Por derradeiro, a questão trazida à balha não é nova e já foi por diversas vezes objeto de atiladas decisões desse e. TJMG:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO DA ORDEM - SERVIDOR PÚBLICO - CARGO EFETIVO - INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PARA LOCALIDADE A 50 KM DO MUNICÍPIO - ILEGALIDADE DO ATO - INDISPENSABILIDADE DE MOTIVAÇÃO DIANTE DAS CONSEQUÊNCIAS DA PRÁTICA DO ATO IMPUGNADO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (Apelação Cível n.º 000.308.485-2/00, 2ª C.Cív., rel. Des. BRANDÃO TEIXEIRA, DJ: 22.08.2003).

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - AFASTAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO CONCURSADO - SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE VENCIMENTO - ABUSO DE PODER - NULIDADE DO ATO. O ato de remoção ou transferência oficial de servidor, embora faça parte das atribuições da Administração, no uso do poder discricionário que lhe é inerente, não dispensa a necessária fundamentação, principalmente quando evidenciados indícios de abuso de poder. É abusivo e ilegal o ato do Chefe do Executivo Municipal que aplica pena por infração funcional a servidor público sem observar o princípio do devido processo legal. (Apelação Cível n.º 000.265.149-5/00, 7ª C.Cív., rel. Des. WANDER MAROTTA, DJ: 27.03.2003).

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - **REMOÇÃO** - MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO - EXIGIBILIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. É lícito a Administração transferir servidor público, inserindo-se tal ato dentre as prerrogativas do Poder Executivo, desde que decorrente de interesse eminentemente público e efetivada através de ato devidamente motivado. Comprovada a ilegalidade do ato, ou o abuso de poder na sua prática, impõe-se a concessão da ordem.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.04.459918-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AUTOR(A)(S)(ES):

LUIZ CELSO ARRUDA - RÉ(U)(S): CHEFE POL Civil
ESTADO DE MINAS GERAIS - REMETENTE: JD DA 5ª
V FAZ COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR:
EXMO. SR. DES. EDILSON FERNANDES – Minas Gerais
de 26.8.2005.

3. Conclusão

Com efeito, manifesta-se o Ministério Público pela concessão da segurança, diante da inexistente motivação do ato administrativo ora vergastado.

Belo Horizonte, 21 de maio de 2008.

SEÇÃO VI – INFORMAÇÕES VARIADAS

1. NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES

1. Os trabalhos submetidos ao Conselho Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos.
2. Os trabalhos deverão ser inéditos no Brasil e os textos já veiculados em eventos não poderão ultrapassar um ano de sua divulgação, devendo ter essa data explicitada.
3. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial, que poderá aceitar ou não os trabalhos a ele submetidos e, eventualmente, sugerir modificações ao(s) autor(es), a fim de adequar os textos à publicação.
4. Os trabalhos deverão ser enviados por e-mail para o endereço eletrônico: 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. Os trabalhos deverão vir acompanhados, em arquivo separado, de documento assinado pelo (s) autor (es), autorizando a publicação impressa e/ou eletrônica e de termo de responsabilidade pela autoria do conteúdo do trabalho para o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional no endereço: Avenida Álvares Cabral, 1740, 1º andar, cep. 30.170-906, Belo Horizonte, Minas Gerais.
5. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).
6. Todos os trabalhos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois conselheiros, garantidos sigilo e anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial.
7. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.
8. Os artigos encaminhados para a Revista *De Jure* deverão ter um mínimo de 5 páginas e um máximo de 20 páginas; e os comentários à jurisprudência, um máximo de 10 páginas. A padronização dos trabalhos consta abaixo:

I - os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o *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.

II - Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (*abstract* e *key words*), podendo ficar a cargo da revista a revisão das traduções.

III - Ao final, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os trabalhos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização.

V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha.

VI - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo Bureau Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VII - Palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafadas em itálico.

VIII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 *dots per inch* [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

IX - Citações com menos de 4 linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 4 linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 9, sem aspas.

X - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

XI - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro, edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. *Benjamim*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro, edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). *Jornalismo em perspectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário Aurélio*. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico, local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI (o exemplo da escola francesa). *EccoS – Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico, data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. *Influência da glucana na evolução do lúpus murino*. 1990. Tese (Doutorado) – Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. *Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica*. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão “In:”, nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

WRITERS' GUIDELINES

Articles submitted to the Journal *Revista De Jure* should be original and not previously published in Brazil. Article length is a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors whose articles have been accepted will receive two copies of the

journal as authorial contribution.

Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in De Jure. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of De Jure editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees.

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in De Jure, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author's institute and funding agencies. A determination of misconduct will lead the journal to run a statement, bi-directionally linked online to and from the original paper, to note the plagiarism and to provide a reference to the plagiarized material. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

All the articles of *De Jure* are peer-reviewed. All forms of published correction may also be peer-reviewed at the discretion of the editors.

The review process

All submitted manuscripts will be read by the editorial staff and sent for formal review, typically to two or three reviewers. The editors will then make a decision, based on the reviewers' advice, from among several possibilities:

Accept, with or without editorial revisions

Invite the authors to **revise their manuscript** to address specific concerns before a final decision is reached

Reject, but indicate to the authors that **further work might justify a resubmission**.

Anonymity

We do not release reviewers' identities to authors or to other reviewers. Likewise the identity of an author will not be disclosed to the reviewers.

Submission

Submitted articles must be sent in the format Microsoft Word for Windows to the following address: dejure@mp.mg.gov.br and should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font *Times New Roman*, size 10. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words) and key words (maximum of five).

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 *dots per inchs* [DPIs]); maps must be drawn in scale and so indicate.

IX – Quotations with less than 4 lines can be made in two different ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue: “[...] The BCG vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font *Times New Roman* 9, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font *Times New Roman* 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

a) Book reference: The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) Book (section or chapter): The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section of chapter, authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication and pages of the chapter.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

c) Book (electronic media): The essential elements are the same as those required for published books or sections of a book, in addition to the electronic address and date of the last access on-line.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 1st ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

d) Journal (one article): The essential elements are: authors of the article, title of the article, title of the journal, place of publishing, issues (number, volume, etc.), specific pages of the article and date of the publication.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

e) Journal (electronic media): The essential elements are the same required for published journals, in addition to the electronic address and the date of the last access on-line.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Accessed on: Dec. 31st, 2004.

f) Academic work: The essential elements are: names of the author(s), title of the academic work, presentation date, definition of the work (thesis, dissertation, monograph, etc.), title obtained, academic institution (including the name of the college or university), place of presentation and date.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. *The influence of glucan in the evolution of murine lupus*. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.