

**Mala Direta
Postal**

9912234147/ 2009 - DR/MG
PGJ

///CORREIOS///

MPMG
Ministério Público
do Estado de Minas Gerais

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Adriano Faria
Diana Gordilho Silveira Sena
Dimas Messias de Carvalho
Emerson Garcia
Fábio Lobosco
Gracielly Martins Parreira Porto
Hélvio Simões Vidal
Jadir Cirqueira de Souza
João Gaspar Rodrigues
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
Juscelino Silva
Luciana Magalhães Teixeira da Silva
Luciano Moreira de Oliveira
Lusia Ribeiro Pereira
Marcelo Cunha de Araújo
Marcelo Lucindo Araújo
Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais
Márcio Florestan Berestinas
Matheus Campolina Moreira
Matías Bailone
Natalia Moreira Torres
Nívia Monica da Silva
Pedro Brito Candido Ferreira
Priscilla Guedes Castilho da Silva
Vânia Márcia Damasceno Nogueira

jan | jun 2011 **16**
ISSN n.º : 1809-8487

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Adriano Faria
Diana Gordilho Silveira Sena
Dimas Messias de Carvalho
Emerson Garcia
Fábio Lobosco
Gracielly Martins Parreira Porto
Hélvio Simões Vidal
Jadir Cirqueira de Souza
João Gaspar Rodrigues
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
Juscelino Silva
Luciana Magalhães Teixeira da Silva
Luciano Moreira de Oliveira
Lusia Ribeiro Pereira
Marcelo Cunha de Araújo
Marcelo Lucindo Araújo
Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Moraes
Márcio Florestan Berestinas
Matheus Campolina Moreira
Matias Bailone
Natalia Moreira Torres
Nívia Monica da Silva
Pedro Brito Candido Ferreira
Priscilla Guedes Castilho da Silva
Vânia Márcia Damasceno Nogueira



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brazil
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br
(Contact: Alessandra de Souza Santos, Ms.)

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
n.16 (jan./jun. 2011). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2011.
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

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

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

ERRATA Nº 15. No artigo “O princípio constitucional da proporcionalidade como limite de proteção ao bem jurídico”, da autora Vânia Márcia Damasceno Nogueira, na página 427, onde se lê: “Artigo recebido em: 23/11/2009 / Artigo aprovado em: 08/11/2009”, leia-se: “Artigo recebido em: 14/10/2009 / Artigo aprovado em: 08/11/2009”.

Linha Teórica:

A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista trans- e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile:

The Journal De Jure was systematized according to a new pluralist, trans- and multidisciplinary philosophy, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, and aims at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

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

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

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior

ASSESSOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Alessandra de Souza Santos

EDITOR RESPONSÁVEL

Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

CONSELHO EDITORIAL - CONSELHEIROS

Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento
Promotor de Justiça Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Promotor de Justiça Emerson Felipe Dias Nogueira
Procurador de Justiça João Cancio de Mello Junior
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves
Promotor de Justiça Marcos Paulo de Souza Miranda
Promotor de Justiça Renato Franco de Almeida
Promotor de Justiça Rodrigo Iennaco de Moraes

CONSELHEIROS CONVIDADOS

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto (Investigador sênior – Centro de Estudos Sociais - Coimbra / Portugal)
Prof. Antônio Gidi (Houston University, EUA)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de Mexico, México)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Espanha) in memoriam
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, EUA)
Prof. Vittorio Manes (Universidade de Salento – Itália)
Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do STJ, Brasil)
Prof. Aziz Tufti Saliba (Fundação Universidade de Itaúna)
Profª. Djanira Maria Radamés de Sá (UNIMINAS, Uberlândia)
Procurador da República Elton Venturi (Curitiba/PR)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Sub-Procurador-Geral da República, UERJ)
Profª. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna)
Prof. Luciano José Alvarenga (Fundação Comunitária e Cultural de João Monlevade – FUNCEC)
Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna)
Profª. Maria Garcia (PUC/SP)
Profª. Maria Tereza Aina Sadek (USP)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (PUC/MG)

Prof^{ta}. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG)
Prof. Nelson Nery Junior (PUC/SP)
Prof. Nilo Batista (UERJ)
Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro)
Prof^{ta}. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG)
Promotor de Justiça Robson Renault Godinho (Estado do Rio de Janeiro)
Promotor de Justiça Emerson Garcia (Estado do Rio de Janeiro)

EDITORACÃO

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

REVISÃO

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

CAPA / IMAGENS

João Paulo de Carvalho Gavidia

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia

DIAGRAMAÇÃO

João Paulo de Carvalho Gavidia

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

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

COLABOROU NESTA EDIÇÃO COM SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Promotora de Justiça de Minas Gerais Luciana Perpétua Corrêa

CONTEÚDO DIGITAL COMPLEMENTAR

Todos os créditos pertinentes ao DVD estão disponíveis no próprio disco.

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

ATTORNEY-GENERAL

Minas Gerais State Prosecutor Alceu José Torres Marques

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Jarbas Soares Júnior

ASSISTANT OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

Alessandra de Souza Santos

CHIEF EDITOR

Minas Gerais State Prosecutor Gregório Assagra de Almeida

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Adilson de Oliveira Nascimento
Minas Gerais State Prosecutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Minas Gerais State Prosecutor Emerson Felipe Dias Nogueira
Minas Gerais State Prosecutor João Cancio de Mello Junior
Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves
Minas Gerais State Prosecutor Marcos Paulo de Souza Miranda
Minas Gerais State Prosecutor Renato Franco de Almeida
Minas Gerais State Prosecutor Rodrigo Iennaco de Moraes

MEMBERS OF THE EDITORIAL BOARD – COLLABORATION AND REVIEW

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto (Senior researcher – Center of Social Studies – Coimbra, Portugal)
Prof. Antônio Gidi (Houston University, USA)
Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Mexico)
Prof. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Joaquín Herrera Flores (Universidad Pablo de Olavide, Spain) in memoriam
Prof. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Spain)
Prof. Mário Frota (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)
Prof. Vittorio Manes (University of Salento – Italy)
Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)
Prof. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)
Profª. Djanira Maria Radamés de Sá (UNIMINAS, Uberlândia - Brazil)
Federal Prosecutor Elton Venturi (Curitiba, Brazil)
Prof. Humberto Theodoro Júnior (UFMG - Brazil)
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares (Vice Attorney-General, UERJ, Brazil)
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira - (Fundação Universidade de Itaúna - Brazil)
Prof. Luciano José Alvarenga (Fund. Comunitária e Cultural de João Monlevade – FUNCEC, Brazil)
Prof. Luiz Flávio Gomes (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)
Prof. Maria Garcia (PUC/SP - Brazil)
Prof. Maria Tereza Aina Sadek (USP – Brazil)
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares (PUC/MG - Brazil)

Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (UFMG- Brazil)
Prof. Nelson Nery Junior (PUC/SP- Brazil)
Prof. Nilo Batista (UERJ- Brazil)
Prof. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Profª. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brazil)
Prof. Rosemiro Pereira Leal (PUC/MG- Brazil)
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho

EDITING

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

PROOF READING

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

COVER / IMAGES

João Paulo de Carvalho Gavidia

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia

LAYOUT

João Paulo de Carvalho Gavidia

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

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

COLLABORATION WITH SELECTION OF JURISPRUDENCE IN THIS ISSUE

Minas Gerais State Prosecutor Luciana Perpétua Corrêa

COMPLEMENTARY DIGITAL CONTENT

Credits in DVD disc.

PREFÁCIO

Chegamos ao número 16 da nossa Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sempre com o objetivo primordial de disseminar conhecimento.

Nesta edição, na seção de Doutrina Internacional, a Revista *De Jure* nos proporciona o acesso a um interessantíssimo texto do eminente professor argentino Matias Bailone, professor do pós-doutorado 'Zaffaroni' da Universidad de La Matanza, em Buenos Aires. O Prof. Bailone discorre acerca do sistema de direito penal em relação aos crimes de massa.

Esta edição traz em sua seção de Doutrina Nacional, o Promotor de Justiça de Minas Gerais Marcelo Cunha de Araújo, que discorre sobre o tema compatibilidade da teoria do Direito penal do inimigo e o Estado Democrático de Direito. Também na Doutrina Nacional, estudo dos Professores Doutores Lusía Ribeiro Pereira, Juscelino Silva e o Doutorando Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais discorrem sobre o conflito jurídico gerado pelo Acordo Brasil-Santa Sé, de 13 de novembro de 2008.

No DVD encartado, há disponível a palestra em vídeo sobre "A atuação do Promotor de Justiça na investigação e no plenário do júri nos crimes com grande repercussão social: interpretação

de provas científicas e relacionamento com a imprensa", proferida pelo Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Francisco Cembranelli 14 de maio de 2010, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça. A Revista *De Jure* 16 conta também com as colaborações preciosas de juristas diversos e, certamente, servirá como relevante instrumento para o aperfeiçoamento funcional dos membros do Ministério Público e dos

demaís operadores do Direito.

*"(...) na seção
de Doutrina
Internacional,
um interessantíssimo texto do
eminente professor argentino
Matias Bailone (...)"*

O êxito de nossas edições se deve à participação dos membros e servidores do Ministério Público, dos operadores do Direito, de forma geral, juristas, professores universitários e estudantes que nos enviam artigos, comentários a jurisprudências e peças processuais. Ressalto que o envio de materiais atualmente é feito exclusivamente por intermédio do sítio eletrônico <www.mp.mg.gov.br/dejure>, onde nossos leitores podem encontrar disponíveis números anteriores das revistas e o formulário de submissão de artigos com as normas de padronização adotadas. A vocês nosso muito obrigado!

JARBAS SOARES JÚNIOR

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ADRIANO FARIA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, adrianodgf@hotmail.com.

DIANA GORDILHO SILVEIRA SENA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

DIMAS MESSIAS DE CARVALHO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Professor na UNIFENAS e membro do IBDEFAM, autor de obras jurídicas.

EMERSON GARCIA

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça (2005-2009), Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa, Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Universidade, Membro da International Association of Prosecutors (The Hague – Holanda).

FÁBIO LOBOSCO

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2009). Mestrando em Direito Político e Econômico pela mesma Universidade. Membro do grupo de pesquisa Moderna Tendências do Delito da Faculdade de Direito Mackenzie. Professor Convidado da Pós-Graduação em Computação Forense da Universidade Presbiteriana Mackenzie - Fundamentos da Investigação Criminal e Fundamentos do Processo Civil e Processo Penal. Membro da Comissão de Crimes de Alta Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil/SP. Atualmente é advogado - Ôpice Blum Advogados Associados. Tem experiência na área de direito penal, cível e eletrônico

GRACIELLY MARTINS PARREIRA PORTO

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

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

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Uberlândia-MG, Mestre em Direito Público, Especialista em Processo Civil, Professor. Autor dos livros Ação civil pública ambiental; A efetividade dos direitos da criança e do adolescente; Curso de direito constitucional. Coautor do livro Maioridade constitucional.

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça do Estado do Amazonas, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.

JORGE PATRÍCIO

DE MEDEIROS ALMEIDA FILHO

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

JUSCELINO SILVA

Bacharel em Teologia, Filosofia e Psicologia, professor universitário, Mestre e Doutor em Teologia pela FAJE, doutorando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

LUCIANA MAGALHÃES TEIXEIRA DA SILVA
Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo Horizonte, Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC, Pós-graduada em Direito Público ANAMAGES/NEWTON PAIVA, Pós-graduada em Direito Processual – grandes transformações (UNISUL).

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais.
Professor universitário.
luciano_lmo@ig.com.br.

LUSIA RIBEIRO PEREIRA
Doutora em História e Filosofia da Educação pela Universidade de São Paulo. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em História Econômica pela CESSUL. Professora nos cursos de Graduação e Pós-Graduação Strictu sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

MARCELO CUNHA DE ARAÚJO
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre e Doutor em Direito; Professor do curso de Direito da PUC-MG; Pesquisa Financiada pelo FIP – PUC-MG.

MARCELO LUCINDO ARAÚJO
Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso

MÁRCIO EDUARDO DA SILVA PEDROSA MORAIS
Professor universitário, especialista em Ciências Criminais pela UGF, Mestre e doutorando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

MÁRCIO FLORESTAN BERESTINAS
Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso

MATHEUS CAMPOLINA MOREIRA
Bacharel em Direito pela FD-UFMG, Especialista em Gestão Estratégica pela FACE-UFMG, Advogado em Belo Horizonte.

MATÍAS BAILONE
Advogado, Letrado da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, assessor encarregado de seu Instituto de Investigações. Professor da Universidad de Castilla-La Mancha, España e da Universidad de Buenos Aires, Argentina. Professor do pós-doutorado 'ZAFFARONI' da Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, Argentina.

NATALIA MOREIRA TORRES
Pós-graduanda em Direito Privado e Advogada

NÍVIA MONICA DA SILVA
Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre em direito público pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

PEDRO BRITO CANDIDO FERREIRA
Analista do Ministério Público de Minas Gerais-Especialidade Direito, Pós-Graduado em Direito Ambiental - CAD/Universidade Gama Filho.

PRISCILLA GUEDES CASTILHO DA SILVA

Analista em Direito no Ministério Público de Minas Gerais, Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pós-graduada em Curso de Especialização em Direito Processual: grandes transformações, pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL VIRTUAL

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA

Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna/MG . Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás . Graduada pela UFMG. Membro do Comitê de Ética animal da FUNED/MG. Associada á ONGs de proteção ambiental e animal . Presidente da Câmara de Coordenação Cível da Defensoria Pública da União. Defensora Federal de Categoria Especial, lotada no Distrito Federal com atribuições de atuação perante o STJ .
vaniamarciadpu@pop.com.br

APRESENTAÇÃO

A Revista De Jure é uma importante ferramenta de divulgação e disseminação de culturas e práticas jurídicas do Ministério Público de Minas Gerais. Ao promover integração e intercâmbio educacional, cultural e científico, este periódico também cumpre seu papel de valorizar a experiência dos integrantes da Instituição, criando um diálogo aberto e multidisciplinar com outros órgãos e instituições. O perfil da revista cria um espaço de diálogo com as mais variadas áreas do conhecimento, trazendo matérias relativas a jurisprudências atuais sobre assuntos relacionados com as diversas áreas de atuação do Ministério Público, bem como o posicionamento da doutrina especializada em temas de interesse da Instituição, além de outras informações relevantes para a atuação da Instituição.

*“Ressalto, então
a importância
de uma
publicação do
porte da Revista
De Jure”*

Ressalto, então a importância de uma publicação do porte da Revista De Jure, que traz em seu projeto abordagem e sistematização pluralistas, e que considera a escola do Neo-constitucionalismo como fonte para superar as barreiras do Estado Constitucional Democrático de Direito impostas pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

Convido todos a participarem com artigos, comentários a jurisprudência e peças processuais.

Boa Leitura!

ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES
Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • 23 Doutrina Nacional • 45 Diálogo Multidisciplinar • 99 Palestra • DVD-ROM

O domínio da organização como autoria mediata 23
Matías Bailone

*Acordo Brasil-Santa Sé de 13 de novembro
de 2008: conflitos de hermenêutica constitucional* 45
Lusia Ribeiro Pereira • Juscelino Silva • Márcio Eduardo Pedrosa Moraes

*Direito penal do inimigo: alternativa de
eficácia do sistema repressivo compatível
com o Estado Democrático de Direito?*..... 66
Marcelo Cunha de Araújo

A escrituração dos livros empresariais 99
Matheus Campolina Moreira

2 DIREITO PENAL

Artigo • 135

Comentário à Jurisprudência • 163

Jurisprudência • DVD-ROM

<i>Prisionização: múltiplos aspectos da assimilação prisional</i>	135
---	-----

Fábio Lobosco

<i>Da inafastabilidade da fundamentação judicial na fixação da pena-base</i>	163
--	-----

Márcio Florestan Berestinas • Marcelo Lucindo Araújo

3 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo • 177

Comentário à Jurisprudência • 200

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

<i>Processo cautelar, prisão processual e antecipação dos efeitos executivos da sentença penal</i>	177
--	-----

Hélvio Simões Vidal

<i>Irretroatividade da interpretação jurisprudencial penal mais gravosa</i>	200
---	-----

Diana Gordilho Silveira Sena

4 DIREITO CIVIL

Artigo • 215

Comentário à Jurisprudência • 252

Jurisprudência • DVD-ROM

Empresa e direitos fundamentais 215

Vânia Márcia Damasceno Nogueira

Caso concreto: emenda do divórcio (EC nº 66/2010) e separação judicial em andamento

– parecer do Ministério Público 252

Dimas Messias de Carvalho

5 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Artigo • 269

Comentário à Jurisprudência • 316

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

Toque de recolher: um retrocesso histórico 269

Jadir Cirqueira de Souza

Inscrição nos cadastros de proteção ao crédito em razão de débito alimentar 316

Gracielly Martins Parreira Porto

6 DIREITO COLETIVO

Artigo • 327

Comentário à Jurisprudência • 353

Jurisprudência • DVD-ROM

As Forças Armadas e a garantia da lei e da ordem 327

Emerson Garcia

*Garantia do acesso integral
à saúde na atenção oncológica* 353

Luciano Moreira de Oliveira

7 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Artigo • 363

Comentário à Jurisprudência • 400

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

*Considerações sobre a exigibilidade dos direitos
fundamentais no Estado Democrático de Direito* 363

Nívia Monica da Silva

*Desapropriação por utilidade pública:
prévia indenização em dinheiro
e o regime de precatórios* 400

Priscilla Guedes Castilho da Silva

8 DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Artigo • 423 Comentário à Jurisprudência • 448 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

A decisão judicial na teoria dos direitos de Ronald Dworkin: o procedimentalismo constitucional rumo a uma nova prática jurídica "in terra brasilis" 423
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho

A Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal em descompasso com o Estado Democrático de Direito 448
Luciana Magalhães Teixeira da Silva

9 DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

Artigo • 469 Comentário à Jurisprudência • 502 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

Ministério Público de resultados: a atual missão institucional 469
João Gaspar Rodrigues

Interpretando a possibilidade de concessão de adoção em favor do casal homossexual 502
Natalia Moreira Torres

10 DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Artigo • 513 Comentário à Jurisprudência • 546 Jurisprudência • DVD-ROM Técnica • DVD-ROM

*A aplicação pessoal das astreintes ao representante
da pessoa jurídica de direito público* 513

Adriano Faria

*O limite da competência normativa
abstrata das agências reguladoras e o
controle dos atos regulamentares* 546

Pedro Brito Candido Ferreira

11

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

CONTEÚDO DIGITAL COMPLEMENTAR • SUMÁRIO • INFORMAÇÕES

Português 561

English 566

DVD - Sumário 571

DVD - Informações 573

1

Assuntos Gerais

Doutrina Internacional
Doutrina Nacional
Diálogo Multidisciplinar
Palestra • DVD-ROM

O DOMÍNIO DA ORGANIZAÇÃO COMO AUTORIA MEDIATA^{1*}

MATÍAS BAILONE

Advogado, Letrado da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, assessor encarregado de seu Instituto de Investigações. Professor da Universidad de Castilla-La Mancha, España e da Universidad de Buenos Aires, Argentina. Professor do pós-doutorado 'ZAFFARONI' da Universidad Nacional de la Matanza, Buenos Aires, Argentina.

Na vasta pirâmide erigida sobre a República pelo aparato repressivo, em suas câmaras subterrâneas prosperam os centros clandestinos de detenção. Ali, nas sombras da noite, desenvolve-se sua macabra tarefa, o lumpen consagrado à tortura, à violação e ao assassinato. Eles serão os afluentes onde o perverso sistema terá de evacuar suas piores excrescências fertilizadas com as carnes laceradas de milhões e milhões de desamparados. No cume os comandantes resplandecerão seus melhores desvirtuamentos, alheios aos seus olhos o horror subterrâneo, o odor putrefato aos seus olfatos, imperceptíveis aos seus ouvidos o grito rompido pelos atormentados; porém, plenos conhecedores deste submundo onde reina o espanto [...]. (Federico Mittelbach)

Kant, em um dos seus últimos escritos, havia sentenciado que o progresso moral da humanidade era não só necessário, senão inevitável². Esta fé racionalista no progresso constante, esta ilusão do século das luzes, que nos acompanhou – de uma ou outra maneira – até o final das décadas, encontrou durante o século XX uma fatal refutação. Os horrendos crimes em massa que no século passado tiveram lugar, colocaram o ser humano na encruzilhada do “Mal Absoluto”.

¹ * Tradução ao português por **Pablo Alflen da Silva**.

² *Kant*, Immanuel. Si el género humano se halla en progreso constante hacia mejor, 1798, in *Escritos Políticos y de la filosofía de la historia y del derecho*, Madrid: Tecnos.

A expressão “Mal Radical” foi cunhada por *Kant* em 1793, porém, ao amparo da filosofia moral kantiana que postula que “o dever deve ser cumprido pelo dever mesmo e a lei respeitada pela lei mesma, como forma pura e perfeita”, já que a lei moral ordena a forma e não o conteúdo³, tiveram lugar esquizofrenias normativas fatais. Os imperativos categóricos permitiram dizer a Eichmann que obedecia uma ordem legal, que não podia contradizer por princípios morais: “tendo assumido a exigência kantiana como princípio reitor desde há muito tempo atrás, estruturei minha vida segundo essa exigência”⁴.

Ao discurso dos juristas frente às atrocidades cometidas pelo Estado ou ao amparo de sua inatividade, seguiram-se duas patologias diversamente perversas, porém igualmente funcionais: ou se amolda ao poder e lhe proporciona um saber de acordo com suas pretensões, ou se aliena politicamente como se a realidade não pudesse contaminar a ciência do direito. O primeiro caso se ilustra sempre com a Escola de Kiel (*Kielerschule*), um grupo de oportunistas que brindaram um saber teórico muito baixo ao nazismo, ainda que, desde as investigações de *Muñoz Conde*⁵, não pudesse impedir de incorporar à esta categoria o neokantismo de *Edmund Mezger*, o verdadeiro saber penal do nazismo. O segundo caso é o do disparate político que tem alguns teóricos, que produzem saber científico afastado dos dados da realidade (também produto do neokantismo).

Os crimes de vitimização em massa que ensangüentaram o século passado necessitaram que o direito ajustasse seus instrumentos para poder alcançá-los com seu braço punitivo. A ampla discussão acerca de que se o direito penal deve se adaptar ao moderno desenvolvimento técnico e à estas formas inovadoras de criminalidade, está instalada em todos os âmbitos da academia e das legislaturas

³ *Raffin*, Marcelo. La experiencia del horror, Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur, Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006, p. 76.

⁴ *Muchnik*, Daniel; *Garvie*, Alejandro. El derrumbe del humanismo, Buenos Aires: Edhasa, 2006, p. 27. Veja também: *Silber*, John. Kant at Auschwitz, in *Funke/Seebobm*, “Sixth International Kant Congress”, Washington DC: University Press of America, 1991, p. 180.

⁵ Cfe. *Muñoz Conde*, Francisco. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

(umas mais orientadas à reflexão que as outras). *Muñoz Conde* disse que “o que em nenhum caso pode significar a adaptação aos ‘desafios do tempo’ é que produza a perda de identidade da dogmática jurídico-penal como instrumento garantista dos princípios fundamentais do Direito Penal do Estado de Direito, pois com essas consequências a dogmática jurídico-penal deveria ser qualificada como uma dogmática fracassada”⁶.

1. A marca de Claus Roxin

Claus Roxin incursiona no direito penal com um trabalho sobre o conceito de ação (1962) onde “criticava os excessos ontológicos do finalismo de Welzel e deixava claro que a base da Teoria do Delito não podia ser um conceito final puramente ontológico de ação, senão esta, tal como se modelava nos respectivos tipos penais da parte especial”⁷. “O injusto típico não é um acontecimento originariamente causal ou final, senão a realização de um risco não permitido dentro do âmbito do tipo respectivo”⁸, nas palavras do próprio *Roxin*. Proveniente dos corredores de Göttingen, *Roxin* ingressa na Universidade de Munique onde seria o contra-peso de *Reinhard Maurach*. Logo adentra na temática da autoria e domínio do fato. E em 1970, aos seus trinta e nove anos, palestrou na conferência na Academia de Ciências de Berlim, que marcaria o rumo da dogmática roxiniana e que seria uma obra fundamental no direito penal alemão: “Política criminal e sistema de direito penal” (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*).⁹

Roxin inicia essa conferência execrando a *von Liszt*, de quem recorda o apotegma “o direito penal é a barreira inquebrantável da política criminal”, e aquela concepção do direito penal como o bífrente deus Jano: como ciência social por um lado, e como ciência jurídica

⁶ *Muñoz Conde*, Francisco. ob. cit., p. 119.

⁷ *Muñoz Conde*, Francisco. Introducción a *Roxin*, Claus. Política Criminal y sistema del derecho penal, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

⁸ *Roxin*, Claus. Palavras prévias à segunda edição em língua castelhana de ‘Política Criminal y sistema del derecho penal’, Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

⁹ À velha maneira dos discursos inaugurais de cátedras de direito penal, como o caso de Rocco na Universidade de Sassari em 1910 e Luis Jiménez de Asúa na Espanha em 1930, Claus Roxin reproduz uma articulação na literatura dogmática penal do pós-finalismo.

por outro. O que pretende *Roxin*, tal como Moisés, é nos mostrar a terra prometida: o direito penal que, sem abandonar nem relativar o pensamento sistemático (“cujos frutos na clareza e segurança jurídica são irrenunciáveis”), logra misturar com a política criminal cada um dos estágios desse grande edifício secular que é a Teoria do Delito¹⁰, e mais, procura somatizar as finalidades político-criminais “em módulos de vigência jurídica”. Diferentemente da figura mosaica, *Roxin* não só aponta a “terra prometida”, como a habita durante 30 anos, transcorridos os quais edita seu magnífico Tratado. A política criminal (agora direcionadora do direito penal) é a consciência do poder punitivo do Estado, a qual limita esta atividade do soberano e a orienta para a teleologia de sua fundamentação: coloca mais ênfase na prevenção do que na punição, irrefutável comprovação da vigência do pensamento de *Beccaria*¹¹. “É melhor prevenir os delitos, que puni-los”, dizia este pensador do Iluminismo em “Dos delitos e das penas”, e *Roxin* completa que: “devido à restrita eficácia da pena e, também, ao seu caráter nocivo, deve-se dedicar maior atenção à prevenção do delito através de meios de política social, policiais, legislativos e técnicos”¹². Tampouco se pode passar por alto a criação que *Roxin* faz de um novo elemento da teoria do delito: a responsabilidade, que supõe a culpabilidade e a necessidade de pena desde o ponto de vista preventivo geral e especial. Assim a culpabilidade é o limite da prevenção e vice-versa.

¹⁰ “La teoría jurídica del delito es una de las grandes creaciones del pensamiento occidental. Es un edificio de una claridad conceptual y una elaboración realmente admirables. Ya quisieran los filósofos tener una construcción tan coherente, hasta el punto de que recientemente, nada menos que Jürgen Habermas, en su libro ‘Facticidad y vigencia’, habla de su respeto por las impresionantes aportaciones constructivas de la ciencia del Derecho...” *Gimbernat Ordeig*, Enríque. Conversaciones con Jesús Barquín Sanz y Miguel Olmedo Cardenete. in Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 03- c2 2001, <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>.

¹¹ “Sólo un lector extraño al mundo podría consolarse, después de oír las protestas de Beccaria, diciéndose que se trata de atrocidades de los tiempos bárbaros, que los siglos han corregido ya; los siglos han pasado, la técnica de los códigos se ha perfeccionado, pero los angustiosos problemas morales que constituyen el centro de toda esta materia de los delitos y las penas continúan en el mismo punto”, dizia Piero *Calamandrei* no Prefácio à edição italiana da obra de Beccaria em 1944.

¹² *Roxin*, Claus. Problemas actuales de Política Criminal, conferência traduzida por Enrique Díaz Aranda, proferida em 4 de setembro de 2000, no auditório Jaime Torres Bodet, do Museu Nacional de Antropología e História, México.

2. A Autoria Mediata: generalidades

Uma das formas de autoria no direito penal é a mediata, que se estrutura a partir do domínio do fato e de um “autor atrás do autor” (*Täter hinter dem Täter*)¹³. Segundo o Código Penal alemão, autor mediato é quem comete o fato por meio de outrem, usando-o como instrumento. A mesma fórmula usa o Código Penal espanhol desde sua reforma de 1995, no parágrafo primeiro do artigo 28. O Código boliviano a recepcionou em sua reforma do ano de 1997, realizada por *Stratenwerth*, no parágrafo segundo do artigo 20, onde diz: “é autor mediato o que dolosamente se serve de outrem como instrumento para a realização do delito”.

Por erro ou coação sobre o executor, “o homem de trás” tem o domínio do fato. Aqui é fundamental a relação entre eles, porém em forma invertida como se dá nos casos nos quais o autor realiza o ilícito por si mesmo e a pessoa de trás é somente partícipe em sentido específico. Na autoria mediata o papel fundamental o terá quem à primeira vista não aparece como o consumidor do tipo penal.

Assim como qualquer autor pode valer-se de instrumentos mecânicos para o seu agir delitivo, pode-se “utilizar”, da mesma forma, de outras pessoas. Mas não como objetos inertes¹⁴, senão como sujeitos atuantes. *Jakobs* assinala a característica fundamental da autoria mediata: “a responsabilidade predominante do autor mediato em virtude de seu superior domínio da decisão”, isto é, ao executor não é imputável o delito doloso que não pode evitar, e essa responsabilidade se transmite a quem ostentou o domínio do fato. Porém aqui *Jakobs* pronuncia sua primeira oposição à teoria de *Roxin*, que mais adiante explicaremos, ao afirmar que “a autoria mediata não é possível na atuação plenamente delitiva do executor”¹⁵.

¹³ Expressão usada por Lange.

¹⁴ Se o instrumento não realiza uma ação humana, não há autoria mediata, senão direta. “La utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene porqué distinguirse del empleo de otro instrumento no humano”. *Mir Puig*, Santiago. Derecho Penal Parte General, 7.ª ed., Montevideo: B de F, 2004, p. 380.

¹⁵ *Jakobs*, Günther. Derecho Penal, Parte General, 2.ª ed., Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997, p. 765.

Fiel à sua jusfilosofia, *Jakobs* sustenta que “a superioridade do domínio da decisão tem que determinar-se normativamente segundo seu efeito sobre a imputação do executor, porém não segundo sua intensidade motivadora no caso concreto, pois não se trata da categoria, desde o ponto de vista da dinâmica de grupos, senão da categoria normativa da intervenção”¹⁶.

O ponto de partida da autoria mediata é a amplamente aceita teoria do “domínio do fato”, que paternaliza *Welzel* em 1939, e remite a *Hegler* em 1915. De acordo com ela é autor quem domina o fato, quem decide a configuração central do acontecimento¹⁷. Esta teoria determina o conceito geral de autor nos delitos dolosos de comissão e apresenta, por sua vez, três manifestações (*Roxin*): o domínio da ação (o qual possui o autor que realiza o tipo por suas próprias mãos), o domínio funcional do fato (a fundamentação da co-autoria quando se apresenta como cooperação em divisão do trabalho na fase executiva) e o domínio da vontade (que corresponde à autoria mediata e “se classifica nas formas de configuração do domínio da vontade em virtude de coação, que se ajusta ao princípio de responsabilidade, do domínio da vontade em virtude de erro, e do domínio da vontade em virtude de maquinários de poder organizados”¹⁸).

Welzel não aceitava que aquele que se encontra atrás do executor pudesse ser considerado autor, não era mais que um indutor, “e não há vontade de autor que possa convertê-lo em autor”. Por isso foi necessário completar este conceito restrito de autor, com o fim de “domínio finalista do fato”, para chegar a estes casos de ilícito próprio em mãos alheias.

A doutrina se encarrega de distinguir diversas classes de autoria mediata, devido à fórmula geral que usam os códigos penais, para mencioná-las: realizar o fato por meio de outrem, do qual se serve

¹⁶ *Jakobs*, G. ob. cit.

¹⁷ *Zaffaroni*, Eugenio Raúl; *Alagia*, Alejandro; *Slokar*, Alejandro. Derecho Penal Parte General, 2.^a ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 774.

¹⁸ *Roxin*, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 7.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 570. Veja também *Zaffaroni/Alagia/Slokar*. Manual de Derecho Penal Parte General, 2.^a ed., Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 610; e *Zaffaroni/Pierangeli*. Manual de Direito Penal Brasileiro, V. 1, 6.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 574.

como instrumento. Assim, como se vêm dizendo, a doutrina clássica tem reconhecido unanimemente duas classes de autoria mediata: em virtude do erro ou da coação.

3. O domínio da organização como forma específica de autoria mediata

A autoria mediata através dos “aparatos organizados de poder” é uma categoria que propõe *Roxin*, que tem suscitado várias críticas e adesões, e fundamenta a responsabilidade dos homens de trás (*Hintermänner*) em uma organização delitiva como autores mediatos, ainda que o executor seja punido como plenamente responsável. Esta teoria foi elaborada por *Roxin* em 1963 em uma conferência em Hamburg, publicada como artigo na revista alemã “*Goltdammer’s Archiv*”, para logo ser modelada em sua monografia “*Täterschaft und Tatherrschaft*”¹⁹, trabalho de habilitação à cátedra de *Roxin* em Göttingen. Ainda que seja certo que estas teorizações surgem como consequência da barbárie nazista, e em especial com base no juízo ao qual se submeteu *Eichmann* no Tribunal de Jerusalém em 1961, o próprio *Roxin* renega o “mal-entendido de que o ‘domínio da vontade por meio de um aparato de poder organizado’ consista em uma construção *ad hoc* que só dificilmente possa se harmonizar com as formas tradicionais da autoria”²⁰.

A estrutura dogmática da autoria não estava idealizada e não podia ser usada em relação ao genocídio e aos crimes contra a humanidade, era necessário adapta-lá a estas terríveis e novas formas de criminalidade. “Apesar do direito penal estar estruturado pensando em um autor individual frente a um fato determinado, a teoria jurídica se vê desafiada por novas modalidades de organização social, que envolvem em cada ato complexas relações, tanto a respeito de fatos como a intervenção dos autores, executores diretos, indiretos, indutores, partícipes, co-autores”²¹. “Os crimes de guerra, de Esta-

¹⁹ Versão espanhola da 7.ª ed. alemã de 1999: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2000.

²⁰ *Roxin*, Claus. *Autoría y dominio...*, p. 279.

²¹ *Bruera*, Matilde. *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados*

do... não podem apreender-se adequadamente apenas com as escalas do delito individual”, dizia *Roxin* em 1963, porém acrescentava que “isso não nos exime da obrigação de considerar os comportamentos dos participantes à título individual”²².

O Tribunal Regional de Jerusalém que condenou Eichmann, afirmou que “nestes crimes de proporções gigantescas e múltiplas ramificações, nos quais participaram muitas pessoas em diversas posições de mando (planejadores, organizadores e órgãos executores de distinto nível) não é adequado recorrer à aplicação dos conceitos comuns de indutor e de cúmplice”, isto é, “exclui-se a aplicação das categorias normais da participação”²³.

Ainda que se tenha procurado solucionar os casos dos crimes nazistas com as categorias clássicas da autoria mediata, ficou exposto a sua incapacidade: os processos de Nuremberg demonstraram que não havia casos de executados por não cumprir as ordens, salvo desonra militar ou dias de arresto, não se comprovaram consequências que pudessem sustentar a coação. No caso do erro, não se pode dizer seriamente que a obsessão ideológica obscurecesse a consciência dos soldados, e mesmo que pudesse ter existido “o simples erro sobre a antijuridicidade formal..., [isso] não reconheceria ao sujeito de trás o domínio da vontade sobre o acontecimento”.²⁴

Roxin explora um novo fundamento para revelar a autoria do homem de trás, porém frente a executores responsáveis, e não no clássico exemplo da coação ou erro do autor imediato ou material. Dissemos que nas formas clássicas de autoria mediata se usa instrumentalmente uma pessoa, forçando o agente ou utilizando-o como fator causal cego. Nesta espécie de autoria mediata o que se instrumentaliza é o aparato organizado de poder, e no lugar do defeituoso agir imediato põe-se a “funcionalidade” do aparato. Para isso se requer *a priori* três requisitos: o domínio da organização em forma

de poder, in AAVV, *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Lerner, Córdoba, 2001.

²² *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 270.

²³ *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 274.

²⁴ *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 271.

verticalizada (autores de escritório), a fungibilidade do executor, e a atuação destes em organizações à margem da legalidade. É necessário que neste caso de “autor de escritório” se demonstre a fungibilidade²⁵ (possibilidade de substituição dos que no atuar delitivo de aparatos organizados de poder executam o último ato parcial que realiza o tipo) e anonimato do executor, dado que o autor mediato não depende de um executor concreto, como no caso do indutor. Aqui o executor – desde a ótica do autor mediato – é o aparato.

O funcionamento peculiar destes aparatos de poder, que estão à disposição do homem de trás, torna necessário este tipo de teorizações, já que o aparato desenvolve “uma vida independente da identidade variável de seus membros”²⁶, isto é, funciona automaticamente. O autor mediato deve ter realizado uma “contribuição para o fato que sob o emprego de determinadas condições marco organizatórias tenha provocado procedimentos regrados que desembocaram automaticamente, por assim dizer, na realização do tipo”²⁷.

Em uma recente conferência em Sevilha, *Roxin* apresenta o “estado atual” de seu raciocínio, e amplia a quatro as condições para o domínio da organização como forma de autoria mediata. Requer-se um poder de mando, a desvinculação do aparato de poder do ordenamento jurídico, a fungibilidade do executor imediato e a disposição consideravelmente elevada do executor para o fato²⁸.

Em primeiro lugar se requer que o suposto autor mediato dentro da organização rigidamente estruturada tenha autoridade para dar or-

²⁵ Segundo Meini a fungibilidade não é possível de atribuir a um ser humano e nada tem a ver com a possibilidade de substituir o executor. (*Meini*, I. Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003).

²⁶ *Roxin*, Claus. ob. cit., p. 272.

²⁷ *Ambos*, Kai; *Grammer*, Christhop. Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducta militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann, parecer do Max Planck Institut, p. 12. Tradução em português da versão alemã atualizada in *Ambos*, Kai. Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos, traduzida por Pablo Alflen da Silva, Porto Alegre: Fabris Editor, 2006.

²⁸ Cfe. *Roxin*, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata, Conferência proferida em 23 de março de 2006 no encerramento do curso de doutorado da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha.

dens, e que exerça dita autoridade para causar realizações do tipo. Deve – ademais – ter o conhecimento e a vontade do resultado típico como obra própria, em virtude das condições marco organizatórias e da regularidade que elas produzem.

Aqui se estabelece a discussão sobre o lugar preponderante no seio da organização que deve ter o autor mediato, tema que foi alegado pela defesa de Eichmann. Além de preconizar uma moral kantiana – como já foi dito –, o defensor de Eichmann disse que a negativa de seu defendido em obedecer as ordens não teria representado nenhuma melhora para as vítimas, já que o maquinário emissor de ordens seguiria funcionando, e esclareceu que os crimes não eram obra do indivíduo, senão do Estado. Esta autonomia do aparato e a independência do mesmo sobre o indivíduo executor, é o que coloca o sujeito que está por trás, o verdadeiro motorizador do ilícito, no centro do cenário. Em face disso, a indução ficava à metade do caminho, e haveria que reformular o conceito de homem de trás, já que aqui não falamos mais do executor como um instrumento coagido ou induzido em erro, senão plenamente culpável, porém fungível e anônimo, em virtude das condições marco organizatórias do aparato.

Roxin percebeu que Eichmann se encontrava na dupla qualidade de autor mediato e executor nos diversos crimes que lhe eram imputados. Em alguns simplesmente era o autor direto (plenamente culpável), e em outros respondia por seu domínio da situação fática como autor de escritório. O que supõe que podem existir redes de mando, de distintos níveis de hierarquia, de autores mediatos que dão ordens no seio da organização²⁹. Quem no seio da organização, não emite ordens nem tem cooperado na execução material, porém

²⁹ A respeito disse Sergio *Politoff*. “Como SERVATIUS – o advogado de EICHMANN – fizera presente no julgamento, seu cliente não se achava nem no cume, nem no final da cadeia de autores, senão no meio dessa cadeia (‘nunca estive atrás das cercas dos campos de extermínio, nem tive nada a ver com as operações de gás’, argüiu então o acusado, mostrando-se como um burocrata que não fazia nada senão receber ordens e repeti-las, por sua vez, àqueles que lhe estavam subordinados). Isso não impede que se o caracterize, adequadamente, como autor atrás do autor”. *Politoff Lifschitz*, Sergio. “Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata” in *Zapatero*, Arroyo; *Torre*, Berdugo Gómez de la (Orgs.) Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In *Memorian*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla La Mancha, 2001, vol. I, p. 1272.

“tem promovido conscientemente os delitos mediante quaisquer ações”³⁰, somente pode ser punido por cumplicidade. *Roxin* já o havia dito em sua obra no anos sessenta: “qualquer atividade que não impulse autonomamente o movimento do maquinário somente pode fundamentar a participação”³¹.

O particular maquinário de poder faz com que se invertam os sentidos lógicos de domínio da ação. “Normalmente quando um sujeito se encontra mais afastado da vítima e da conduta homicida, mais se afasta do domínio do fato, porém nestes casos se produz uma inversão da colocação, pois quanto mais afastado está o executor das vítimas, mais próximo se encontra dos órgãos executivos de poder, o que o projeta ao centro dos acontecimentos”³².

Estes “aparatos organizados de poder”, com uma clara formação hierárquica vertical, que impede a retro-alimentação das ordens impostas pelo superior, somente pode dar-se à margem da legalidade: nas organizações clandestinas de tipo mafiosas, ou em organizações estatais onde se vulnera o Estado de Direito. *Stratenwerth* indica que no caso da criminalidade organizada, a organização “deve ter à sua disposição uma reserva suficientemente grande de pessoas das quais possa se utilizar; de outra forma o agente individual não seria substituível”³³. A respeito, *Fernández Ibáñez* destaca que desta forma se prova que a “fungibilidade” não é um requisito essencial nesta teoria. Ainda que da possibilidade de substituição do executor “não se pudesse reconhecer tal tipo de autoria se o aparato que este ‘autor de mesa de escritório’ tinha à sua disposição estivesse conformado por um número muito limitado de pessoas, e baseado em relações eminentemente familiares ou a estruturação fosse horizontal”³⁴.

³⁰ *Roxin*, Claus. Conferencia en Sevilla, ob. cit.

³¹ *Roxin*, Claus. Autoría y dominio..., p. 276.

³² *Zaffaroni*; *Alagia*; *Slokar*. ob. cit. p. 780.

³³ *Stratenwerth*, Günther. Derecho Penal Parte General, Madrid, 1982, p. 243. Ver também sobre este ponto *Aldunate Esquivel*, Enrique. El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, in Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología *Iuspenalismo*, «www.iuspenalismo.com.ar».

³⁴ *Fernández Ibáñez*, Eva. ¿Constituye la fungibilidad del ejecutor inmediato un presupuesto estructural imprescindible de la autoría mediata en aparatos organizados de

Roxin enuncia como requisito *sine qua non* a existência desta “organização” fora do Estado de Direito. Porém *Kai Ambos*³⁵ acredita ser desnecessária e prescindível esta característica, já que o único que configuraria a autoria mediata nos aparatos organizados de poder é uma organização estruturada de modo hierárquico e um domínio do fato do homem de trás sobre executores fungíveis³⁶. Isso seria o que predominou no Supremo Tribunal Alemão (BGH) no caso dos “guardas do muro”, que aplicou a teoria roxiniana, em que se deixou claro o elemento de que o aparato atuara à margem da legalidade, já que a lei de fronteiras era direito positivo, e os franco-atiradores estavam protegidos por uma causa de justificação do regime. *Muñoz Conde* afirma que *Roxin*³⁷ mudou seu ponto de vista originário, ao contestar a crítica de Ambos, e disse que “a desvinculação da organização do direito não deve ser total, bastando tão somente que o fato concreto seja realizado à margem do direito”. *Roxin* ressaltou no ano passado que a desvinculação do direito deve ser tão só no marco dos tipos penais realizados pelo aparato, e que esta desvinculação do direito não depende já da maneira como o julga o sistema político sob cujo amparo funcionou o aparato, senão da atual valoração jurídica.

Como dissemos, o aparato deve funcionar fora da ordem jurídica. Supõe-se que ali onde este impera, “uma instrução antijurídica não pode pôr a organização em movimento; se é obedecida, não se trata de uma ação do maquinário de poder, senão de uma iniciativa

poder? in Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 339. Recomenda-se especialmente a tese doutoral da autora: *Fernández Ibáñez*, Eva. La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Comares, 2006.

³⁵ *Ambos*, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, tradução de Manuel Cancio Meliá, *Cuadernos de conferencias y artículos* n° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. Há tradução para o português da versão alemã atualizada in: *Ambos*, Kai. Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos, traduzida por Pablo Alflen da Silva, Porto Alegre: Fabris Editor, 2006, p. 47.

³⁶ “Se o aparato não está fora do ordenamento, senão é em si mesmo o ordenamento jurídico ou parte dele, o domínio do fato dos homens de trás é maior que no caso do aparato desvinculado do direito”, segundo afirma *Kai Ambos*, ob. cit. p. 51.

³⁷ Conferência de Claus Roxin em 1998 em Huelva (Espanha) sobre autoria e domínio do fato.

particular”³⁸. Quem quer dar ordens ilegais em um Estado de Direito já não pode confiar que o aparato as cumpra, senão que tem que recrutar o executor material para o fato concreto, o que o converte em indutor³⁹. Como recorda *Villamor*: já não se atua com o aparato, senão contra ele⁴⁰.

*Lascano*⁴¹ estabelece a indagação se se pode abarcar com este critério os delitos empresariais, e responde citando a *Baigún e Bergel*⁴², que é válido para os delitos bancários, onde a fungibilidade se substitui pelo anonimato do executor, e a *José Daniel Cesano*, que crê factível a transposição da teoria do mestre de Munique à estrutura societária⁴³. *García Vitor* afirma que esta teoria seria o instrumento

³⁸ *Roxin*, Claus. ob. cit. p. 277.

³⁹ Sobre o caso de aplicação desta teoria a hipóteses estatais de plena vigência do Estado de Direito, está o exemplo argentino. Em 20 de dezembro de 2001 as autoridades constitucionais argentinas foram obrigadas a renunciar por atos selvagens de vandalismo urbano, que estavam planejados para desestabilizar a paz social e tomar o governo. Embora muitas das manifestações contra o governo fossem espontâneas e pacíficas, a soma de ambos fatores potencializou a crise de representatividade e de segurança pública. A polícia federal sob ordens do Presidente De la Rúa, de manter a tranquilidade pública, cometeu excessos que tem sido julgados por tribunais, produzindo mortes e vários feridos. Pretendeu-se processar as autoridades constitucionais pelos crimes cometidos por infiltrados, fundamentando-se no ‘domínio funcional do fato’ que converteria em co-autores as autoridades (co-autoria funcional). Conforme outros, o Presidente da Nação responde como autor mediato (por conduzir ‘o aparato de poder’) frente aos excessos da polícia, que de acordo com o curso se pretendia ver cair o mesmo Presidente.

⁴⁰ *Villamor Lucía*, Fernando. Derecho Penal Boliviano, Tomo I, Edição do autor, 2.^a ed., La Paz, 2007, p. 272. Como ampliação da nota de rodapé anterior, o caso boliviano também apresenta caracteres similares à situação argentina de 2001. Diz *Villamor*: “Recentemente em nosso país em razão de trágicos sucessos na democracia (fevereiro e outubro de 2003), para sustentar a responsabilidade, a teoria de Roxin resulta aplicável com a salvaguarda de que em um Estado Social Democrático e de Direito, quando uma autoridade determina a seus subordinados cometer delitos ou quando nas Forças Armadas um comando emite ordens antijurídicas isso tem de valorar-se sempre, salvo que tenha que afirmar a autoria mediata por outras razões, somente como indução...”. (*Villamor*, ob. cit. p. 272.)

⁴¹ *Lascano* (h), Carlos Julio. Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales, in AAVV, Nuevas formulaciones... ob. cit.

⁴² *Baigún*, David; *Bergel*, Salvador Darío in ‘El fraude en la administración societaria’, Buenos Aires: Depalma.

⁴³ *Cesano*, José Daniel; *López Mesa*, Marcelo. Abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, Buenos Aires: Depalma.

para a imputação penal das pessoas jurídicas⁴⁴.

O Supremo Tribunal alemão, na sentença dos atiradores do muro, afirma que o problema da responsabilidade no funcionamento das empresas pode solucionar-se por esta construção roxiniana⁴⁵. Isso *Roxin* nega terminantemente: “das quatro condições do domínio da organização faltam, geralmente, pelo menos três: as empresas em regra não trabalham desvinculadas do Direito, na medida em que não se propõem desde o princípio atividades criminosas... falta também a possibilidade de mudança dos que estão dispostos a cometer ações criminosas... e tampouco se pode falar de uma disposição consideravelmente elevada dos membros da empresa ao fato...”. Porém *Roxin* indica que a criminalidade de empresas pode ser alcançada recorrendo a sua própria teorização dos delitos consistente na infração de um dever e, através dela, fundamentar uma autoria dos cargos diretivos na medida em que se atribua a estes uma posição de garante para a salvaguarda da legalidade da empresa⁴⁶.

Como nota característica desta terceira classe de autoria mediata, dá-se o caso de que o executor é plenamente responsável, já que não é induzido em erro nem coagido. Não fica isento de responsabilidade tão só pelo fato de ser uma engrenagem substituível do

⁴⁴ AAVV, “De las penas” Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti, organizado por David Baigún, Eugenio R. Zaffaroni, Antonio García Pablos e José Pierangeli. Buenos Aires: Depalma, 1997.

⁴⁵ “Considero que isso vai muito longe e que o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH), em seu esforço por estabelecer uma responsabilidade estrita seja como for, perdeu de vista os princípios dogmáticos. Um domínio do fato melhor refletido através do uso de um aparato organizado de poder se pode fundamentar frente ao autor que atua por si mesmo (autoria imediata ou direta) somente em regimes ilícitos ou quem sabe em organizações mafiosas, porém não assim em uma empresa econômica legal, onde a ordem de cometer um delito não compromete juridicamente e não pode ser imposta. Ademais, a imputação direta do atuar dos órgãos subordinados da empresa à direção da empresa como atuar próprio é uma desintegração absoluta do conceito penal de ação, que em definitivo lesiona inclusive o princípio da certeza.” *Schünemann*, Bernd. “Las prescripciones sobre la autoría en la ley boliviana sobre la base de las modificaciones al código penal del 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas. ¿Un modelo para Latinoamérica?”, in Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, N° 15, Buenos Aires: Ad Hoc, 2003. p. 85.

⁴⁶ *Roxin*, Claus. conferencia en Sevilla, ob. cit.

maquinário delitivo. Aqui, como vimos *ut supra*, encontra-se a primeira divergência com as idéias de *Jakobs*, já que este autor considera inadequado postular a autoria mediata no caso de executores plenamente responsáveis. A solução de *Jakobs* é a co-autoria.

Porém *Roxin* agora pensa que o critério do poder de mando, a desvinculação do direito, e a fungibilidade não podem por si só descrever exaustivamente as circunstâncias sobre as quais se apóia o domínio do fato dos homens de trás, a elas há que agregar a “disposição consideravelmente elevada do executor material ao fato”. O Supremo Tribunal alemão, seguindo a *Schroeder*, mencionou esta predisposição que demonstra o autor imediato em realizar o tipo, e que *Roxin* atribui a um conglomerado de fatores que aparecem mesclados, como as influências específicas da organização, que tornam o executor mais preparado para o fato, e incrementam a probabilidade de êxito da ordem do autor mediato. Aqui entram em jogo, apesar da obnubilação ideológica, todas as circunstâncias fronteiriças à coação que não se qualificariam como tais: medo de perder uma situação de privilégio, e certeza de sua completa impunidade.

Roxin esclarece que estes fatores que incidem sobre o executor, não excluem a culpabilidade nem a responsabilidade, ainda que possam diminuir ou aumentar suas medidas em algumas manifestações, e certamente “conduzem à uma disposição dos membros ao fato, condicionada à organização que, conjugada à possibilidade de sua substituição, para os homens de trás é um elemento essencial da segurança, com o qual podem confiar na execução de sua ordens”⁴⁷. “A sujeição a um posto de subordinação diminui a liberdade dos subordinados, o seu poder de formar sua vontade autonomamente e de impô-la contra resistência”, diz *Donna*⁴⁸.

A compatibilidade do domínio da vontade em virtude de maquinários de poder organizados com o contexto normativo argentino está incluída no art. 45 *in fine* do Código Penal, dentro do instituto

⁴⁷ *Roxin*, Claus. Conferencia in Sevilla, ob. cit.

⁴⁸ *Donna*, Edgardo Alberto El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder, in AAVV “Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales”, Libro Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001.

do “determinador”; nas palavras de *Donna*, o art. 45 é o “suporte dogmático da autoria mediata”. *Zaffaroni* afirma que a teoria roxiniana é uma construção complicada, já que o “o domínio do fato é uma questão de fato que deve precisar-se concretamente em cada caso”, e também que “a fungibilidade dos executores não indica que sua contribuição não tenha sido necessária, e inclusive se adverte sobre os riscos de desvalorizar a intervenção dos executores diretos e facilitar soluções política pouco desejáveis”⁴⁹. O mesmo *Zaffaroni* assinala a diferença que caberia de distinguir o homem de trás como autor mediato ou mero instigador: no primeiro caso haveria tentativa desde que começasse a dar a ordem (condutas como firmar um documento ou uma chamada telefônica podem considerar-se como ações que realizam homicídios), e no segundo caso somente quando o executor começasse a realizar a conduta⁵⁰.

O domínio da organização como forma independente de autoria mediata teve uma favorecida acolhida jurisprudencial. Em 1994 o Supremo Tribunal Federal alemão a aplicou no famoso “caso dos atiradores do muro”⁵¹, os quais foram condenados por homicídio doloso, ao mesmo tempo em que se condenou os membros do Conselho de Segurança Nacional do Governo comunista como au-

⁴⁹ *Zaffaroni; Alagia; Slokar*. ob. cit. p. 780.

⁵⁰ “Agora, se se postula – como se verá – que o autor mediato dá início já ao fato punível, mediante sua própria ação, que põe em movimento ao outro interveniente que atua como instrumento, sua conduta não seria já acessória do fato que se chegue a cometer pelo executor instrumento (autor *strictu senso*). Entre outros efeitos, isso traria consigo, segundo um setor da doutrina, uma antecipação da fase de início da execução, que é, por assim dizer, própria para o autor mediato e, por fim, um próprio começo da tentativa. Um ponto de vista controvertido por outros escritores (os partidários da chamada “solução global”) que afirmam que, também em relação ao autor fica estabelecido o início da execução e, com este, o momento inicial da tentativa, somente com o começo do ato executório por parte daquele que faz as vezes de instrumento. O que é decisivo para o conceito de execução do delito, a conduto do que está atrás ou a do instrumento?”. *Polittoff Lifschitz*, Sergio. ob. cit. p. 1237.

⁵¹ O caso dos guardas do muro, consiste no julgamento que se realizou na Alemanha, dos soldados que fiscalizavam o muro de Berlim, fuzilando aqueles que cruzavam da parte oriental para a ocidental da então dividida Nação alemã. A autoria mediata está latente pelo mesmo caso de fungibilidade dos executores. Ver a Anotação à decisão do Supremo Tribunal Supremo Alemão (26/7/1994) à cargo de Gustavo Aboso: “Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán” *La Ley* t. 1999 – F, pág. 561.

tores mediatos de homicídios dolosos, pela utilização instrumental do “aparato”.

Porém, antes desta recepção, a inédita situação histórica de uma débil democracia julgando os responsáveis do terror durante a ditadura militar argentina (1976-1983), implicou no uso destas idéias. O Ministério Público a cargo de Julio César Strassera introduziu a teoria roxiniana fundamentada no art. 45 do Código Penal Argentino, que em sua última parte estendeu a pena prevista para o autor, a quem determinou diretamente o mesmo, e também no art. 514 do Código de Justiça Militar de nosso país, que reza: “quando se tiver cometido delito pela execução de uma ordem de serviço, o superior que a tiver dado será o único responsável, somente será considerado cúmplice o inferior, quando este tiver se excedido no cumprimento de dita ordem”⁵².

A Câmara Federal reconheceu a existência de autoria mediata através de aparatos de poder organizados em forma militar. Apesar de tudo, a Corte Suprema de Justiça da Nação revogou a adesão da Câmara Federal à teoria de *Roxin*, e condenou os comandantes como partícipes primários e não como autores mediatos, pois extrair a “autoria mediata” do art. 45 implicava (para nosso Tribunal Supremo) “uma dilatação do conceito de instigador... uma ilegal extensão da autoria”.

Ambos e *Grammer* assinalaram que a teoria do domínio por organização é mais apta para o caso argentino. Indicaram que os três membros da Junta Militar (Jorge Rafael Videla, Eduardo Massera, e Ramón Agosti) possuíam domínio direto sobre o planejamento e a preparação do terrorismo de Estado (sistemática e organizada eliminação de seres humanos mediante desaparecimento forçado, tortu-

⁵² Strassera, ademais, pediu o que denominou “responsabilidade por Juntas”, que as Três Forças Armadas que eram submetidas a processo (Exército, Aeronáutica e Marinha) responderam coletivamente pelos delitos cometidos por todas elas em seu conjunto. A Câmara somente recepcionou a responsabilidade individual de cada força armada. Para interiorizar-se sobre o julgamento das Juntas Militares argentinas, veja *Nino*, Carlos: “Radical evil on trial”, Yale University Press, 1996 (há tradução castelhana de Böhmer em Emecé, 1997). Sobre a obediência devida no âmbito militar veja *García*, Prudencio. Máximos factores generadores de violación de derechos humanos en el ámbito de moral militar actual in ‘Fuerzas Armadas y Derechos Humanos’, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2000, p. 158.

ras e execuções sumárias), e em muitos casos, ademais, está provado o domínio sobre a execução e o controle destes delitos de lesa humanidade. “É inimaginável que uma repressão tão vasta pudes-se ser executada por partes descontroladas das Forças Armadas”⁵³, afirmam *Ambos* e *Grammer*. No caso particular de Videla, por sua condição de comandante-chefe, por suas declarações periodísticas onde se vangloriava por ter eliminado os “elementos subversivos”⁵⁴, e por documentos firmados por ele onde planejava o Golpe de Estado e a luta contra o terrorismo, está absolutamente fora de dúvida que “devia ter modificado o aparato de segurança existente naquele momento, influenciado e utilizado para que integrantes desse aparato na luta contra a subversão seqüestrassem e, caso necessário, eliminassem pessoas. Para isso realizou uma contribuição para o fato, a qual sob a utilização das condições marco descritas produziu concretamente a eliminação de elementos subversivos. Jorge Videla conhecia a forma de funcionamento do aparato repressivo e quis os crimes executados por seus integrantes como o produto de seu próprio comportamento”⁵⁵.

⁵³ *Ambos/Grammer*, ob. cit. p. 19.

⁵⁴ “Erradicar la subversion” foi um dos objetivos do Processo de Reorganização Nacional, tal como se deu em chamar o Governo Militar resultante do Golpe de Estado de 1976 na Argentina, entre os proclamados objetivos de “restituir los valores esenciales de moralidad, idoneidad y eficiencia”, “vigencia de los valores de la moral cristiana, de la tradición nacional y de la dignidad del ser argentino” e “vigencia de la seguridad nacional, erradicando la subversión y las causas que favorecen su existencia”. (Acta de propósito y objetivos del Proceso de Reorganización Nacional, Boletín Oficial 31-3-76, citado em *Ageitos*, Stella Maris. “Historia de la Impunidad”, p. 39). O uso contínuo de nomenclatura militar e da imagem denegrada dos opositores políticos como terroristas e como não pessoas, recorda um pouco a atual discussão sobre o direito penal do inimigo e a fúria punitivista contra o chamado terrorismo global. Contemporâneo de Videla, o igualmente nefasto José Toribio Merino Castro (comandante-chefe da Armada Chilena e membro da Junta Militar que assolou o Chile desde 1973 até 1990) se referia aos comunistas como ‘humanóides’. Sobre a atualidade do discurso punitivista das ditaduras dos anos oitenta veja *Guzmán Dalbora*, José Luis: “Una especial versión del Autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la ‘doctrina’ de la seguridad ciudadana”, in *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología Iuspenalismo*, «www.iuspenalismo.com.ar», e *Bailone*, Matías. Antiterrorismo y Derechos Humanos, in *Bailone*, Anticriminología, Ed. Cathedra Jurídica, Bs As, 2007, no prelo.

⁵⁵ *Ambos/Grammer*. ob. cit. p. 22. Veja o comentário de Pablo Alflen da Silva sobre o tema, in *Ambos*, Kai. Direito Penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos, ob. cit., p. 113.

4. A solução da co-autoria e da instigação

Diz *Jakobs* que a construção de *Roxin* surge como efeito dos crimes nacionais-socialistas, e que “não há dúvida, tendo em vista a dinâmico de grupos, quanto à situação de superioridade daqueles que ordenaram a morte de judeus... [porém] apreciar autoria mediata é, no entanto, tão supérfluo como nocivo...”. E explica a nocividade no caso concreto dos nazis, que “encobre a vinculação organizatória de todos os intervenientes”⁵⁶. Termina inclinando-se *Jakobs* pela solução da co-autoria e da indução em casos especiais.

Roxin contesta a *Jakobs* em Huelva em 1998, o fato de que a co-autoria exige a resolução e execução conjunta de ilícitos, algo que nestes casos não existe, já que a instrução de uma ordem e sua observância não são uma determinação comum. Na autoria mediata por aparatos organizados de poder, o executor e o autor de escritório “não decidem nada conjuntamente nem tampouco se sentem situados no mesmo nível”. “O que atua, executa uma ordem, isto é, precisamente o contrário a uma resolução conjunta. *Jakobs* não o reconhece, senão pretende desentender-se totalmente do critério da decisão de realizar conjuntamente o fato,... com isso a co-autoria perde seus contornos”, dizia *Roxin* naquela ocasião. A consideração puramente normativizante de “*Jakobs* não nega a fungibilidade do executor direto e a ‘automaticidade’ da execução da ordem dela derivada, porém a seu juízo se trata de um “dado naturalístico” sem maior transcendência”⁵⁷.

Ademais, a co-autoria está estruturada horizontalmente (como atividade paralela, simultânea, e fundamentadora de comunidade), enquanto que a autoria mediata está estruturada verticalmente⁵⁸.

Michael Köhler pensa que um sujeito responsável (o executor plenamente imputável) bloqueia a autoria de qualquer pessoa que se situe atrás dele⁵⁹, e se inclina pela indução. *Roxin* refuta esta teoria

⁵⁶ *Jakobs*, G. ob. cit. p. 763.

⁵⁷ *Roxin*, Claus. Autoría y dominio.... p. 726.

⁵⁸ Cfe. *Roxin*, idem.

⁵⁹ Cfe. *Lascano* (h), ob. cit.

assinalando os cuidados que deve tomar o indutor frente ao fato que realizará o executor (preparação, convencer ao autor, vencer sua resistência, etc.), e a ausência destes cuidados no autor de escritório que “usa” uma estrutura que facilita e lhe garante a prática delitiva. O indutor permanece fora do acontecimento e deposita no autor imediato a decisão final de executar o fato e como executá-lo.

Felipe Villavicencio intui que a figura da autoria mediata não pode usar-se sem limites nestes casos, “pois quando o intermediário atua dolosa e plenamente responsável, o domínio do fato lhe pertence e se exclui a possibilidade de uma autoria mediata”⁶⁰.

A *Gimbernat* tampouco convence a solução da autoria mediata, argumentando que se trata de uma construção dogmática catártica da culpabilidade nacional alemã, e o soluciona assim: Hitler e alguns mais são indutores de todos os delitos, os executores são autores, e os personagens que se encontram entre ambos, os que transmitem a ordem de aniquilamento, são cúmplices⁶¹. A mesma solução é compartilhada por *Hernández Plasencia*, que diz que “a fungibilidade é um argumento que se volta contra a construção da autoria mediata... se se aceita que o executor concreto pode se negar a cumprir a ordem, e isso em virtude de uma resolução livre de sua vontade, então é que a influência que está recebendo através dessa ordem é constitutiva unicamente de indução”⁶². Para *Cerezo Mir* tampouco a fungibilidade pode fundamentar domínio do fato⁶³. Nestas críticas fundamentalmente não se tem em conta que o que se instrumentaliza não é o executor concreto, senão o aparato. “O instrumento que possibilita ao homem de trás a execução de suas ordens não é só e nem sequer majoritariamente aquele que com suas próprias mãos ocasiona a morte da vítima... o verdadeiro ins-

⁶⁰ *Villavicencio Terreros*, Felipe. Derecho Penal Parte General, Lima: Editorial Juridica Grijley, 2006, p. 480.

⁶¹ *Gimbernat Ordeig*, Enrique. Autor y cómplice en derecho penal, Universidad de Madrid, Fc. de Derecho, 1966.

⁶² *Hernández Pasencia*, José Ulises. La autoría mediata en derecho penal, Comares, Granada, 1996. p. 274.

⁶³ *Cerezo Mir*, José. Derecho Penal Parte General, Tomo I de suas obras completas, Ara, Lima, 2006, p. 1088.

trumento é antes o aparato como tal”⁶⁴.

O certo é que as vozes discordantes com esta teoria chegam à solução da autoria ou da indução não tanto por via de convencimento, senão como recurso residual frente à negação da autoria mediata. Diz *Roxin* que não pode deduzir-se a autoria e o domínio do fato a partir dos déficits do instrumento, que por certo existem no domínio mediante coação e erro, senão que “há que fundamentá-las positivamente a partir da posição do autor em todo o acontecimento... o domínio do fato do homem de trás se baseia em que através do aparato que está a sua disposição pode produzir o resultado com maior segurança do que, inclusive, no caso de domínio mediante coação e erro”⁶⁵.

5. Conclusão

Para finalizar, creio que todos coincidimos na necessidade de que o sistema de direito penal alcance a estes terríveis crimes e violações de direitos humanos da chamada primeira geração, ainda que preconizemos uma teoria agnóstica da pena. Já assinalai em outro lugar, seguindo a linha de *Zaffaroni*, que o direito penal é o saber dos juristas que limita e contém o poder punitivo⁶⁶.

Nossa obrigação a partir das ciências penais é instalar um cerco de racionalidade e um dique de contenção às forças punitivas, que não são mais que emanações do estado autoritário, porém esse dique deixa passar o poder punitivo que não é excessivamente irracional, e que no fundo não pode conter. Isto se passa concretamente com os crimes contra a humanidade onde, sem recorrer à nenhuma teoria legitimante da pena, dizemos que aqui o poder punitivo não pode conter-se, devido à qualidade do injusto⁶⁷, e que se se impe-

⁶⁴ *Roxin*, Claus. conferencia en Sevilla, ob. cit.

⁶⁵ *Roxin*, C. idem.

⁶⁶ Cfe. *Bailone*, Matías. El liberalismo penal (1º parte: cómo procurarse buenos precursores), in *Bailone* Anticriminología, Cathedra Jurídica, Bs As, 2007 (no prelo), pode ver-se este capítulo em «www.matiassbailone.com.ar», e na Revista del Instituto Peruano de Investigaciones Criminológicas: «www.ipic.org.pe».

⁶⁷ Sobre este ponto se recomenda ter em conta a teoria da culpabilidade pela vulnera-

disse o poder punitivo neste ponto, se produziria uma regressão civilizatória. *Zaffaroni* diz que nestes casos há que evitar “Dongo”⁶⁸, e para isso a única opção é Nuremberg e Tóquio.

Repugnaria a nossa consciência jurídica e no mínimo o sentido de humanitarismo que estes graves delitos, que foram cometidos ao amparo do próprio poder punitivo, sejam agora não puníveis por questões dogmáticas. *Gimbernat* concorda com que “...a normatização sobre a autoria e a cumplicidade não está pensada para um delito como o genocídio”⁶⁹. *Roxin* advertiu que sua teoria do domínio do aparato como autoria mediata ia produzir muita resistência em muitos setores da dogmática, da qual disse que era “propensa a servir-se de categorias tradicionais como de um arsenal fechado de conceitos”⁷⁰. Por isso intuiu que se necessitava um conceito aberto de domínio do fato.

(Autor convidado)

bilidade de Zaffaroni. Cfe. *Zaffaroni*, Eugenio Raúl. Lectio doctoralis en la Universidad de Macerata, 2002, in «<http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/zaffamacerata.htm>», assim como seu Derecho Penal Parte General, Buenos Aires: Ediar, 2002.

⁶⁸ Sobre a morte de Benito Mussolini em Dongo, veja *Bianchi*, Gianfranco. Per qualli ragioni fu soppresso Benito Mussolini”, in *Bianchi* “La seconda guerra mondiale, Como: Pietro Cairolì, 1977, p. 447.

⁶⁹ *Gimbernat Ordeig*, Enrique. ob. cit.

⁷⁰ *Roxin*, C. Autoría y..., p. 280.

ACORDO BRASIL-SANTA SÉ DE 13 DE NOVEMBRO DE 2008: CONFLITOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

LUSIA RIBEIRO PEREIRA

Doutora em História e Filosofia da Educação pela Universidade de São Paulo. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialização em História Econômica pela CESSUL. Professora nos cursos de Graduação e Pós-Graduação *Strictu sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

JUSCELINO SILVA

Bacharel em Teologia, Filosofia e Psicologia, professor universitário, Mestre e Doutor em Teologia pela FAJE, doutorando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

MÁRCIO EDUARDO DA SILVA PEDROSA MORAIS

Professor universitário, especialista em Ciências Criminais pela UGF, Mestre e doutorando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

RESUMO: Tem-se por objetivo, por intermédio do presente artigo, discorrer sobre o Acordo assinado no dia 13 de novembro de 2008 entre o Brasil e a Santa Sé, acordo esse aprovado na Câmara dos Deputados em 26 de agosto de 2009 e no Senado Federal em 7 de novembro de 2009 com o objetivo de se instituir o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil. Tal acordo visa oficializar a relação jurídica da Igreja Católica no país, uma relação diplomática e jurídica já existente de fato. Acontece que, tendo em vista o fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter instituído um Estado laico no país, alguns juristas afirmam ser o documento inconstitucional, enquanto outros defendem sua constitucionalidade. Desse modo, o presente artigo analisará a constitucionalidade do referido Acordo, apresentando os argumentos contrários e os favoráveis à constitucionalidade, tendo como base os postulados da hermenêutica jurídica neoconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil; controle de constitucionalidade; Igreja Católica; liberdade religiosa.

ABSTRACT: It has been the objective, through this article, to discuss the Agreement signed on November 13, 2008 between Brazil and the Holy See. This agreement passed the House of Representatives on August 26, 2009 and the Senate on November 7, 2009 with the aim of establishing the legal status of the Catholic Church in Brazil. This agreement seeks to formalize the legal relationship of the Catholic Church in the country, a diplomatic and legal relationship existing in fact. However, the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 established a secular state in the country. Therefore, some lawyers argue the unconstitutionality of the Agreement, whereas others argue in favor of its constitutionality. Thus, this article will examine the constitutionality of that Agreement, presenting the arguments against and in favor of constitutionality, based on the postulates of legal hermeneutics neoconstitutionalism.

KEY WORDS: Brazil; Constitutionality Control; Catholic Church; religious freedom.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve retomada histórica da hermenêutica. 3. Sobre a aplicação da hermenêutica constitucional de juristas favoráveis ao acordo. 4. Sobre a aplicação da hermenêutica constitucional de juristas contrários ao Acordo. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O Brasil, no dia 13 de novembro de 2008, assinou um Acordo com a Santa Sé. Este acordo visa oficializar a relação que já ocorre entre esses dois Estados, desde o estabelecimento da laicidade, isto é, a separação entre Igreja e Estado, positivada na Constituição de 1891 e recepcionada pelas Constituições posteriores. O acordo foi aprovado na Câmara dos Deputados em 26 de agosto de 2009 e no Senado Federal em 7 de novembro de 2009 e agora segue para o seu ato final que é a troca das cartas de ratificação entre os Estados pactuantes. Trata-se, portanto, de uma situação consumada e que,

por isso, tende a diminuir o interesse em seu entorno, no que se refere às discussões de sua “*con*” ou “*in*” constitucionalidade. Sendo assim, por que uma construção científica sobre esse tema?

Esse parece ser o momento apropriado para uma reflexão hermenêutica em derredor do referido tema porque as emoções, que comumente tendem a arrefecer o entendimento dos(as) intérpretes, deslocam-se à serenidade e isso facilita abordagens menos viscerais, por conseguinte, mais lúcidas e equilibradas. Para tanto, concentrar-se-á no Acordo e naqueles pontos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88 que guardam com ele a dialética tensional, que podem, pela interpretação, afirmar a congruência entre ambos e, por conseguinte, a sua constitucionalidade ou a sua incongruência e, portanto, a sua inconstitucionalidade. Mesmo que isso hoje seja um fato consumado no ordenamento jurídico brasileiro, não inviabiliza uma reflexão sobre os fundamentos hermenêuticos que consciente ou inconscientemente subsidiaram o processo de sua aprovação. Além disso, é tarefa contínua do Direito não apenas aplicar as leis, mas repensar as bases que as constituem. Só assim, o Direito pode manter o vínculo com as necessidades concretas da sociedade e promover a justiça que emerge como possibilidade real de um caso concreto.

Como se trata da abordagem de uma situação consumada, já que o Acordo está aprovado segundo os ritos exigidos pela legislação brasileira, o método caracteriza-se por sua aposterioridade, isto é, o objeto (o Acordo) e seu alinhamento com a Constituição de 1988 dar-se-á no período que abrange a sua assinatura e a aprovação pela Câmara dos Deputados, mas antes de sua aprovação pelo Congresso Nacional. Primeiro concentrar-se-á na aplicação da hermenêutica constitucional de juristas favoráveis à constitucionalidade do Acordo; depois se focalizarão as razões hermenêuticas de juristas contrários à constitucionalidade do Acordo. O último passo será a exposição sistemática de nossa própria posição diante da questão.

Como será visto, o artigo ancora-se em duas vertentes fundamentais: a *informativa*, o que é a hermenêutica, e a *existencial*, a situação concreta que mobiliza a teoria. Noutros termos, com a pa-

lavra *informativa* está-se referindo aos conteúdos e com a palavra existencial, à nossa própria vida. Portanto, a primeira está a serviço da segunda. Neste artigo, as informações não são fins em si mesmas, mas servem ao nosso espírito na posse de seu direito humano inalienável: a sua liberdade; o espírito crítico não é uma vítima de seu passado, mas o seu intérprete; o espírito que se descobre a si mesmo não se embaraça com o seu presente, mas desfruta-o com alegria e responsabilidade ética, política e social; o espírito crítico lança hoje as sementes de seu futuro. Por isso, neste artigo, firma-se o princípio de que o espírito humano é o segredo da hermenêutica na medida em que é ele que a executa sendo, portanto, o seu sujeito, ou seja, a hermenêutica é uma tarefa do espírito em comunhão com a realidade que o toca. Para ficar claro: *o espírito humano é o sujeito da hermenêutica*. Todo o aparato técnico de que ela dispõe, seja no campo da interpretação seja no da compreensão, é um instrumental para o espírito a fim de ajudá-lo a desvendar-se a si mesmo e ao mundo que o cerca.

Declarado o sujeito, passa-se para a explicitação de seu objeto. *O texto é o objeto da hermenêutica*, mas, se ele se reduzisse ao texto escrito, seria reducionista, e isso empobreceria a sua importância na formação jurídica sólida. Assim, parece necessário ampliar o seu estatuto semântico. No presente artigo, texto terá o seguinte sentido: o texto como texto, a própria pessoa é texto, a vida é texto, uma outra pessoa é texto, as intuições são textos, o passado é texto, o presente é texto e o futuro é texto. Numa palavra, é a realidade que se apresenta ao campo da consciência e pede uma interpretação na medida em que carrega consigo um sentido.

Portanto, a hermenêutica deixa de ser apenas um conjunto de regras de interpretação, tal como entendido pela hermenêutica clássica pré-moderna e regional, ou uma forma subjetiva de compreensão, conforme exposto por Schleiermacher, e passa a integrar a vida no seu todo. Nesse caso, todo ato do espírito humano será hermenêutico porque decorre de uma interpretação da realidade que o antecede. Assim, a hermenêutica passa a ser vital para o ser humano porque se o este a usar, abrir-se-á à liberdade e à felicidade de sua vida.

Esse esforço acadêmico visa, em sentido lato, contribuir para a teoria da hermenêutica jurídica constitucional e, de modo mais *stricto sensu*, elencar os elementos usados pelos juristas em foco e acrescentar, nesse contexto, as nossas próprias contribuições nesse campo da ciência jurídica.

Para tanto, a fim de situar a discussão, far-se-á um breve percurso histórico da hermenêutica. Depois se voltará para a hermenêutica constitucional e os dois modos de sua aplicação no Acordo; por último dar-se-á a contribuição pessoal dos autores à questão.

2. Breve retomada histórica da hermenêutica

Nesta seção situar-se-á a discussão hermenêutica na moldura do pensamento ocidental. Como este é um percurso relativamente longo e matizar as suas correntes extrapola o objetivo neste artigo, abordar-se-á a temática em linhas gerais.

A hermenêutica filosófica¹ reivindicou para si um estatuto de ciência do saber. Isto é, estabeleceu as bases unificadoras dos muitos princípios da hermenêutica regional em um saber único e universal. Schleiermacher, inspirado no “eu transcendental kantiano”, reivindicou para esta base o ponto crítico da hermenêutica filosófica. É o “eu transcendental” como sujeito de compreensão, isto é, doador de sentido, que será, em qualquer ramo do saber, o mediador entre o sujeito e o objeto. Depois de Schleiermacher, foi Dilthey quem ampliou o campo da hermenêutica estendendo-a para as ciências do espírito para que estas tivessem, na época, o mesmo *status* alcançado pelas ciências da natureza. O limite dessa contribuição hermenêutica é a sua dependência da razão científico-técnica. Isso significa que há na hermenêutica romântica um certo complexo de que o saber científico é superior.

Schleiermacher (1767-1845) estabeleceu as bases concretas da hermenêutica, isto é, o lugar da manifestação do “eu transcendental”, em dois polos: o texto e o conhecimento do autor melhor do que

¹ Para o *locus nascendi* da hermenêutica filosófica cf. Greisch (1985). Para a crise da hermenêutica, remetemos a Greisch (1973).

ele mesmo. Para ele, o processo de interpretação, levado a cabo pelo eu transcendental, só desvelava o sentido do texto quando as dimensões literal e psicológica (o conhecimento do autor) eram levadas às últimas consequências. Por isso, a hermenêutica é uma arte, a arte da compreensão: a compreensão se dá na totalidade da vida, porém, particulariza-se quando focaliza um discurso ou um texto. Isso significa que o sentido se doa pela linguagem (dizendo ou escrevendo) e se desvela na audição ou na leitura. Para Schleiermacher, a compreensão ocorre da parte para o todo e do todo para a parte, isto é, a relação da obra particular, a personalidade, a evolução do autor e a relação entre a obra e o gênero literário a que pertence. Esse modelo é científico, no sentido grego da palavra porque é o “eu transcendental” que unifica a possibilidade da compreensão na medida em que ele está presente naquele que escreveu, naquele que lê ou ouve e no próprio texto.

Dilthey (1833-1911), por sua vez, voltou-se para a história, daí que para o historicismo diltheyano o texto a ser interpretado é a própria realidade e seu encadeamento. Assim, antes da coerência de um texto, vem a da história, considerada como o grande documento do homem, como a mais fundamental expressão da vida. Por isso, ele é o hermeneuta do pacto entre hermenêutica e história. A capacidade primordial da ciência do espírito é a sua transposição para a vida psíquica de outrem. Isto não ocorre na ciência da natureza porque a “coisidade” fundamental do ente escapa, mas, na ordem humana, o homem conhece o homem porque, se a coisa física é incognoscível, o homem dá sinais de sua existência. Compreender esses sinais é compreender o homem. É isso que a escola positivista ignora por completo: a diferença de princípio entre o mundo psíquico e o mundo físico. Assim, a chave crítica do conhecimento histórico deve ser procurada na camada de primeiro nível, a conexão interna, isto é, as formas que a vida produz configuram-se em formas estáveis: sentimento, avaliação, regras de vontade tendem a depositar-se numa aquisição estruturada, oferecida à decifração de outrem. Daí, segue-se para a camada de segundo nível, que são os sistemas estruturados que a cultura produz. É isso que dá a chave de compreensão. Se posso compreender os mundos desaparecidos é porque cada sociedade criou seus órgãos de compreensão através

de mundo sociais e culturais nos quais ela se compreende. A história universal torna-se, assim, o próprio campo hermenêutico. Por isso, compreender-me é fazer o maior desvio, o da grande memória que retém o que se tornou significativo para o conjunto dos homens. A hermenêutica é o acesso do indivíduo ao saber da história universal, é a universalização do indivíduo.

Já com a hermenêutica ontológica de Heidegger (1889-1976)² e com a hermenêutica da linguagem e da coisa do texto com Gadamer (1900-2002)³ e Ricoeur (1913-2005) tem-se uma hermenêutica que se libertou da razão científico-técnica e denunciou os limites epistemológicos de toda compreensão. A interpretação deixou de ser a busca da verdade essencial para voltar-se para o próprio homem, isto é, *qual o modo de ser desse ser que só existe compreendendo*. Por isso, com Heidegger, a tarefa da hermenêutica é a explicitação desse ente no que se refere ao seu modo de ser. Nesse caso, encontram-se no subsolo da metodologia hermenêutica, no sítio compreensivo do ser que existe compreendendo, o homem. Por isso mesmo, na hermenêutica, não é a história que vem primeiro (Dilthey) ou o texto e o autor (Schleiermacher), mas o ser humano como ser de compreensão. Só quando alguém se compreende como ser numa certa ordem de compreensão é que pode aventurar-se a interpretar porque estará precavido de suas próprias limitações. É a partir desse solo ontológico que a hermenêutica enquanto metodologia deve ser edificada. Por isso, compreender é “poder-ser” porque não se dirige para a representação objetiva de um fato, mas a um modo de ser. Aqui se inverte a relação sujeito-objeto posta pelo paradigma científico. Agora sujeito e objeto se implicam mutuamente porque, na medida em que o sujeito se dá ao objeto no seu conhecimento, o objeto lhe aparece à luz de uma clareira do ser, isto é, um horizonte próprio de sentido. Não obstante Gadamer e Paul Ricoeur sigam as suas próprias intuições no que se refere à hermenêutica, eles se reconhecem devedores de Heidegger, por isso, não se expli-

² Heidegger (2002, Parte I, parágrafos 28-34) e a autoridade brasileira em Heidegger, Macdowell (2008).

³ Remetemos à obra principal de Gadamer, *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (2003). E também a Gadamer (1998), a Rodrigues (2008), Feiler (2008) e Silva Junior, (2008).

citarão as suas posições já que o que interessa aqui é matizar o solo ontológico da hermenêutica como o grande legado à história da interpretação e de sua aplicação hoje, porém, sem estabelecer uma ruptura entre as contribuições da hermenêutica romântica e as da ontológica (Heidegger). Ao contrário, mantendo-as juntas como o arco teórico hermeneuticamente necessário para uma compreensão da realidade hoje.

3. Sobre a aplicação da hermenêutica constitucional de juristas favoráveis ao acordo

De acordo com Riccardo Guastini, “a finalidade de toda doutrina ou ideologia da interpretação é dirigir a atividade dos intérpretes à luz de certos valores a realizar”. (GUASTINI, 2008, p. 59, tradução nossa)⁴. Deste modo, num primeiro momento, para que se possam analisar e expor argumentos hermenêuticos favoráveis ao *Estatuto Jurídico da Igreja Católica* no Brasil, far-se-á necessário abordar e revisar alguns aspectos históricos no que se refere à relação Igreja Católica/Estado na história do Brasil, sob pena de, se assim não se fizer, desconsiderar sustentáculo fundamental para a defesa da constitucionalidade e validade do Acordo.

Oficialmente até a edição do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, a religião católica apostólica romana era a religião oficial do Brasil, condição que perdurou desde a Constituição monárquica de 1824, a qual trazia em seu artigo 5º que: “[...] *A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.*” (BRASIL, 2009). Destarte, o referido decreto promoveu a separação entre Estado e Igreja, desaparecendo a figura do Padroado – o beneplácito que consistia na doação de recursos pelo Poder Público à realização do culto religioso.

Nessa situação, houve um espaço jurídico vazio de mais de um século no que se refere à vida institucional da Igreja Católica no Brasil,

⁴ “La finalidad de toda doctrina o ideología de la interpretación es dirigir la actividad de los intérpretes a la luz de ciertos valores a realizar.” (GUASTINI, 2008, p. 59).

o que é considerável tendo-se em vista o fato de o Brasil ser um país com tradição histórica católica.⁵ Isto é inegável ao se analisar a história nacional, seja sob o olhar político, social ou jurídico, haja vista a imagem do oratório na sala das casas, do crucifixo nas paredes de órgãos públicos, escolas, da capela como centro público de encontros sociais, do catecismo, da primeira comunhão, da crisma, do padre como autoridade social.

Assim, no dia 13 de novembro de 2008, o Brasil assina com o Vaticano, na Cidade-Estado do Vaticano, o *Estatuto Jurídico da Igreja Católica*, o qual tem como um de seus objetivos preencher o vácuo de mais de século no que se refere à relação jurídica oficial entre Brasil e Vaticano.⁶

⁵ Em relação ao aspecto católico na formação da identidade brasileira, quando Portugal lança-se ao mar para conquistar a *Terra Brasilis*, Capistrano de Abreu ressalta que: “Dominava-o de um lado o desejo de alargar as fronteiras do mundo conhecido, de outro a esperança de alcançar um ponto onde fenecesse o poderio do crescente. Talvez aí reinasse Preste João, o lendário imperador-sacerdote; de mãos dadas realizariam a cruzada suprema contra os inimigos hereditários da Cristandade, já expulsos de quase toda a Espanha, mais poderosos que nunca nas terras e mares orientais.” (ABREU, 2000, p. 49). Ademais, o Brasil contabilizava em 2003 o surpreendente número de 130 milhões de fiéis do Catolicismo Apostólico Romano, constituindo a maior população católica do mundo.

⁶ Basicamente o Acordo versa sobre os seguintes tópicos: reconhecimento à Igreja Católica do direito de desempenhar a sua missão apostólica, garantindo o exercício público de suas atividades, observado o ordenamento jurídico brasileiro. Reafirmação da personalidade jurídica da Igreja Católica e de suas instituições. Reconhecimento do patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, comprometendo-se a Igreja Católica a facilitar o acesso a esse patrimônio, salvaguardadas as suas finalidades religiosas e as exigências de sua proteção e da tutela dos arquivos. Assegurar as medidas necessárias para garantir a proteção dos lugares de culto da Igreja Católica e de suas liturgias, símbolos, imagens e objetos culturais, contra toda forma de violação, desrespeito e uso ilegítimo. Comprometimento da Igreja católica, observadas as exigências da lei, a dar assistência espiritual aos fiéis internados em estabelecimentos de saúde, de assistência social, de educação ou similar, ou detidos em estabelecimento prisional ou similar, observadas as normas de cada estabelecimento, e que, por essa razão, estejam impedidos de exercer em condições normais a prática religiosa e a requeiram. Respeito à importância do ensino religioso, em observância ao direito de liberdade religiosa, em vista da formação integral da pessoa, constituindo, o ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil. O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. A garantia do segredo do ofício sacerdotal, especialmente o da confissão

Em referência à polêmica em relação ao *Estatuto*, há que se salientarem alguns pontos preliminares fundamentais para que se possa sustentar sua constitucionalidade. O ponto principal refere-se ao fato de que, ao se tratar da questão da constitucionalidade do Acordo, o que se está analisando é o conteúdo do *princípio da liberdade religiosa (libertas ecclesia)*, especificamente numa comunidade constitucional inclusiva. Em relação a essa liberdade religiosa, Jónatas Eduardo Mendes Machado (1996) afirma:

O discurso teológico exclusivista da *libertas ecclesia* conformou os espaços político e jurídico durante toda a Idade Média. No entanto, a Europa vai assistir a uma alteração deste estado de coisas quando da quebra da unidade político-religiosa da Cristandade. Pode mesmo dizer-se que, para a Europa ocidental, a data relevante para determinar o fim da Idade Média é a Reforma Protestante. (MACHADO, 1996, p. 53).

Assim, o Protestantismo desencadeia um processo que vai mudar os acontecimentos na Europa e no mundo. Há guerras religiosas, o advento do Estado soberano moderno (o qual vai ser visto como solução política para os problemas teológicos), desencadeando assim ideias de tolerância religiosa e de paridade confessional, de liberdade individual e religiosa.

A liberdade religiosa⁷ está prevista na Constituição de 1988, especificamente no seu artigo no artigo 5º, inciso VI, o qual traz expressamente que: “VI – É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”.

sacramental. Garantia de imunidade tributária referente aos impostos, em conformidade com a Constituição brasileira.

⁷ É importante ressaltar, no que se refere à liberdade religiosa, que se trata de uma faculdade de agir e não a positivação de um credo religioso, há, então, uma possibilidade, bastando ao interessado fazer uso ou não dela. Discorrendo sobre a liberdade de religião, John Stuart Mill no *Ensaio sobre a liberdade* cita: “Os grandes escritores a quem o mundo deve a quantidade de liberdade de religião que ele possui, têm, na maioria das vezes, defendido a liberdade de consciência como um direito irrevogável, e negado absolutamente que um ser humano tenha que prestar contas a outros por sua crença religiosa”. (MILL, 2006, p. 25).

(BRASIL, 2010, p. 7). Assim, o princípio da liberdade religiosa, além de garantir a todo indivíduo o direito de escolher e exercer sua religião, dá a ele o direito de também não possuir nenhuma.

Adentrando os posicionamentos dos juristas favoráveis à constitucionalidade do Acordo, Ives Gandra da Silva Martins (2009) ressalta tratar-se de um acordo que segue o mesmo caminho daqueles assinados pela Santa Sé com os demais países, sempre tendo o Brasil reconhecido a soberania da Santa Sé, mantendo lá uma Embaixada e tendo aqui uma Nunciatura Apostólica (Embaixada da Santa Sé).⁸ Neste sentido, Martins (2009) também afirma que o Vaticano:

É, todavia, um Estado na plenitude do Direito Internacional, com representantes diplomáticos em todos os países, assento na ONU e tratados firmados com quase todas as nações desenvolvidas e grande parte dos países emergentes. (MARTINS, 2009, p. 26).

Martins (2009) salienta, assim, que não há que se aceitar a alegação de que o Acordo seja um tratado internacional religioso, tendo em vista o fato de a Santa Sé ter, ao longo do tempo, concluído acordo com a maioria das nações civilizadas. Ou seja, de acordo com o autor, preconceitos “não devem orientar a diplomacia brasileira, que se notabilizou pela convivência pacífica com todas as ideologias, credos, convicções políticas e culturais de todos os povos”. (MARTINS, 2009, p. 27).

Por sua vez, Aleixo (2009) leciona que há grande variedade de vocábulos para designar os entendimentos entre os Estados: acordo, ajuste, concordata, contrato, convenção, convênio, pacto, protocolo, tratado, tendo o Brasil e a Santa Sé escolhido o termo “Acordo” para o documento assinado em 2008, não tendo os Estados optado pelo termo “Concordata”, que em Direito Internacional identifica muitos dos entendimentos bilaterais assinados pela Santa Sé.

⁸ Nesse sentido, o Professor Ives Gandra da Silva Martins continua sua defesa ao Acordo salientando que o Brasil também mantém relações com o Irã (Estado muçulmano), cuja autoridade maior que a do Presidente é um “Aiatolá”, e com os próprios Estados de Israel, cuja religião manteve unido o povo mesmo durante o tempo em que não possuía território, não sendo assim Estado. (MARTINS, 2009).

Ao analisar a constitucionalidade do Acordo, Aleixo (2009) ressalta não atentar o Acordo contra a “laicidade” do Estado Democrático de Direito brasileiro, sendo o documento na verdade bem-vindo, tendo em vista o fato de que propiciará o bem da sociedade, pelo fato de ser a missão religiosa detentora da potencialidade de gerar bem-estar, conforto ao indivíduo, sendo uma colaboração de interesse público. O Acordo não impede que outras religiões atuem livremente no país, não atentando contra o Estado laico, considerando que não há relação de dependência entre os Estados pactuantes, muito menos o Brasil não está estabelecendo culto religioso ou igreja, o que é vedado pelo inciso I do artigo 19 da Constituição. Nesse sentido, José Carlos Brandi Aleixo (2009) lembra que, de acordo com Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet: “a aliança que o constituinte repudia é aquela que inviabiliza a própria liberdade de crença [...] por impedir que outras confissões religiosas atuem livremente no país”. (MENDES; COELHO; GONET *apud* ALEIXO, 2009, p. 28).

Andrada (2009), inicialmente, ressalta tratar-se de um acordo celebrado entre duas pessoas de direito internacional público, detentoras cada uma delas de soberania, soberania essa reconhecida pela “vida jurídica mundial”, de um lado o Brasil com sua soberania, de outro a Santa Sé, também com sua soberania.

Um aspecto fundamental, salientado por Andrada (2009) é a questão de ser o tratado uma realização política, encontra sustentáculo nas práticas diplomáticas da contemporaneidade, mesmo se for observada tal característica pelo fato de ser o Brasil constitucionalmente um Estado laico. O Estado é laico, porém não ateu, a religiosidade de seu povo deve ser reconhecida e respeitada.⁹ No que se refere ao Direito Público, o Acordo reafirma o direito, enquanto entidade religiosa, de possuir seu estatuto, o que objetivará disciplinar suas atividades, havendo no documento referência ao patrimônio histórico e cultural da Igreja, patrimônio esse parte da história nacional; além disso, também aborda a imunidade tributária da Igreja.

⁹ Nestes termos, o Papa Pio XII afirma na Encíclica *Urbi Arcano*: “A Igreja não só reconhece ao Poder Civil o pleno uso de sua soberania, defende uma sã e legítima laicidade do Estado, mas impõe como dever correlativo não se imiscuir, sem justa causa, na direção das coisas estritamente humanas”.

No que se refere à questão do ensino religioso, Andrada (2009) lembra que o Acordo traz, como já tratado pela legislação educacional brasileira, o fato de esse ensino poder ser ministrado dentro de escola pública de modo facultativo, e não obrigatório, desde que não estabeleça nenhuma discriminação em relação às outras religiões.¹⁰

Outra questão interessante abordada pelo Acordo e citada por Andrada (2009) refere-se “ao direito dos ministros e pastores das igrejas de atuarem, em favor do seu culto, sem vínculo empregatício, inspirado na lei que regula o voluntariado [...] bem como ao casamento religioso [...] dando-lhe efeitos civis.”¹¹ (ANDRADA, 2009, 31).

George Augusto Niaradi (2009) lembra inicialmente que os brasileiros constituem a maior população católica do mundo. Assim como os juristas anteriores, favoráveis ao Acordo, Martins (2009), Aleixo (2009) e Andrada (2009), Niaradi (2009) também sustenta o fato de que o Acordo não excluirá as outras religiões globais, mantendo-se o Brasil como um Estado laico. De acordo com o autor, todos os institutos trazidos pelo Acordo refletem o que a Constituição de 1988 já instituiu em seu texto, estando assim em harmonia com a Carta.

Deste modo, percebem-se argumentos jurídicos sólidos, consubstanciados em princípios constitucionais explícitos na CF/88, especificamente o da liberdade religiosa e o da dignidade da pessoa humana.

No que se refere à relação liberdade religiosa/dignidade da pessoa humana, é interessante ressaltar o conceito de Constituição trazido por Eduardo García de Enterría (1988), ao afirmar:

¹⁰ Um outro direito individual trazido pela CRFB/88, o qual também é um incentivo à prática religiosa, é o estampado no artigo 5º, inciso VII “VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;” (BRASIL, 2010, p. 8). Nesse ponto a Constituição também não impõe, apenas faculta, e não estipula um ou outro culto, todos poderão ser praticados, nos termos da lei; a Lei nº 9.982 de 2000 dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares.

¹¹ Isso já está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição, por uma parte, configura e ordena os poderes do Estado por ela construídos; por outra, estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais, assim como os objetivos positivos e as prestações que o poder deve de cumprir em benefício da comunidade. (ENTERRÍA, 1988, p. 49, tradução nossa).¹²

Deste modo, a liberdade religiosa é um direito fundamental que visa preservar a dignidade da pessoa humana, o Estado não pode usar de seu poder para forçar a prática de um credo religioso. O que a Constituição brasileira garante é a liberdade de religião por intermédio do Estado laico, e o Acordo ora tratado é um importante meio de efetivação do referido direito.

Os juristas citados, defendendo a constitucionalidade do Acordo, usam do método hermenêutico neoconstitucional, embasando suas interpretações ao conteúdo jurídico do princípio da liberdade religiosa, levando em consideração a importância da religião na vida do indivíduo e na história nacional, sem se descurar do fato de que a laicidade do Estado não pode ser pretexto para impedir que o Brasil assine tratados com a Santa Sé, como também com qualquer outro Estado que possua religião oficial.

No futuro, o exemplo do Acordo prevendo a criação do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil favorecerá a celebração de acordos semelhantes com outras religiões, aspecto que será benéfico à consagração (no Brasil) desse princípio da liberdade religiosa, princípio esse corolário do Estado laico instituído pela Constituição de 1988.

4. Sobre a aplicação da hermenêutica constitucional de juristas contrários ao acordo

Os juristas Valério de Oliveira Mazzuoli (2009) e Aldir Guedes Soriano (2009) posicionaram-se contra o Acordo do Brasil com a Santa Sé. Interessa-nos aqui examinar as bases hermenêuticas de suas in-

¹² “La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los limites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad.” (ENTERRÍA, 1988, p. 49).

interpretações no arco hermenêutico ocidental como apresentado na primeira seção deste artigo.

A técnica hermenêutica de Mazzuoli evoca a historicidade laica do Estado Brasileiro iniciada em 1890 com o Decreto 119 A¹³, que estabelece a laicidade política do Brasil. Esta é entendida por Mazzuoli como:

[...] a forma de convivência social em que as instituições políticas apenas se submetem à soberania popular (eventualmente exercida pelos representantes do povo ou, mais raramente, pelo próprio povo de forma direta) e não a uma confissão religiosa. (BRASIL, 2010, p. 32).

Posta a base histórica da interpretação, ele evoca agora o direito posto na Constituição de 1988, no Título II, Capítulo I, art. 5º, inciso VI, que diz: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida,

¹³ O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brasil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, decreta: Art. 1º E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas. Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto. Art. 3º A liberdade aqui instituída abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituírem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico. Art. 4º Fica extincto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas. Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o domínio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto. Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminários; ficando livre a cada Estado o arbítrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes. Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário. Sala das sessões do Governo Provisorio, 7 de janeiro de 1890, 2º da Republica. Manoel Deodoro da Fonseca. Aristides da Silveira Lobo. Ruy Barbosa. Benjamin Constant Botelho de Magalhães. Eduardo Wandenkolk. - M. Ferraz de Campos Salles. Demetrio Nunes Ribeiro. Q. Bocayuva.

na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”, e no Título III, Capítulo I, artigo 19, inciso I, que traz:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I. estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. (BRASIL, 2010, p. 14).

Assim, levando-se em conta a separação histórica entre o Estado Brasileiro e qualquer forma de religião a partir de 1890 e o acolhimento dessa posição na Constituição Federal de 1988, conclui-se que o Brasil é um país laico e que o Acordo entre o Brasil e a Santa Sé deve ser visto muito mais como uma concordata do que como Acordo porque privilegia um segmento religioso, o católico, em detrimento dos demais. Portanto, o Acordo é inconstitucional¹⁴ porque o Direito Concordatário, em razão das questões hermenêuticas postas, que é constitucional entre Estados soberanos (mesmo que esses sejam também religiosos, por ex., o Irã), não deve contemplar a Santa Sé já que esta é um Estado exclusivamente religioso.

Uma análise da hermenêutica de Mazzuoli mostra que ele raciocina no plano histórico e no plano literal, mas não no sentido lato, isto é, faz a análise semântica e gramatical da norma, mas realiza a articulação sistêmica de normas que se completam no todo da Constituição Federal. Nesse caso, fica claro que a sua hermenêutica é de natureza regional. Esta é a sua virtude: a valorização da história e da literalidade do texto. Isto mostra o seu vínculo com a tradição hermenêutica clássica, porém, aí está, ao mesmo tempo, a sua limitação. Esta se revela a partir da seguinte questão: uma abordagem histórico-gramatical é suficiente para chegar-se a uma interpretação adequada da questão? Esta pergunta nos leva para o Acordo Brasil/Santa Sé. De maneira interessante, as bases hermenêuticas do

¹⁴ “[...] o Direito Internacional Concordatário é inconstitucional no Brasil pelo sistema de liberdade religiosa da Constituição vigente sistema este que ultrapassa a hierarquia de uma norma internacional por versar matéria de interesse maior.”

Acordo também evocam a relação histórica entre os dois Estados,¹⁵ o Direito Internacional¹⁶ e a Constituição Federal do Brasil¹⁷ para afirmar a constitucionalidade do Acordo. Assim, a hermenêutica histórico-gramatical pode ser usada de ambos os lados com igual força de convencimento. Nesta situação, parece que quem tem mais peso político na questão vence a disputa. Se de um lado Mazzuoli está correto, de outro, as “[...] Altas Partes Contratantes [...]” também consideram que estão e pelos mesmos motivos. Porém, como estas têm mais peso político, acabam por vencer a disputa. Será que este é o limite com o qual a razão hermenêutica terá sempre que terminar as suas querelas, isto é, começar pela discussão e terminar pela força do braço político?

Aldir Guedes Soriano, diferentemente de Mazzuoli, concentra-se em duas particularidades do Acordo Brasil/Santa Sé: o ensino religioso nas escolas públicas e a destinação de espaço público a fins religiosos nos planos diretores das cidades (art. 11, § 1º e art. 14). Trata-se nesse caso de uma interpretação semântica porque visa extrair o sentido do artigo e de suas consequências práticas na sociedade brasileira. Soriano entende que a inconstitucionalidade do Acordo aparece claramente nestes seus dois pontos porque no primeiro caso, o ensino religioso seria católico e, nesse caso, os demais segmentos religiosos seriam discriminados, o que é inconstitucional; e, no segundo caso, de igual modo porque espaços públicos seriam reservados para a Igreja Católica no plano diretor das cidades brasileiras no momento do planejamento de suas expansões.

Entretanto, diferentemente de Mazzuoli, que permaneceu a partir do conteúdo específico do Acordo, Soriano fez uma interpretação semântica deste e daí concluiu por sua inconstitucionalidade. Porém, no que se refere ao ensino religioso, o Acordo traz:

¹⁵ “Considerando as relações históricas entre a Igreja Católica e o Brasil e suas respectivas responsabilidades a serviço da sociedade e do bem integral da pessoa humana [...]”.

¹⁶ “Afirmando que as Altas Partes Contratantes são, cada uma na própria ordem, autônomas, independentes e soberanas [...]”.

¹⁷ “[...] cooperam para a construção de uma sociedade mais justa, pacífica e fraterna [...]”, o que estaria de acordo com o Título III, Capítulo I, art. 19, inciso I, na sua parte final: [...] ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 2010).

Destaque-se “[...] outras confissões religiosas” e “[...] matrícula facultativa [...]” (BRASIL, 2010). Isto põe o Acordo dentro da constitucionalidade porque nos dois casos a laicidade é respeitada, já que nem o Catolicismo é privilegiado em relação às demais religiões nem as pessoas que não professam uma religião estão obrigadas a assistir às aulas de religião. Isto também parece claro no artigo 14: “A República Federativa do Brasil declara o seu empenho na destinação de espaços a fins religiosos, que deverão ser previstos nos instrumentos de planejamento urbano a serem estabelecidos no respectivo Plano Diretor.” (BRASIL, 2010).

Quando o documento diz “[...] que o Brasil declara o seu empenho na destinação de espaços a fins religiosos [...]” (BRASIL, 2010), a interpretação semântica e sistemática do Acordo revela que “religiosos” tem sentido abrangente, isto é, as religiões daquela cidade e não sentido restrito, ou seja, o Catolicismo Romano exclusivamente. Por isso, as declarações de inconstitucionalidade afirmadas por Soriano a partir desses dois artigos não têm sustentação hermenêutica porque decorrem de uma percepção muito reducionista do Acordo. Nesse caso, convém perguntar-se pelas razões inconscientes de Soriano para interpretar de modo limitado um texto que parece não deixar transparecer o que ele viu. Talvez possa ser um preconceito, isto é, uma ideia negativa da religião. Sendo isto ou não, seria importante afirmar aqui que os preconceitos tendem a impedir uma hermenêutica clara dos fatos porque o grau de comprometimento da pessoa para com a posição adversa a impede de decifrar aqueles elementos que ela já desclassificou de antemão, por isso, mesmo que eles estejam presentes, não serão percebidos. Isto significa que,

às vezes, interpreta-se como se quer e não a partir do objeto. Embora isso relembre que a implicação nunca é de todo eliminada na interpretação, é necessário que se conheçam, pelo menos em parte, aqueles elementos que tendem a obscurecer a compreensão.

5. Conclusão

Por intermédio do presente artigo, pode-se perceber, em poucas linhas, a questão da liberdade religiosa, a questão do Estado laico no Brasil, a necessidade de se considerar o aspecto religioso como uma faceta da vida dos indivíduos, principalmente em se tratando de um país com uma população tradicionalmente religiosa. Esses são temas ainda por serem resolvidos na sociedade brasileira.

Um aspecto fundamental é não se esquecer da força do enfoque religioso na formação da identidade nacional, outra é a necessidade de estudos sérios sobre a questão da liberdade religiosa e da interpretação constitucional no que se refere a tal aspecto.

O Brasil instituiu um Estado laico desde a Constituição republicana de 1891, isto é sabido. Todavia, o fato de ter instituído um Estado laico não retirou a possibilidade de o Estado celebrar acordos com a Santa Sé ou com Estados com religião oficial, sob pena de se discriminarem aqueles que possuem religião oficial, o que contraria os postulados do Estado Democrático de Direito.

Do trabalho, percebem-se argumentos frágeis por parte dos defensores da inconstitucionalidade do Acordo, amparados pelo simples fato de que estão pactuando o Brasil e a Santa Sé, sem se preocuparem, seriamente, com o enunciado do Acordo, o qual trata daquilo que já está previsto na Constituição de 1988, não havendo nenhum ponto de inconstitucionalidade em seus enunciados.

O Acordo é benéfico no sentido de que garante o exercício da prática religiosa católica no Brasil, sem se desconsiderar o fato de que, futuramente, o país também poderá e, até deve, celebrar acordos desse tipo com outros Estados visando à garantia da prática religiosa, o que é saudável e está em harmonia com o princípio da liberdade religiosa.

Preconceitos não podem ditar os rumos da diplomacia e da política brasileira, conforme salientado, o Estado é laico, não ateu, a religião é um fator importante na construção da identidade nacional e deve ser preservada enquanto meio para se garantir a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de promover o bem de todos, o que são, inclusive, objetivos da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 3º da CF/88.

6. Referências bibliográficas

ABREU, João Capistrano de. *Capítulos de História Colonial 1500-1800*. Coleção Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro da Folha de S. Paulo. São Paulo: Publifolha, sob licença da Editora Itatiaia Ltda., 2000.

Católica no Brasil. 2008. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/documentos/integra-do-acordo-entre-o-brasil-e-o-vaticano/>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

ALEIXO, José Carlos Brandi. O acordo entre o Brasil e a Santa Sé. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIII, n. 305, p. 28-29, 30 set. 2009.

ANDRADA, Bonifácio de. O acordo Brasil-Santa Sé e o direito brasileiro. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIII, n. 305, p. 30-31, 30 set. 2009.

BRASIL. Constituição (1824) *Constituição política do império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10 dez. 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1988.

FEILER, A. F. Da verdade conceitual à dança perspectiva. Considerações para além do dito e do não dito. SIMPÓSIO TEOLÓGICO FILOSÓFICO – A virada hermenêutica na filosofia e na teologia, 4., 2008, Belo Horizonte. Belo Horizonte: FAJE, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GADAMER, H. G. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GREISCH, J. *L'age herménéutique de la raison*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1985.

GREISCH, J. NEUFELD, K. THEOBALD, C. *La crise contemporaine: du modernisme a la crise des herménéutiques*. Paris: Beuchesne, 1973.

GRONDIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUASTINI, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Parte I.

KONINGS, Johan. *A Bíblia nas suas origens e boje*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

MACDOWELL, J. A. A. A. *Sentido e repercussões da hermenêutica heideggeriana*. SIMPÓSIO TEOLÓGICO FILOSÓFICO – A virada hermenêutica na filosofia e na teologia, 4., 2008, Belo Horizonte. Belo Horizonte: FAJE, 2008.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O estado brasileiro e a Santa Sé. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano XIII, n. 305, p. 26-27, 30 set. 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A inconstitucionalidade das concordatas no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano XIII, n. 305, p. 32-33, 30 set. 2009.

MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 2006.

NIARADI, George Augusto. O estado laico na dinâmica das relações internacionais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XIII, n. 305, p. 36-37, 30 set. 2009.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Vade mecum*. 9. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de projetos de pesquisa. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

RODRIGUES, S. M. *O ser que pode ser compreendido é linguagem*. SIMPÓSIO TEOLÓGICO FILOSÓFICO – A virada hermenêutica na filosofia e na teologia, 4., 2008, Belo Horizonte. Belo Horizonte: FAJE, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SILVA, Juscelino. *As paixões da alma na ética aristotélica*: genealogia, natureza e finalidade. 2008. Monografia (Bacharelado em Filosofia) – Escola de Filosofia, Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, 2008.

SILVA JUNIOR, S. M. *Os interpretantes e a abertura do sentido*. SIMPÓSIO TEOLÓGICO FILOSÓFICO – A virada hermenêutica na filosofia e na teologia, 4., 2008, Belo Horizonte. Belo Horizonte: FAJE, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SORIANO, Aldir Guedes. Aspectos inconstitucionais do acordo Brasil-Santa Sé. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano XIII, n. 305, p. 34-35, 30 set. 2009.

(Autores Convidados)

DIREITO PENAL DO INIMIGO: ALTERNATIVA DE EFICÁCIA DO SISTEMA REPRESSIVO COMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

MARCELO CUNHA DE ARAÚJO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre e Doutor em Direito;
Professor do curso de Direito da PUC-MG;
Pesquisa Financiada pelo FIP – PUC-MG.

RESUMO: A teoria do Direito penal do inimigo, apresentada originalmente por Günther Jakobs, tem sofrido, no Brasil, críticas de diversos autores, podendo-se dizer, inclusive, que não é bem aceita pelos juristas nacionais. Não há, entretanto, na doutrina pátria, trabalhos que abordem as questões fundantes da teoria e mesmo apresentem alternativas de eficiência à evidente impunidade que se apresenta a todo cidadão. O presente artigo visa a estudar os pontos centrais da perspectiva do Direito penal do inimigo, suas críticas e, principalmente, a responder ao questionamento a respeito de eventual escolha, na prática, de um “inimigo do sistema criminal brasileiro”. A partir da resposta apresentada, torna-se possível perquirir se essa escolha é compatível com os ditames constitucionais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal do inimigo; Günther Jakobs; sistema criminal brasileiro.

ABSTRACT: Günther Jakobs is the creator of a theory that is very studied in Brazil: the “Enemy Criminal Law” (*Feindstrafrecht*). Despite the criticism, some of his thoughts and institutes constitute a reasonable description of the reality of the Brazilian Criminal System. The choice of the “enemy”, however, is very problematic when the interpreter takes the Brazilian Constitution on account.

KEY WORDS: Enemy Criminal Law; *Feindstrafrecht*; Günther Jakobs; Brazilian criminal system.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características básicas do Direito penal do inimigo. 3. Considerações sobre o Direito penal do inimigo. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A concepção originalmente alemã do *Direito penal do inimigo* tem sido exaustivamente tratada em diversos artigos e obras de juristas brasileiros. Apesar do debate acerca do tema, poucos avanços têm se apresentado na doutrina e na jurisprudência nacional em relação à mencionada teoria. Tal se dá, em linhas gerais, pelo fato de o “debate” ocorrer, basicamente, pelo mero rechaço da teoria em virtude de sua suposta “total e completa” inadequação ao sistema democrático brasileiro.

O presente artigo busca, por seu turno, apresentar inicialmente a teoria do Direito penal do inimigo e, em seguida, efetuar questionamentos inéditos a respeito do tema. Em primeiro lugar, cabe a pergunta, apenas detectada pelo operador habitual do sistema criminal, a respeito da aplicação prática do Direito penal do inimigo, independentemente de sua aceitação teórica como elemento compatível com o Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a despeito da aceitação da teoria do Direito penal do inimigo pelos juristas brasileiros, ela é aplicada na prática?

Além desse questionamento inicial, torna-se relevante perquirir-se se a teoria do Direito penal do inimigo é totalmente imprestável ao Estado Democrático de Direito, como afirmam a maioria dos autores que se debruçam sobre o tema, ou se há algo na doutrina que se pode aproveitar à realidade brasileira.

Nesse diapasão, o presente trabalho pretende, mais do que repetir a vetusta e vergastada exposição sobre as características do Direito penal do inimigo e sua (in)adequação, apresentar ao leitor novos

questionamentos sobre a teoria e seus limites de aplicabilidade à realidade brasileira.

2. Características básicas do Direito penal do inimigo

Para a apresentação da teoria do Direito penal do inimigo, tomamos como obra basilar e marco teórico a publicação conjunta de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2003) intitulada *Derecho penal del enemigo*. Nessa publicação os autores apresentam, de forma sistemática, a teoria, inclusive apontando críticas lançadas e respostas possíveis. Cabe a ressalva de que a visão dos co-autores não é idêntica, o que fica claro na parte do texto de autoria de Meliá, em que se percebem diversas críticas às ideias originárias de Jakobs. Meliá, apesar de escrever em conjunto com Jakobs em virtude de bolsa de pesquisa desenvolvida em 2002 na universidade de Bonn, possui visão nitidamente distinta da aplicabilidade e da sustentabilidade do conceito de Direito penal do inimigo.

A primeira explicitação de Jakobs (2003, p. 21-22), quando apresenta a teoria do Direito penal do inimigo, refere-se ao fato de que a distinção entre direito penal do cidadão e do inimigo não se dá de forma plena e excludente, sendo mais pertinente falar-se na distinção para fins didáticos, uma vez que não há possibilidade de separação plena entre essas esferas. O que se nota, porém, é que, em momentos diferenciados de um Direito Penal único, o autor de crime é tratado como *pessoa*, e em outros, como *fonte de perigo*.

Feita a necessária ressalva, o catedrático da Universidade de Bonn apresenta as bases de sua teoria afirmando que a pena é, em princípio, *coação*. Essa coação, em primeiro lugar, pode ser entendida como *portadora de significado jurídico*. Nesse sentido, quando uma pessoa racional comete um ato (fato penal) em contrariedade à norma, há um ataque à sua vigência. A pena, por seu turno, significa que a afirmação do autor (de não vigência da norma) é irrelevante e que a norma segue vigente, mantendo-se a configuração social. Assim, tanto o fato como a coação penal serão tidos como meios de interação simbólica, e o autor é tomado a sério como pessoa, uma vez que é necessário contradizer seu feito. (JAKOBS, 2003, p. 23).

Além do caráter simbólico, a pena não apenas significa algo, mas também produz fisicamente algo (no real), excluindo o preso da convivência social por meio de seu enclausuramento (prevenção especial negativa). Segundo Jakobs (2003, p. 24), “en esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”. Esse “aseguramiento” seria claramente verificado, por exemplo, nos casos de medida de segurança que se calca, em suma, na periculosidade do agente, e não na afirmação da norma em caráter simbólico dirigida a um ser racional.

Sem adentrarmos ainda nos limites da conceituação de pessoa e indivíduo de Jakobs, temos que, para esse autor, “en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación” (JAKOBS, 2003, p. 24)¹.

Traçadas essas linhas iniciais, Jakobs adentra no estudo dos filósofos contratualistas e observa que, mesmo em suas concepções iniciais do contrato social, já havia a figura daquele que poderia ser considerado como o inimigo. Nessa linha, o penalista informa que

¹ Note-se que tal exposição se coaduna com os clássicos fins da pena adotados pelo dogmatismo penal, conforme aponta Jochen Bung (2006, p. 117-119): “Não se pode contrariar Jackobs quando ele destaca não ser suficiente conceituar a norma penal apenas na sua relação com o potencial agente, pois a relação com os potenciais atingidos pela lesão normativa também faz parte da norma, evidentemente. A validade da norma é uma relação triangular entre o violador da norma, o atingido pela violação da norma e a própria norma. Analiticamente, resulta da mencionada triangulação que a expectativa de que a violação da norma continue limitada a casos isolados também pertence à própria validade da norma. Disso resulta para Jackobs ‘que a validade da norma pode ser lesionada não apenas pela violação da norma, como também genericamente por meio de cada lesão da confiança do atingido na norma, não importa por quais vias isto ocorra [...]. A vigência de uma norma não se deixa determinar exclusivamente na relação com o potencial agente violador, mas sim em uma relação triangular, que contém a possível violação da norma e a expectativa ou confiança de que tal violação ocorreria apenas excepcionalmente. Essa triangulação é a razão pela qual a prevenção geral negativa, como finalidade da pena, representa uma redução de perspectivas. A maioria não precisa ser intimidada, mas quer ter confirmadas ou fortalecidas suas expectativas de que sua confiança na vigência da norma é fundamentada. Quando se pune, tal ocorre também, sobretudo para a confirmação desta expectativa. Esta é, essencialmente, a teoria da prevenção geral positiva”.

Rousseau tinha que qualquer malfeitor que atacasse o direito social deixaria de ser um membro do Estado, visto que estaria em guerra com ele, devendo morrer mais como inimigo que como cidadão. Também Fichte falaria de modo similar ao afirmar que quem abandona o contrato cidadão, no sentido estrito, perde todos os seus direitos de cidadania e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos. Logo, segundo Fichte, devido à falta de personalidade, a execução criminal não se baseia em uma pena, mas num instrumento de segurança. Dessas linhas iniciais, Jakobs (2003, p. 27-28) já apresenta uma primeira conclusão: “ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder”.

O autor, entretanto, faz a ressalva de que não se pode admitir plenamente, como o fizeram os citados pensadores, a ausência de Direito ao inimigo.

En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su status como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho. (JAKOBS, 2003, p. 28).

Essa era a posição de Hobbes, quem explicitava que o cidadão não pode, por si mesmo, eliminar seu *status*, exceto em casos de rebelião ou de alta traição, uma vez que a natureza deste crime está na rescisão da submissão ao Estado de Direito, recaindo no estado de natureza. Este seria castigado não como súdito, mas como inimigo. Kant, por seu turno, aprofunda o problema afirmando:

toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana. [...] ‘Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y

me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa (facto), sí por la ausencia de legalidad de su estado (statu iniusto), que me amenaza constantemente, y le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad'. En consecuencia, quien no participa en la vida en un 'estado comunitario-legal' debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se puede 'tratar', como anota expresamente Kant, 'como un enemigo'. (JAKOBS, 2003, p. 30-31).

Com base nesses filósofos contratualistas, Jakobs (2003, p. 32) conclui que certamente o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente no cometimento de delitos, visto que, “a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad”.

Este Direito penal do inimigo, em contraposição ao Direito penal do cidadão, é caracterizado pela pura coação física, pelo aspecto real e fático voltado à eliminação do perigo, e não pelo caráter simbólico que pressupõe destinatários racionais os quais compreendem e tomam a norma como portadora de significado. Nesse diapasão,

El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio:

incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias. (JAKOBS, 2003, p. 33).

Seguindo esse raciocínio, Jakobs (2003, p. 34) aprofunda os conceitos basilares da teoria do Direito penal do inimigo: a personalidade real e a periculosidade fática. Nesse intento, o autor começa explicando que “no existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado”. Assim, quando o homem se encontra em um “estado de natureza”, não há sentido falar-se em cometimento de delitos. Estes, em verdade, não são o princípio do fim da comunidade ordenada, senão um “deslize reparável, uma irritação”. Justamente por esse motivo, segundo o Professor estudado, Rousseau e Fichte consideravam o criminoso comum como um cidadão, e não como um inimigo a destruir-se.

Logo, considerando-se que as normas necessitam de ordem para sua existência, podemos entender que “del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera completamente contrafáctica, tampoco la personalidad” (JAKOBS, 2003, p. 36), complementando que a personalidade de um autor de um fato delituoso não pode manter-se de modo puramente contrafeito, sem nenhuma corroboração cognitiva, até mesmo porque a “personalidade” é, antes de mais nada, uma norma.

Nessa trilha, muitas normas do Direito Penal baseiam-se, ainda que não explicitamente, no fato de que um comportamento pessoal desenvolvido de maneira duradoura (e – ou – grave) acaba por diminuir a disposição de tratar o delinquente como pessoa, por exemplo, nas custódias em medidas de segurança e nas novas tratativas legislativas (chamadas na legislação alemã como “luta”) da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso dos delitos sexuais e mesmo outras infrações penais perigosas. Nesses casos, Jakobs (2003, p. 40-41; 47-48) afirma que se pretende combater indivíduos que

se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la ga-

rantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de Kant entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acaba de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. [...] Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. [...]

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. [...] Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos.

Assim, o exemplo mais claro dessa diferenciação se dá no caso do tratamento a terroristas, já que, por definição, seriam esses os que rechaçam a legitimidade do ordenamento jurídico e perseguem a destruição dessa ordem. Essa distinção, antes de se configurar como teórica ou filosófica, resulta de uma necessidade fática de eliminação de grandes perigos.

Nesse sentido, o Direito Penal conhece, hodiernamente, duas tendências distintas:

Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo puede constituir el trato dada a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21 StGB²), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás [...] de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina ‘pena’. (JAKOBS, 2003, p. 42-43).

A mesma polarização, segundo o autor, pode ser encontrada no Direito Processual Penal. Nesse sentido, temos que o “sujeito processual” pode fazer provas, assistir a interrogatórios, não ser coagido etc. (§ 136 a StPO³). Noutro giro, diversamente do lado pessoal de “sujeito processual”, muitas vezes há uma coação pura e física, como nos casos de prisão preventiva (§§ 112, 112 a StPO), de medida de segurança, de extração de sangue (§ 81 a StPO), medidas de supervisão não comunicadas previamente ao investigado (p.ex. o sigilo das telecomunicações - § 100 StPO). Nesses casos, “al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que *estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado*”. (JAKOBS, 2003, p. 45 – grifo nosso).

Interessante afirmar que alguns dos casos aqui citados (veja abaixo, a título ilustrativo, a previsão da total incomunicabilidade do preso

² StGB: *Strafgesetzbuch* – Código Penal Alemão.

³ StPO: *Strafprozeßordnung* – Código de Processo Penal Alemão.

acusado de terrorismo) do Direito Processual Penal alemão (aceitos amplamente pela doutrina e jurisprudência desse país) seriam considerados como inconstitucionais pela atual ótica excessivamente garantista⁴ brasileira (garantismo extremado). Fica claro, na hipótese, por exemplo, do terrorismo, a existência de um espectro que vai desde o garantismo absoluto (Direito penal do cidadão absoluto) ao Direito de guerra (Direito penal do inimigo absoluto) em que cada Estado deva se colocar em relação aos diversos tipos de criminalidade. Soluções do tipo “tudo” ou “nada”, para todos os casos (que são usualmente utilizadas pelo legislador e judiciário brasileiros), são flagrantemente inadequadas ao enfrentamento dos problemas reais da atualidade. Nessa trilha, podemos perceber a questão da “guerra ao terror” que precisou ser enfrentada (no real e na normatividade) pelos Estados Unidos e pela Europa:

De nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar una referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§§ 31 y ss. EGGVG⁵). Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos de 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento de que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento – y sólo hasta el momento – no ha sucedido nada

⁴ A denominação garantismo foi consolidada classicamente a partir da obra *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli. No presente artigo, utiliza-se da expressão “garantismo extremado” para se referir a correntes doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras que, na visão do autor, sobrelevam exageradamente as garantias individuais em detrimento da mínima possibilidade de eficiência do sistema criminal. Não se pretende, no presente artigo, aprofundar sobre os méritos e exageros da doutrina garantista brasileira.

⁵ EGGVG - *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz* – Lei de Introdução aos atos da Magistratura.

comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros - ¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra? – muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra. (JAKOBS, 2003, p. 45-46).

Nesse amplo espectro em que o Direito pode se situar, o Estado pode, pontualmente, proceder de dois modos distintos com os delinquentes: pode ver neles pessoas que cometeram um erro ou indivíduos que necessitam ser impedidos, mediante coação, para que não sigam no intento destrutivo do ordenamento jurídico. “Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado”. (JAKOBS, 2003, p. 47).

3. Considerações sobre o Direito penal do inimigo

Muito tem sido dito no Brasil e no mundo sobre o Direito penal do inimigo. Como o próprio Jakobs afirmou em sua obra, há inúmeros juristas que demonizam a construção teórica. Existem algumas considerações, entretanto, que não permeiam a argumentação daqueles que estudam a teoria. Nesses pontos, ainda não debatidos, gostaríamos de traçar nossos breves apontamentos.

Em primeiro lugar, após anos de dedicação à prática no sistema criminal brasileiro como Promotor de Justiça, cabe a verificação evidente que o construto de Jakobs é uma teoria muito mais da ordem do descritivo fenomenológico do que da do prospectivo deontológico. Ao expor suas considerações, Jakobs parte de uma construção teórica (basicamente agrega sua base da teoria dos sistemas e do funcionalismo sistêmico aos filósofos contratualistas) para estudar e verificar a possível legitimidade de decisões políticas reais em vigor na Alemanha (por exemplo, nas prisões preventivas, nas medidas de segurança, interceptações de telecomunicações, combate ao terrorismo etc.).

Verifica-se, assim, que Jakobs não apresenta uma “proposta” de nova bipartição do Direito Penal em Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo. O que ele explicita claramente em sua obra (e pode ser conferido, *ipsis literis*, nos trechos citados do próprio autor no decorrer do artigo) é que, em determinados momentos (e.g. prisão preventiva ou medida de segurança) ou áreas de atuação do sistema criminal (e.g. combate ao terrorismo), o Direito Penal legal, legítimo, constitucional e aceito pela comunidade jurídica possui institutos que só se justificam por uma distinção pautada na diferença de expectativas entre diferentes destinatários das normas.

Nessa trilha, não perguntam os alemães acerca da suposta inconstitucionalidade das normas legais que preveem a punição dos atos preparatórios (sem a necessidade de atos executivos) para os integrantes de uma associação terrorista (§ 129 a StGB), a prisão preventiva (§§ 112, 112 a StPO), a extração de sangue contra a vontade do réu (§ 81 a StPO), as medidas de supervisão não comunicadas previamente ao investigado (p.ex. o sigilo das telecomunicações - § 100 StPO) ou mesmo a incomunicabilidade do preso (ficando sem acesso ao advogado - §§ 31 e ss. EGVGG). Essas normas exemplificadas por Jakobs são aceitas, aplicáveis e aplicadas pela comunidade jurídica alemã. Em sua teoria explicativa, o catedrático de Bonn apenas desenvolve um construto teórico para verificar quais são os parâmetros discursivos que fazem com que a comunidade jurídica considere, na prática, como legítimos, tratamentos tão diferenciados em relação aos acusados.

Nesse sentido, podemos fazer uma indagação extensível ao sistema criminal brasileiro: existe alguma possibilidade de um sistema criminal atuar, na prática, sem a distinção entre normas fulcradas no Direito penal do inimigo e do cidadão? Isso nos leva à extensão: na práxis criminal brasileira, há normas embasadas no Direito penal do inimigo? Essas normas têm características comuns que nos permitam identificar os momentos e os grupos eleitos como “inimigos”? E, por fim, conhecendo suficientemente a eleição dos inimigos “reais”, poderíamos problematizar essa escolha?

Note-se, mais uma vez, que, apesar de possuímos fundamentos filosóficos diversos dos de Jakobs⁶, com ele concordamos em uma série de pontos. O primeiro deles e mais merecedor de destaque refere-se ao fato de que não tomamos o direito como uma ciência neutra que permite uma evolução de um estado menos avançado da sociedade para outro patamar mais evoluído.

Nesse ponto, tomamos as lições de Luhmann e de De Georgi (1993, p. 200-201), que constituem, indubitavelmente, parte do paradigma fundante da teoria do funcionalismo sistêmico penal de Jakobs:

[...] la teoría de la evolución no es una teoría del progreso. Admite, con una actitud igualmente de desdago, tanto la emergencia de los sistemas como su destrucción. [...] no es plausible que se diga considerando la especialización como una especie de polo de atracción evolutiva que hará posible – no se sabe cómo – la diferenciación de competencias, roles, organizaciones y sistemas cada vez más específicos.

Nota-se que a visão de evolução de Luhmann, diferentemente de alguns sociólogos, não significa a passagem de um estado pior (ou menos evoluído) para outro melhor (ou mais evoluído). Evolução, para Luhmann, é, tão somente, a aplicação do código pelo sistema repetida e incessantemente. Os caminhos que tomam essa repetição autopoietica não são determinados pelo ambiente e constituem evolução sem significar a passagem de um estado de *minus* para um *majus* evolutivo.

⁶ Nossa visão do Direito parte de uma perspectiva discursiva não jurídica (representações sociais de grupos com interesses próprios) que só ganha sentido pleno através de seu estudo fenomenológico. Em virtude de não ser objetivo do artigo expor a nossa visão do fenômeno jurídico (e sim a de Jakobs), remetemos o leitor aos seguintes trabalhos: Fundamentos filosóficos do Sistema Penal como embaixadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num Direito Penal do autor. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 874, p. 429-444, 2008; Corrupção e Irritação das Decisões Judiciais sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Belo Horizonte, *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, v. 7, n. 13 e 14, 2004; Sistema Criminal e Ética na Modernidade Contemporânea: problemáticas de atuação crítica em um sistema poiético e perverso. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 884, p. 413-432, jun. 2009, e nossa obra *Só é preso quem quer: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasport, 2010.

Dessa feita, perde todo e qualquer sentido falar-se em um princípio subjacente a qualquer ordenamento, denominado no Brasil de “princípio do não retrocesso”, também chamado de “aplicação progressiva dos direitos sociais”. Pautado na importância do reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, tal princípio parte, como qualquer construção retórica que impende à garantia dos direitos de um determinado grupo de interesses, de uma ideia razoável e acertada, chegando a conclusões desapegadas da lógica. Assim, conforme ensina magistralmente Canotilho (1998, p. 221):

[...] perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República⁷.

Nessa trilha, partindo-se da concepção totalmente razoável de que a dignidade da pessoa humana é a base do sistema normativo, chegue-se a conclusões desarrazoadas (obviamente, pelo interesse de grupos), de que constitui em preservação de patrimônio jurídico da “humanidade” o puro e simples aumento de direitos do acusado frente ao Estado – em detrimento da sociedade de se ver livre de riscos e dos danos sociais inerentes.

Interessante notar que a própria denominação do “princípio do não retrocesso” não os restringe aos direitos fundamentais individuais em detrimento dos sociais e coletivos. Entretanto, no Brasil atual, consideram os juristas, pela qualidade intrínseca do emissor da mensagem, que apenas os direitos do réu podem ser considerados como respeitadores da imaginária norma do “não retrocesso”. O interesse da vítima ou da coletividade em ver apurados os delitos e punidos seus autores, entretanto, por uma “obviedade” apenas enxergada pelos partidários da corrente garantista extremada, é catalogada como ofensiva ao “não retrocesso”.

⁷ Interessante apontar até mesmo na passagem do emérito Professor português que o conceito de “homem”, antes de se tratar de algo “achado na natureza”, refere-se, assim como assinalou Jakobs, a uma norma jurídica (personalidade como conceito normativo).

Por conseguinte, as críticas ao Direito penal do inimigo que, como na maioria dos artigos brasileiros que se propõem a analisar a teoria, baseiam-se numa ofensa abstrata aos “direitos fundamentais” como um todo⁸ ou no “princípio do não retrocesso” (dito de forma explícita ou não) não conseguem ultrapassar um nível mínimo de discursividade a permitir uma construção dialógica. Não respondem às perguntas simples, por exemplo, colocadas no presente artigo (se é possível um sistema criminal existir sem a distinção proposta por Jakobs; e se o sistema criminal brasileiro, na prática, opera com tal distinção), preferindo se colocar, numa distância segura, alheios à realidade. Percebe-se, assim, em diversos artigos escritos sobre o tema, afirmações calamitosas como “O Direito Penal talvez nunca tenha sido tão ameaçado quanto nos atuais tempos” (DELMANTO JÚNIOR, 2008, p. 453) ou “o equilíbrio entre o direito e a política nunca se fez tão importante quanto nesse momento de emergência penal, em que se reclama ações imediatas do Estado no combate à criminalidade”. (MACHADO, 2009, p. 130)⁹.

Calcados na lógica prospectiva da proibição do retrocesso, vários artigos pautam suas considerações à teoria de Jakobs nesse “perigo de haver um futuro nefasto” em que o convite à exceção do Direito penal do inimigo se estenderia a todo o campo do Direito penal

⁸ A amplitude e o viés desses direitos dependem, obviamente, de quem, qual momento e qual interesse está sendo defendido.

⁹ A ideia de “momento de encruzilhada” entre um Direito Penal de preservação das aquisições da evolução histórica da humanidade (princípio do não retrocesso) e o retorno ao passado de um Estado policial nazifascista é verificada em vários artigos. Citamos, como exemplo, Busato (2007, p. 316-317): “Vivemos em um momento em que o Direito penal deparou-se com uma encruzilhada. A dimensão política e a contundência que são suas características levaram-no a converter-se em um instrumento de permanente utilização por parte dos detentores do poder, como forma de, a um só tempo, responder a uma induzida sensação de insegurança social e demarcar claramente os espaços sociais correspondentes a distintas classes de pessoas. Tudo em obediência a interesses de discursos que transformaram a ideia de risco em ponto de referência para a organização político-criminal, gerando o que se convencionou chamar de Direito penal do inimigo, ou Direito penal do terror. Quiçá a própria banalização da violência em tempos modernos tenha contribuído para a abertura deste espaço ou, por outro lado, também pode ser que o emprego institucionalizado de um instrumento de controle mais violento tenha estimulado a prática de mais violência. O que veio primeiro nesse círculo vicioso é coisa indefinível. O certo é que, cada vez mais, estamos nos batendo contra um inimigo oculto, que não sabemos exatamente quem é, e que ao final, pode ser identificado como nós mesmos”.

do cidadão. Vale a citação de trechos de trabalhos que denotam a afirmação:

O caos instaurado nos sistemas de segurança pública contemporâneos desemboca no aparecimento do estado de emergência penal. Emergência esta que não se liga ao conceito de crise, mas sim para algo que repentinamente surge, desestabilizando o status quo, desafiando os padrões normais de comportamento e a manutenção das instituições sociais e políticas. [...] Por sua vez, Ferrajoli afirma a existência de duas espécies simultâneas de emergência: a primeira se refere à legislação de exceção no tocante à Constituição e às alterações legislativas dos procedimentos criminais; já a segunda, de volta à jurisdição de exceção degradada face à legalidade alterada. [...] Fato é que a política, aproveitando a eficiência do discurso de ‘guerra à criminalidade’, termina por disseminar o pensamento de que na busca pela segurança social deve-se abdicar enquanto durar o estado de emergência de algumas liberdades individuais. Entretanto, essas medidas, ditas temporárias, aos poucos terminam por se infiltrar nos ordenamentos, retirando as liberdades civis dos cidadãos sem que estes se dêem conta. (MACHADO, 2009, p. 117; 127-128).

Isso fica claramente demonstrado em nosso país como as legislações próprias de emergência, que visam ‘acalmar’ a população ou ‘conter’ um determinado tipo de criminalidade, porém, trazem sob um manto cinzento a supressão de direitos e garantias fundamentais preconizados na Carta Política. Veja-se, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, onde o caráter publicitário ganhou força, porém, não se demonstrou uma efetividade com a edição da referida lei. [...] Assim, a contaminação de uma legislação de exceção referida no início deste trabalho é clara em determinadas leis [...]. Infelizmente a desordem do Estado tem proporcionado a abertura destes novos caminhos que não se coadunam com um Estado Democrático de Direito e caberá aos operadores do direito a leitura correta das leis vigentes, mas sem eficácia diante de nossa Carta Política. (CALLEGARI; MOTTA, 2008, p. 467; 469).

As pessoas envolvidas com as drogas, olhadas e etiquetadas como usuário/dependente e traficantes são tratadas como inimigos. Perdura-se um estado bélico contra os que não se encaixam no modelo das “pessoas de bem”. O discurso martela que as guerras são cirúrgicas, assépticas e que só tem inimigos como

alvos. Quem é o inimigo? O enfoque da nova legislação alimenta a lógica de que é o ser humano, um não-cidadão diminuído em seus direitos e garantias. É o que Jakobs determina como Direito Penal do Inimigo. Por esta vertente o Direito Penal é justificado por um perene estado de emergência, transformando-se o Direito Penal em espécie de Direito de Guerra. Não é surpresa, mas sim uma obviedade que o substrato que leva ao desenvolvimento do Direito Penal do inimigo provoca o surgimento do Processo Penal do inimigo. Ambas as facetas (penal e processual) estão muito bem agasalhadas na Lei 11.343-06. O substancial aumento de pena privativa de liberdade para o ‘traficante’, a criação de novos tipos penais e a vedação de direitos contemplados na Constituição Federal são a síntese do esqueleto legislativo. (BIZZOTTO; RODRIGUES, 2007, p. ix).

Sem a pretensão de exaurir todo e qualquer artigo escrito no Brasil sobre o Direito penal do inimigo, apresentamos, neste momento, um consolidado que visa a demonstrar o teor das considerações que os juristas nacionais costumeiramente fazem sobre a teoria.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2005, p. 3-4) elenca diversas críticas à tese do Direito penal do inimigo. Verifique-se que todas embasam-se numa concepção não jurídica de que os juristas “conhecem o melhor caminho de evolução da humanidade”. Seriam elas:

- a. O que Jakobs denomina Direito Penal do inimigo [...] é nada mais que um exemplo de Direito Penal do autor [...];
- b. se Direito Penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que ‘Direito Penal do cidadão é um pleonismo, enquanto Direito Penal do Inimigo é uma contradição’. [...];
- c. não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas [...];
- d. é um Direito Penal prospectivo, em lugar do retrospectivo Direito Penal da culpabilidade (historicamente encontra ressonância no positivismo criminológico de Lombroso, Ferri e Garófalo ...);

e. o Direito Penal do inimigo não repele a ideia de que as penas sejam desproporcionais, ao contrário, como se pune a periculosidade, não entra em jogo a questão da proporcionalidade (em relação aos danos causados);

f. não se segue o processo democrático (devido processo legal), sim, um verdadeiro procedimento de guerra; mas essa lógica “de guerra” (de intolerância, de “vale tudo” contra o inimigo) não se coaduna com o Estado de Direito;

g. perdem lugar as garantias penais e processuais;

h. o Direito Penal do inimigo constitui, desse modo, um direito de terceira velocidade, que se caracteriza pela imposição da pena de prisão sem as garantias penais e processuais;

i. é fruto, ademais, do Direito Penal simbólico somado ao Direito Penal punitivista (Cancio Meliá). A expansão do Direito Penal [...] é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito Penal “do legislador” é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como “produto” o tal de Direito Penal do inimigo;

j. as manifestações do Direito Penal do inimigo só se tornaram possíveis em razão do consenso que se obtém, na atualidade, entre a direita e a esquerda punitivas (houve época em que a esquerda aparecia como progressista e criticava a onda punitivista da direita; hoje a esquerda punitiva se aliou à direita repressiva; fruto disso é o Direito Penal do inimigo);

k. mas esse Direito Penal do inimigo é claramente inconstitucional, visto que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio);

l. a criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado);

m. logo, contra ela só se justifica o Direito Penal da normalidade (leia-se: do Estado de Direito);

n. tratar o criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo de que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos que afirmar que seu crime é uma manifestação delitiva a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do “vale tudo”) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.

Além das críticas enumeradas, Gomes (2005, p. 4-5) ainda informa qual teria sido “a reação de Zaffaroni ao Direito Penal do Inimigo” aduzindo, em linhas gerais:

De tudo quanto foi resenhado em relação ao pensamento de Zaffaroni, pode-se concluir: desde 1980, especialmente nos EUA, o sistema penal vem sendo utilizado para encher os presídios. Isso se coaduna com a política econômica neoliberal. Cabe considerar que desde essa época vem se difundindo o fenômeno da privatização dos presídios. Quem constrói ou administra presídios precisa de presos (para assegurar remuneração aos investimentos feitos). Considerando-se a dificuldade de se encarcerar gente das classes mais bem posicionadas, incrementou-se a incidência do sistema penal sobre os excluídos. O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados.

Os velhos inimigos do sistema penal e do estado de polícia (os pobres, marginalizados etc.) constituem sempre um “exército de reserva”: são eles os encarcerados. Nunca haviam cumprido nenhuma função econômica (não são consumidores, não são empregadores, não são geradores de impostos). Mas isso tudo agora está ganhando nova dimensão. A presença massiva de pobres marginalizados nas cadeias gera a construção de mais presídios privados, mais renda para seus exploradores, movimenta a economia, dá empregos, estabiliza o índice de desempregado etc. Os pobres e marginalizados finalmente passaram a cumprir uma função econômica: a presença deles na cadeia gera dinheiro, gera emprego etc.

Como o sistema penal funciona seletivamente (teoria do labelling approach), consegue-se facilmente alimentar os cárceres com esse “exército” de excluídos. Em lugar de ficarem jogados pelas calçadas e ruas, economicamente, tornou-se útil o encarceramento deles. Com isso também se alcança o efeito colateral de se suavizar a feiúra das cidades latino-americanas, cujo ambiente arquitetônico-urbanístico está repleto de esfarrapados e maltrapilhos. Atenua-se o mal-estar que eles “causam” e transmite-se a sensação de “limpeza” e de “segurança”. O movimento “tolerância zero” (que significa tolerância zero contra os marginalizados, pobres etc.) é manifestação fidedigna desse sistema penal seletivo. Optou claramente pelos pobres, eliminando-lhes a liberdade de locomoção. Quem antes não tinha (mesmo) lugar para ir, agora já sabe o seu destino: o cárcere. Pelo menos agora os pobres cumprem uma função socioeconômica! Finalmente (a elite político-econômica) descobriu uma função para eles.

Antes de apresentarmos nossa visão em relação às considerações de Luiz Flávio Gomes, cabe afirmar que, diante do que foi exposto, existe uma necessidade de distinção entre argumentos jurídicos e de política criminal. Enquanto os argumentos jurídicos permitem, de alguma maneira, sua contraposição discursiva, aqueles de política criminal são fadados a um debate estéril no campo do Direito. Em outro momento, talvez num próximo artigo focado especificamente nos aspectos sociológicos e econômicos da criminologia crítica, poderiam as considerações relativas à abordagem social do problema ser devidamente pormenorizadas.

Nesse diapasão, temos que as críticas elencadas nos itens “i” (o DPI é fruto do Direito Penal Simbólico e Punitivista); “j” (é fruto do consenso atual da direita e da esquerda punitivas); “l” e “m” (a criminalidade inimiga não chega a colocar “realmente” em risco o Estado vigente) e a “reação de Zaffaroni” (o DPI é fruto de um processo histórico inadequado do ponto de vista da “evolução” da humanidade) não possibilitam a discussão, no presente artigo, acerca da inexistência de oportunidade de contradição, tratando-se de mera opinião dos criminólogos Luiz Flávio Gomes e Eugenio Raúl Zaffaroni.

Além disso, devemos descartar os apontamentos sem nenhum conteúdo, utilizados na retórica vazia das belas palavras apontados nos itens “b” (O Direito Penal do Cidadão é um pleonismo, enquanto o Direito penal do inimigo é uma contradição); “f” (a lógica de guerra não se coaduna com o Estado de Direito) e “n” (tratar o criminoso como inimigo é o que ele necessita para questionar a legitimidade do sistema e isto destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático). Tais afirmações não contêm informações (além da opinião do autor), sendo meramente um belo agrupamento de palavras cuidadosamente selecionadas.

Noutra ponta, como sói acontecer nos artigos de juristas brasileiros que tratam sobre o tema, as críticas que podem ser abordadas são efetivadas de forma tão genérica e abstrata que dificultam um diálogo produtivo. Nesse sentido, podemos asseverar que os diversos argumentos de Jakobs, trazidos na parte inicial do presente artigo, não foram abordados por Luiz Flávio Gomes. Assim, como já citado alhures, entre o Direito Penal de Guerra e o Direito Penal do Cidadão, existem inúmeras manifestações que se pautam na posição de indivíduo em detrimento à de cidadão. Diferentemente do que se crê na leitura dos artigos brasileiros sobre o tema, nenhum sistema no mundo existe sem a convivência dessa mescla de dispositivos.

Logo, como se pode vislumbrar claramente, não se opta por um Direito penal do inimigo puro ou um Direito penal do cidadão puro. O que se busca, com a teorização do Direito penal do inimigo, é entender e, se possível, legitimar posições jurídicas adotadas pelo legislador como resposta a novas demandas que se apresentam ao Direito Penal.

Nesse sentido, podemos traçar breves linhas (em virtude da abstração dos argumentos apresentados) no que tange às demais críticas colocadas pelo autor. Genericamente, as críticas de Luiz Flávio Gomes se referem a um suposto “modo de ser” que o Direito Penal “deve ter”. Obviamente que tais considerações não encontram respaldo jurídico, uma vez que o Direito Penal apenas deve limitações às restrições jurídicas (constitucionais) e não à dogmática (principalmente importada da Alemanha e da Itália).

Desse modo, não há nenhuma consistência em se apontar como crítica ao Direito penal do inimigo a suposta característica de ele ser um Direito penal do autor (“a”); de ser calcado na periculosidade (“c” – e não na culpabilidade) e de ser prospectivo (“d” – em lugar de retrospectivo). Inicialmente, quanto aos itens elencados, verifica-se que o autor faz uma idolatria desnecessária aos dogmas doutrinários do Direito Penal. Em realidade, o Direito Penal deve se adequar às novas necessidades sociais e sua restrição só pode ser imposta pela Constituição.

Além disso, a leitura feita por Luiz Flávio Gomes é flagrantemente parcial, bastando apontar os evidentes equívocos em sua interpretação. Assim, no que tange ao Direito penal do inimigo se tratar de um Direito penal do autor, além de isto não o tornar “imprestável”, não se trata da punição de grupos selecionados pelos critérios vedados pela Constituição¹⁰. Quando se permitem medidas mais gravosas em relação a determinados grupos de crimes, isso não os faz, *de per se*, um grupo “perseguido” pelo Estado. Tal pode ser claramente identificado na diferença entre a opção (de política criminal) pela punição mais severa dos judeus¹¹ (o que seria considerado um exemplo de Direito penal do autor *stricto sensu*) em comparação à

¹⁰ A própria Constituição informa os grupos de seleção pejorativa vedada: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (grifo nosso). Note-se que a seleção desses mesmos grupos, visando à obtenção de objetivo maior, é possibilitada (como, por exemplo, nas ações afirmativas). Percebe-se claramente o quão vazia é a afirmação abstrata de imprestabilidade da teoria por se tratar de “Direito penal do autor”.

¹¹ Esse enviezamento da leitura é facilmente notado na principal crítica brasileira ao Direito penal do inimigo – o suposto “fato” de tratar-se de ramo explícito de Direito penal do autor. Veja o leitor as seguintes passagens: “Para encerrar, naquilo que interessa ao referencial teórico deste ensaio, é suficiente ter em mente a seguinte síntese do que foi exposto: a proposta reacionária de Jakobs de um Direito penal do inimigo demanda a diferenciação dos seres humanos em categorias distintas para legitimar práticas punitivas desiguais, com o objetivo de manter a ordem jurídica apesar de suas contradições em nome de uma ameaça indefinida”. (DIETER, 2009, p. 140). “Em rigor, a faceta mais sombria desta edificação teórica reside, precisamente, na ambigüidade e no viés autoritário dos critérios de definição hegemônica daquilo que seria o verdadeiro ‘inimigo’, obedecendo meramente a antagonismos religiosos, a clivagens culturais, a diferenças étnicas, a disparidades econômicas e sociais, e no limite, a opções políticas e ideológicas que culminam na criminalização do embate político”. (CARVALHO, 2007, p. 90).

punição mais severa dos crimes do colarinho branco ou dos crimes hediondos (feita pela própria Constituição da República).

Não existe um “grupo” no sentido empregado pelos autores que abominam o Direito penal do autor constituído pelos criminosos do colarinho branco. São criminosos que praticam o mesmo delito, tão somente isto. Não se pode, pela evidência das próprias situações, arguir que a opção do legislador em punir severamente determinado “crime” ofenderia o sacramento da necessidade da existência de um “Direito penal do fato”.

Da mesma maneira, a leitura de que se trata de um Direito Penal prospectivo em detrimento do dogma moderno da retrospectiva consiste, novamente, numa leitura parcial das lições de Jakobs. O adiantamento do momento usual em que as condutas adquirem relevância penal, por si só, não constitui argumento jurídico capaz de eivar de inconstitucionalidade tal dispositivo (mais uma vez, verifica-se claramente o amor e o apego inesgotáveis aos dogmas importados). As disposições que indicam a punibilidade de atos preparatórios existem há muito¹², sendo pacificamente aceitos pelos operadores do Direito. Mais uma vez, diferentemente do que se faz pensar da leitura desavisada das críticas ao Direito penal do inimigo, Jakobs não prega a punição aos pensamentos dos indivíduos e sim, pura e simplesmente, a vetusta fórmula de, em certos casos de relevância, punir os atos preparatórios¹³.

Exatamente na mesma trilha temos que o problema da periculosidade e da culpabilidade foi erroneamente abordado por Gomes. Em verdade, a noção de culpabilidade-periculosidade encontra-se permeada em vários dispositivos legais apontados pelo mestre alemão (medida de segurança, prisões provisórias, medidas preparatórias etc.).

¹² Por exemplo, temos a previsão dos crimes de quadrilha ou bando (art. 288 do CPB); petrechos para falsificação (art. 291; art. 294 CPB), além de diversos outros em que se pune o perigo de lesão ao bem jurídico material, independentemente de sua efetiva ocorrência (obviamente o caso dos inúmeros crimes de perigo previstos em toda a legislação penal).

¹³ Mais uma vez cabe o aviso de que a teoria de Jakobs visa a buscar uma legitimação discursiva de dispositivos penais já existentes e considerados válidos pelos juristas alemães. Sua proposta não é a criação de um “Código Penal do Inimigo” e sim entender como, no Estado Democrático Alemão, os operadores do Direito fazem atuar, na prática quotidiana, disposições pautadas, aparentemente, em alicerces diversos.

Nem mesmo a pena cominada aos crimes comuns está calcada unicamente na reprovabilidade do agente, havendo, indiscutivelmente, o aspecto das teorias mistas relativas (função preventiva negativa – claramente calcada na periculosidade do agente). Ademais, como dito anteriormente, a periculosidade se daria pela prática de certos fatos específicos, previstos pelo legislador como indicativos da prevenção de uma provável situação evitável. Não se pode afirmar, dessa feita, que a noção de culpabilidade e reprovabilidade esteja totalmente perdida pelo critério claramente preventivo a que se propõe o Direito penal do inimigo. A importância de certos bens jurídicos (como o cuidado com o erário – crimes do colarinho branco; o combate ao terrorismo; a proteção à criança e ao adolescente – tráfico de pessoas; tráfico de drogas etc., entre outras condutas escolhidas pelo legislador) torna a prevenção preferível em relação à repressão.

Por fim, temos que Luiz Flávio Gomes afirma que o DPI não repele a noção de penas desproporcionais (“e”) e de que perdem lugar as garantias processuais e penais (“g” e “h”), o que só seria constitucional em tempos anormais (“k” – estado de defesa e de sítio). No que tange ao abandono do princípio da proporcionalidade, tal se mostra totalmente improcedente, sendo certo que o Direito penal do inimigo se calca na necessidade de punição *mais severa* a atos considerados *mais graves* à sociedade. A tônica da proporcionalidade é, justamente, o pilar central da teoria.

Em relação à crítica de que haveria uma diminuição das garantias processuais e penais, o que só seria possível em tempos de exceção, concordamos, em parte, com Gomes. Mais uma vez, entretanto, cremos que sua visão demonstrou-se enviesada. Como já dito à exaustão, o professor alemão busca encontrar a legitimidade filosófico-jurídica de dispositivos já aceitos pela práxis jurídica alemã. Dessa feita, quando se fala de um Direito penal do inimigo, trata-se do conjunto de normas já consideradas como constitucionais pelos juristas de determinada soberania. Não se refere, portanto, a um objetivo da diminuição constante de garantias até o ponto em que estas se tornem inconstitucionais.

Na realidade, entre a situação da inconstitucionalidade flagrante e o da garantia plena, existe um espectro de situações que podem ocorrer. Dessa feita, nem toda diminuição de garantia será inconstitucional (por exemplo, temos que a prisão temporária ou a interceptação telefônica pode ser utilizada em alguns crimes, enquanto em outros, tal não é possível). Logo, concordamos parcialmente com Luiz Flávio Gomes simplesmente no óbvio ululante: o Direito penal do inimigo não é uma justificação *a priori* para se interpretarem normas inconstitucionais como se constitucionais fossem. Assim, o limite explícito – a Constituição (e somente ela – e não a idolatria acéfala aos dogmas importados do Direito Penal Moderno) – deve ser respeitada a todo tempo – inclusive nos momentos de exceção.

Importante frisar, nesse momento, a ideia trazida no último parágrafo, uma vez que a rejeição completa, no Brasil, da teoria trazida por Jakobs é normalmente justificada por uma leitura estrambótica garantista de que qualquer redução de garantias processuais levaria a uma inconstitucionalidade¹⁴. Observe-se que a teoria do Direito penal do inimigo não visa a reverter o Estado de Direito, criando um estado de exceção constante. O que Jakobs prega explicitamente (conforme pormenorizado na parte inicial do presente artigo) é que demandas sociais atuais geram necessidades diferenciadas do Direito Penal, que não mais pode ser tratado como um monobloco indivisível embasado na dicotomia – traço característico da modernidade (“tudo/ nada”; “garantismo/ punitivismo”; “autor/ fato”; “culpabilidade/ periculosidade”; “retrospectivo/ prospectivo” etc.).

4. Conclusão

Inicialmente, deve se responder ao questionamento anteriormente efetivado: independentemente da aceitação ou não das ideias do Direito penal do inimigo, na prática, ele existe e é aplicado no Brasil?

Antes de nos atermos à resposta da indagação proposta, há que se tomar um posicionamento explícito: pela função seletiva e fragmentária do Direito Penal, associada à sua característica ínsita refletida

¹⁴ Poderíamos chamar essa tendência de leitura extremada do “Princípio do não-retrocesso”.

na *ultima ratio*, em qualquer lugar do mundo, não existe a possibilidade de atuação do sistema criminal sem a adoção da distinção apontada por Jakobs cunhada de “Direito penal do inimigo” e “Direito penal do cidadão”. Entretanto, como o próprio autor alemão apontou, tal não significa, *de per se*, que existirão dois conjuntos de normas estanques e explícitos, característicos de cada “ramo” do Direito Penal.

Na realidade, na lição de Jakobs, temos o entremeado das duas características por todo o sistema (como na prisão preventiva, na medida de segurança etc.), sendo certo que em determinadas searas (*e.g.* combate ao terrorismo) os traços do conjunto “inimigo” se tornam mais evidentes. Verifica-se, conforme já assinalado, que não se trata de um “Direito penal do autor”, e sim da opção política do Estado em combater mais veementemente determinadas condutas (e não determinadas pessoas).

Partindo dessa constatação que se coloca a cada Estado, da impossibilidade de combater igualmente em severidade “todas” as condutas tidas como “criminosas”, algumas serão consideradas mais perniciosas que outras, incidindo sobre aquelas diversas restrições procedimentais e materiais. Nesse diapasão, a Constituição brasileira previu explicitamente diversas situações de condutas que, por opção política visando ao desestímulo de tais ações, possuem um tratamento diferenciado mais gravoso, cuja pormenorização foi delegada ao legislador infraconstitucional.

Dessa feita, não há dúvida de que os crimes hediondos (entre outros), por escolha do constituinte, devem ser tratados de forma mais severa. Nesse sentido, o texto constitucional é claro: “Art. 5º, XLIII – a lei considerará crimes inafiáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Da mesma forma, prevê o art. 5º da CF88 (que, por sinal, estipula os direitos e garantias fundamentais), em seus incisos XLIV e LXII que “constitui crime inafiável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem

constitucional e o Estado democrático” e que “a prática do racismo constitui crime inafiável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (grifo nosso).

Ainda, na senda da explicitação de que a própria Norma Máxima não apenas pode, mas efetivamente estipula linhas mestras de atuação (normas programáticas de eficácia contida e aplicabilidade imediata) em política criminal, temos a severidade e o rigor direcionados àqueles que cometem atos de improbidade administrativa. Citamos, então, os §§ 4º e 5º do art. 37 da Carta Magna: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” e “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Note-se que, apesar de a Constituição prever consequências negativas relevantes aos praticantes de improbidade, cuidou o constituinte de pormenorizar a seara cível da questão, o que nos permite inferir, pela menção expressa do texto, que, em primeiro lugar, como invariável em todo o mundo, não se pretende que a Constituição seja capaz de exaurir toda e qualquer previsão de política criminal (não apenas no campo dos crimes contra a administração pública e conexos, mas em todos os campos). Além disso, razoável se inferir que, normatizando civilmente mais duramente em relação a tais condutas, há a indicação de que o constituinte traçou mais um campo de atuação de rigor criminal acentuado em relação aos mesmos atos conexos.

Dito de outra forma: não apenas o constituinte cria políticas criminais mais severas em relação a certos delitos de forma explícita (como os citados dispositivos do art. 5º), como o faz de forma implícita (como no art. 37, §§ 4º e 5º). Tal não exaure a função do legislador infraconstitucional, que deve obedecer a esses ditames máximos e, a todo momento, complementá-los com necessárias adequações em relação às novas peculiaridades da vida social.

Dessa feita, devemos explicitar a posição dificilmente contestável, porém escusa e indiretamente combatida nas entrelinhas dos garantistas extremados, de que a adoção de políticas criminais mais severas em relação a determinadas condutas é algo que não apenas não ofende nenhum princípio constitucional (como o imaginário “princípio do não retrocesso”), como é necessariamente realizada por todos os Estados e, em muitos casos, como no Brasil, tal possui mesmo a previsão do próprio texto Maior.

Além dessa verificação inicial de que a escolha de política criminal mais ou menos gravosa em relação a determinadas condutas é algo imanente a qualquer sistema criminal no mundo, devemos, mesmo por obrigação ética, reconhecer que o Direito penal do inimigo já existe na prática brasileira.

Qualquer operador prático e contumaz do sistema criminal sabe muito bem que, em todas as delegacias e presídios espalhados pelo Brasil, existe o que podemos chamar de um “público preferencial de atuação do aparato repressivo”. Logo, independentemente de concordarmos ou discordarmos com a “teoria” do “Direito penal do inimigo”, devemos admitir que, na práxis forense penal, existe muito claramente a figura do “inimigo”.

Tal constatação, antes de nos lançar a discussões estéreis que não levam a nenhum lugar, permite-nos concluir pontos essenciais não apenas ao estudo do Direito Penal, mas efetivamente próprios à crítica do papel do sistema e de seu operador.

Nesse momento, já se percebe com toda clareza que a “teoria” de Jakobs, muito mais que acadêmica, refere-se à descrição de um sistema real, e não do simbólico representado na mistura de opiniões e convicções dos “doutos” juristas que dizem o que é apropriado ou não aos rumos evolucionários da humanidade. O Direito penal do inimigo é, antes de mais nada (e, antes de ser propositivo), descritivo de uma realidade existente. A partir do momento em que admitimos que essa realidade existe e permeia necessariamente qualquer sistema criminal, podemos considerar seriamente a questão e a crítica quanto à sua justeza.

Essa teoria de legitimação do já existente pode então, no Brasil, levar ao estudo sério de quais ações e quais grupos seriam os escolhidos na praxe criminal como “inimigos”. Sem a pretensão de traçarmos uma resposta definitiva ao problema proposto, até mesmo porque não nos utilizamos de dados estatísticos no presente artigo (e sim de um conhecimento da prática penal – em verdade acessível a qualquer cidadão esclarecido quanto à contemporaneidade brasileira), sabemos que os maiores clientes do sistema criminal (inimigos) estão reunidos em poucos agrupamentos facilmente detectáveis.

Como traço norteador de nossa abordagem perfunctória, temos que os criminosos que são efetivamente alcançados pelo sistema criminal estão, geralmente, incluídos em, ao menos, dois dos seguintes grupos: i. Pessoas que não possuem assessoria jurídica financeiramente interessada e eficiente; ii. Pessoas que praticaram crimes violentos (exemplos mais comuns: roubo; latrocínio; homicídios em série ou em grupos de extermínio; extorsão mediante sequestro etc.); iii. Pessoas ligadas em qualquer nível às atividades do tráfico de drogas; iv. Pessoas que possuem passagens criminais ou condenações anteriores e não conseguem provar um laço social relevante (na prática, considerado como família estruturada, emprego e residência fixa).

Obviamente que os critérios propostos acima apenas visam a apontar o “inimigo” usual do sistema criminal brasileiro, não tendo a pretensão de exaurir todos os casos em que as pessoas se quedam aprisionadas. Além disso, cabe frisar que não nos detivemos a uma outra variável importantíssima: o papel da mídia na criação de casos que, sem sua participação, seguiriam a regra sistemática da impunidade. Ao assinalarmos a existência de um inimigo real e necessário ao funcionamento de qualquer sistema criminal, podemos, então, discutir se tal prática (real) ocorre de acordo com a prescrição (simbólica), das linhas mestras traçadas na Constituição. Mais uma vez, vale sublinhar a importância de assumirmos o inimigo como algo inerente ao sistema, uma vez que, trazendo essa desagradável realidade para a discussão aberta, fazem-se possíveis as críticas às opções políticas de nossa sociedade.

Nessa esteira, temos que, conforme foi acima anotado, cremos que a Constituição brasileira apontou, em suma, que existe uma necessidade de nosso Estado coibir mais severamente alguns tipos de conduta (como os crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, a ação de grupos armados contra a democracia, o racismo e os crimes contra o erário e a administração pública – entre outros que uma análise sistemática da Constituição permite – como os contra a infância, meio ambiente etc.). Interessante destacar, entretanto, que tal severidade só tem sentido se associada aos ditames máximos da própria Constituição.

Por conseguinte, apenas há razão na punição severa do tráfico de drogas (ou outra conduta qualquer eleita pela política criminal) se a prática dessa atuação sistemática constituir na possibilidade de o Estado lograr êxito na direção de “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (cf. CF88, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – art. 3º). Passa a ter outro sentido, então, segundo a crítica proporcionada pelo Direito penal do inimigo, a expressão “combate ao tráfico de drogas” (ou outros combates), visto que tal, agora, não mais pode se resumir a “guerra aos pobres” ou “ocupação de favelas”, e sim à dura legislação e à sua aplicação (com a interpretação judicial concernente) mais duramente voltadas às atividades que não permitem a consecução dos objetivos fundamentais da República.

Sabendo e aceitando perfeitamente o inimigo escolhido pelo constituinte e legislador, há a possibilidade de se perceber que muito mais relevante que a relativamente fácil consecução de um mandado de busca e apreensão em uma residência da favela deveria ser o deferimento do acesso a dados econômicos, fiscais e telefônicos de criminosos, em tese, ligados ao financiamento do tráfico de drogas e suas necessárias ligações ao Estado institucionalizado.

Da mesma forma, considerando a miséria como fator criminógeno e, ao mesmo tempo, o direcionamento Constitucional multicitado, podemos perceber que a cada lesão ao erário (incluindo aí as lesões indiretas – como nos casos de trocas de favores e influência), torna-se cada vez mais difícil o combate à criminalidade violenta e à repetição das tragédias da pobreza.

Veja-se que não se coloca a miséria como única causa da criminalidade, e sim como importante concausa. Dificilmente algum autor argumentará que não existe relação estatística entre bolsões de miséria e altas taxas de criminalidade violenta. Poucos autores, entretanto, defendem que há a necessidade de que a legislação, a aplicação e a interpretação jurídicas devam estar comprometidas ao combate de condutas que dificultam ou mesmo impedem a plena arrecadação e aplicação de recursos públicos em políticas públicas apropriadas (ou, dito de outra forma, a escolha dos crimes contra o erário público como “inimigos” dos objetivos da República).

Nesse ponto, torna-se evidente que as enormes resistências dos juristas brasileiros à teoria de Jakobs pautam-se no estranhamento gerado pela escolha de termos considerados como “*tabus*” aos operadores que se preocupam unicamente em trabalhar no simbólico, esquecendo-se, propositalmente, do real. O atual momento pelo qual passa o Brasil, estando escancarada a impunidade, a injustiça e a ineficiência do sistema criminal, principalmente no que tange aos delitos contra a administração pública e congêneres do colarinho branco, produz a condição propícia à reflexão a respeito de qual o melhor papel a ser adotado pelo sistema criminal na construção de uma sociedade que efetivamente se coloque mais perto dos objetivos fundamentais da República (art. 3º da CR/88).

A teoria de Jakobs, caso discutida e adotada abertamente como instrumento de política criminal e de acordo com os ditames constitucionais, poderia gerar indagações. Seria ela um fator de instabilidade e temor de um passo no caminho de um Estado policaiesco, calcado na perseguição a grupos injustamente perseguidos? Ou seria um instrumento de transparência do que pretende e quer o aparato repressivo estatal, possibilitando meios mais gravosos a condutas consideradas mais perniciosas? Acredito que o atual estado de coisas em que se encontra o Brasil, perceptível a qualquer cidadão, jurista ou não, que nota claramente a total e completa impunidade e inadequação do sistema criminal, já nos apresenta pistas de qual resposta podemos adotar como mais consistente e adequada a nossa sociedade.

5. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Só é preso quem quer*: impunidade e ineficiência do sistema criminal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasport, 2010.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Sistema Criminal e Ética na Modernidade Contemporânea: problemáticas de atuação crítica em um sistema poético e perverso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 884, p. 413-432, jun. 2009.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Corrupção e Irritação das Decisões Judiciais sob a Ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14. 1º e 2º sem. 2004. p. 35-49.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Fundamentos filosóficos do Sistema Penal como embaixadores da aplicação coercitiva diferenciada calcada num Direito Penal do autor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 874, p. 429-444, ago. 2008.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Nova lei de drogas*: comentários à lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto Alegre, v. 14, n. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

BUSATO, Paulo César. Quem é seu inimigo, quem é você? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto Alegre, v. 15, n. 66, p. 315-372, mai./jun. 2007.

CALLEGARI, André Luiz; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 867, p. 453-469, jan. 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Homo Sacer da baixada: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 85-119, abr./jun. 2007.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Do iluminismo ao 'Direito Penal' do Inimigo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 869, p. 453-464, mar. 2008.

DIETER, Maurício Stegemann. O Direito Penal do Inimigo e 'A Controvérsia'. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 9, n. 32, p. 135-150, jan./mar. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). *Revista Jurídica Unicoc*, Ribeirão Preto, Ano II, n. 2, 2005. ISSN 1807-023X.

JACKOBS, Günther; MELLÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la Sociedad*. México: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 200-201.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e Política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do direito penal do inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 9, n. 33, p. 111-134, abr./jun. 2009.

(AUTOR CONVIDADO)

A ESCRITURAÇÃO DOS LIVROS EMPRESARIAIS

MATHEUS CAMPOLINA MOREIRA

Bacharel em Direito pela FD-UFMG, Especialista em Gestão Estratégica pela FACE-UFMG, Advogado em Belo Horizonte.

RESUMO: Escrituração é o registro sistemático das operações de uma empresa. A escrituração constitui um paradigma gráfico com informações relevantes o qual é usado pelo empresário na administração do negócio e pelas autoridades na fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas pela empresa. O contexto tecnológico atual recomenda que o vocábulo “livro” deva receber novo significado, designando não apenas livros em papel mas todos os “instrumentos de escrituração”. Há livros obrigatórios, de caráter geral e especial, e livros facultativos. A lei brasileira estabelece o conteúdo dos livros, as formalidades extrínsecas e intrínsecas que deverão atender e o método de escrituração. Em princípio, os livros empresariais são invioláveis. Portanto, possuem força probatória. Sempre poderão fazer prova contra o empresário. E, se escriturados regularmente, poderão também fazer prova a favor do empresário. Assim, a legislação prevê casos específicos de exibição. Os livros e documentos de escrituração deverão ser mantidos pela empresa até que as obrigações registradas sejam atingidas pela prescrição ou pela decadência.

PALAVRAS-CHAVE: Escrituração; conceito; finalidade; responsabilidade; livros obrigatórios e facultativos; formalidades extrínsecas e intrínsecas; inviolabilidade e força probatória.

ABSTRACT: Bookkeeping is the recording of business operations. Bookkeeping produces a graphic paradigm with relevant informa-

tion, which is used by the manager to run the business, and by the authorities to control whether companies meet their tax, social welfare and labor obligations. Current technological context recommends that word “book” must receive new meaning, indicating not only traditional paper book but also all instruments of accountability. There are mandatory books, which can be of general or specific nature, and optional books. Brazilian law determines books contents, their requisites, and the bookkeeping method. Ordinarily, companies books are inviolable. So they can make proof even against companies. If the bookkeeping meets all legal requisites, they can also make favourable proof for companies. Therefore Brazilian law determines specific cases in which companies books must be exhibited. Companies have to keep book and their related documents until the obligations they record are extinguished either by the prescription or by the preemption.

KEY WORDS: Bookkeeping; concept; purpose; responsibility; mandatory and optional books; requisites; inviolability and proof.

SUMÁRIO: 1. Conceito. 2. Histórico. 3. Lei brasileira. 4. Finalidade da escrituração. 5. Responsabilidade pela escrituração. 6. O método de escrituração. 7. Livros. 7.1 Livro obrigatório de caráter geral. 7.1.1. Livro Diário. 7.1.2 Substituição do livro diário por fichas. 7.1.3. Livro de Balancetes Diários e Balanços. 7.2. Livros facultativos. 7.3. Livros obrigatórios de caráter especial. 7.4. Casos específicos de escrituração. 7.4.1. Pequeno empresário. 7.4.2. Microempresas e empresas de pequeno porte. 7.5. Livros fiscais, previdenciários e trabalhistas. 8. Autenticação dos livros. 9. Regra geral de escrituração. 10. Escrituração resumida. 11. Códigos de números e abreviaturas. 12. Balanços e demonstrativos. 12.1. Balanço patrimonial. 12.1.1. Exemplo gráfico de balanço patrimonial. 12.1.2. Livro Razão. 12.1.3. Inventário. 12.1.4. Sociedades coligadas. 12.2. Demonstrativo de resultados econômicos. 12.2.1 Exemplo gráfico de Demonstrativo de Resultados Econômicos. 12.2.2. Destinação do lucro ou do prejuízo apurado. 13. Princípio da inviolabilidade da escrituração mercantil. 14. Exibição da escrituração empresarial. 14.1. Função probatória dos instrumentos contábeis. 14.2 Exibição judicial. 14.3. Exibição às autoridades tributárias. 15. Dever de guarda dos livros. 16. Referências bibliográficas.

1. Conceito

O Código Civil (CC) de 2002 inclui a escrituração entre os institutos complementares de Direito de Empresa, mas não define, em seu texto, o conceito de escrituração. Etimologicamente, escrituração vem do vocábulo latino *perscriptio* (FERREIRA, 1985, p. 338), formado pelo verbo *scriptio*, significando escrever, e o prefixo *per-*, que, ligado ao verbo, confere intensidade ao seu sentido (TORRINHA, 1986, p. 633). Escrituração, portanto, no contexto empresarial, designa o registro das contas da empresa. É realizar contabilidade das atividades empresariais.

A escrituração em livros ou demais instrumentos legalmente autorizados produz um paradigma que reproduz e sintetiza todas as operações realizadas pela empresa, de modo a compilar, e a destacar, as informações das atividades empresariais consideradas relevantes pelo empresário ou pelas autoridades que fiscalizam o cumprimento da legislação tributária, previdenciária e trabalhista pela empresa.

O prefixo latino *per-*, do verbete *perscriptio*, que confere intensidade ao verbo escrever, como acima pontuado, justifica-se pela circunstância de que a escrituração só terá valor se for feita de maneira uniforme, assídua e sistemática. De fato, havendo falha na escrituração empresarial, o paradigma da situação e das atividades da empresa, criado pela contabilidade, mostrar-se-á distorcido, perdendo confiabilidade e utilidade como parâmetro de orientação na administração do negócio ou em sua fiscalização.

A escrituração há de ser real e não ficta, devendo reproduzir com fidelidade a verdadeira situação e as atividades da empresa. Assim, a escrituração deve estar lastreada em documentos que comprovem com precisão a existência e as circunstâncias de cada operação empresarial.

Anote-se, por fim, que a escrituração atualmente não pode ser feita de qualquer maneira, segundo o livre arbítrio do empresário. Inicialmente facultativa, a escrituração passou a ser, há muito, juridicamente obrigatória. A legislação determina, além das informações que deverão constar na formação do paradigma da empresa, o método de escrituração e, ainda, as formalidades que deverão ser atendidas para que os livros ou seus instrumentos sucedâneos autorizados por lei possam ser considerados autênticos e aptos a surtirem os efeitos que a lei lhes atribui.

2. Histórico

Segundo Gonçalves Neto (2008), o sistema de contabilidade surgiu no Direito consuetudinário. Funcionava, em sua origem, como um meio de o empresário verificar a situação econômica de sua empresa e controlar e administrar seu negócio. Mais tarde, notou-se que uma escrituração regular interessava não apenas ao dono dela, mas também àqueles que mantinham relação com empresário. E esse interesse geral e público foi o motivo do surgimento de normas jurídicas para regular o tema, alastrando-se estas por todo o mundo. Algumas legislações atribuem maior liberdade ao empresário em relação aos livros utilizados e a forma de escriturá-los, como a legislação alemã. Outras atribuem menor liberdade, como no caso da legislação francesa.

3. Lei brasileira

O art. 1.179 do Código Civil de 2002 determina que:

Art. 1.179. O empresário [individual] e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

A lei brasileira determina a obrigatoriedade da escrituração e da guarda dos documentos a esta relacionados (art. 1.194 do CC), o método e as formalidades de sua elaboração (art. 1.183 e art. 1.181 do CC) e sua tutela pela legislação penal.

De fato o art. 297, §2º, do Código Penal determina:

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.

[...]

§ 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou

transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os *livros mercantis* e o testamento particular. (grifo nosso).

Ao instituir o crime de falsificação de documento público, com pena de reclusão de dois a seis anos e multa, o Código Penal equiparou os livros mercantis aos documentos públicos, o que confere força coercitiva às disposições da legislação destinadas a prover garantia de autenticidade à escrituração mercantil.

4. Finalidade da escrituração

A escrituração mercantil visa a criar um registro autêntico e sistemático da situação e das atividades desenvolvidas pela empresa, produzindo um verdadeiro padrão gráfico a ser utilizado pelo próprio empresário e por terceiros que com ele se relacionam.

A escrituração comercial, essencialmente, destina-se ao próprio empresário, para o planejamento e a administração de seu negócio.

Determina o art. 1.190 do Digesto Civil:

Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei.

Assim, na seara puramente comercial, não são encontradas sanções diretas e imediatas pela falha de escrituração mercantil regular.

É possível, sim, extrair do ordenamento jurídico algumas sanções indiretas, impostas ao empresário ou aos seus representantes, pela inexistência de escrituração comercial ou pela irregularidade desta. Essas sanções sugerem que a escrituração deve ser, mesmo, elaborada.

O empresário individual ou representante da sociedade empresária que não possui livros ou escrituração regular:

- 1) responde pelo crime do art. 178 da Lei nº 11.101/2005¹ (Lei de Falências), sobrevivendo falência ou recuperação judicial ou extrajudicial;
- 2) não poderá requerer recuperação judicial, conforme disposto no art. 48, IV, da Lei nº 11.101/2005,² sendo condenado por qualquer crime falimentar, inclusive o crime mencionado no item 1;
- 3) não poderá fazer prova a seu favor por meio de seus livros e documentos;
- 4) poderá ver seus livros, em uma demanda judicial relacionada à empresa, constituírem prova contra ele próprio;
- 5) poderá ter seu representante responsabilizado por omissão em face dos sócios.

Ademais, dispõem os arts. 1.191, §1º, e 1.192 do CC de 2002:

Art. 1.191. [...]

§ 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão.

[...]

Art. 1.192. Recusada a apresentação dos livros, nos casos do artigo antecedente, serão apreendidos judicialmente e, no do seu § 1º, ter-se-á como verdadeiro o alegado pela parte contrária para se provar pelos livros.

Parágrafo único. A confissão resultante da recusa pode ser elidida por prova documental em contrário.

¹ Art. 178. Deixar de elaborar, escriturar ou autenticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar o plano de recuperação extrajudicial, os documentos de escrituração contábil obrigatórios: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

² Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: [...]IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Vislumbre-se, assim, que, em um caso prático, no curso de um processo judicial, se o empresário deixar de exibir seus livros, alegando sua inexistência, o magistrado poderá interpretar esse fato como recusa de apresentação dos livros e, conseqüentemente, aplicar a penalidade prevista no art. 1.192 do CC de 2002, erigindo presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária.

As ressalvas legais na seara mercantil, previstas no início do art. 1.190, são instituídas para dirimir, judicialmente, questões internas da própria empresa (sucessão, comunhão, administração etc.) ou, também judicialmente, em favor de terceiro que com o empresário se relaciona (em demandas individuais ou em falência).

Fora do âmbito puramente mercantil, as ressalvas ao princípio da inviolabilidade dos livros mercantis são estabelecidas na presença de um interesse público, seja em companhias abertas fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), seja em instituições financeiras fiscalizadas pelo Banco Central, seja em empresas sujeitas à fiscalização das agências reguladoras, seja em ação de fiscalização do cumprimento pelo empresário das legislações tributária, trabalhista e previdenciária, conforme veremos.

5. Responsabilidade pela escrituração

O Código Civil de 2002, no seu art. 1.182, determina que a contabilidade seja feita sob a responsabilidade de contabilista habilitado.

Contabilistas habilitados são pessoas diplomadas em curso técnico de nível médio (técnicos em contabilidade) ou com formação superior em Ciências Contábeis (contadores), estando regulamente inscritos no Conselho Regional de Contabilidade (CRC) de seu Estado.

O contabilista poderá ser preposto da empresa, trabalhando como seu empregado, ou autônomo, prestando serviços de contabilidade à empresa, sem, contudo, integrar sua estrutura.

De acordo com art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295/46, o técnico em contabilidade poderá organizar e executar serviços de contabilidade

em geral (alínea *a*), e realizar a “escrituração dos livros de contabilidade obrigatórios, bem como de todos os necessários no conjunto da organização contábil e levantamento dos respectivos balanços e demonstrações” (alínea *b*).

Por outro lado, bacharéis em contabilidade podem realizar todas as atividades permitidas aos técnicos em contabilidade e, privativamente, nos termos dos art. 25, ‘c’, e do art. 26 do Decreto-Lei nº 9.295/46, elaborar e assinar:

c) perícias judiciais ou extra-judiciais, revisão de balanços e de contas em geral, verificação de haveres revisão permanente ou periódica de escritas, regulações judiciais ou extra-judiciais de avarias grossas ou comuns, assistência aos Conselhos Fiscais das sociedades anônimas e quaisquer outras atribuições de natureza técnica conferidas por lei aos profissionais de contabilidade.³

Ademais, no caso das sociedades anônimas, impõe o art. 177, §3º, da Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, que as demonstrações financeiras das companhias abertas obedecerão às “[...] normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas à auditoria por auditores independentes nela registrados”.

O registro de auditor independente pessoa física na CVM pressupõe comprovação dos requisitos estabelecidos na Instrução CVM Nº 308/99⁴, entre eles, possuir experiência de no mínimo 5 anos em auditoria, contados da data de seu registro como contador no Conselho Regional de Contabilidade (CRC). Para preservar a imparcialidade da auditoria, o contador que realizar a escrituração dos livros empresariais não poderá auditá-los.

³ A Resolução nº 590/83 do Conselho Federal de Contabilidade, alterada pela Resolução CFC nº 878/2000, minudencia, em seu art. 3º, *caput* e seus parágrafos, as atividades privativas do contabilista, discriminando quais delas poderão ser executadas pelos técnicos em contabilidade e quais deverão obrigatoriamente ser executadas por profissionais de contabilidade com curso superior.

⁴ Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiatio.asp?File=%5Cinst%5Cinst308.htm>>. Acessado em: 02 fev. 2010.

O empresário individual ou o representante legal da sociedade empresária sempre assina juntamente com o contabilista a escrituração que este elaborou.

A responsabilidade do empresário pela escrituração da empresa perante terceiros é objetiva, cabendo regresso contra o contabilista nos casos de culpa e dolo. Havendo má-fé, o contabilista responderá solidariamente com o empresário perante terceiros (art. 1.177, Código Civil/2002).

Estabelece o art. 1.182 do CC/2002 que, não havendo contabilista legalmente habilitado na localidade, a escrituração poderá ser feita e assinada pelo empresário ou pelo representante da sociedade empresária.

A regra visa resguardar os pequenos empresários que exercem suas atividades em cantos remotos de nosso território, onde não há contabilista habilitado disponível. A expressão “localidade”, para efeitos do art. 1.182 supracitado, deve ser considerada como o município em que se localiza a sede da empresa. Assim, não havendo contabilista habilitado laborando no município, o próprio empresário individual ou representante legal da sociedade empresária poderá elaborar a escrituração e assiná-la sozinho.

6. O método de escrituração

A contabilidade empresarial do Brasil, assim como acontece no resto do mundo, adota o método das partidas dobradas, em detrimento do método das partidas simples.

No método de partida simples, para cada operação da empresa, faz-se apenas um lançamento, a débito ou a crédito. É um sistema incompleto, que não possibilita controlar com exatidão a variação patrimonial da empresa.

O método de partidas dobradas, por outro lado, parte do princípio de que não existe crédito sem débito de igual valor. Vale dizer, para cada crédito há um débito correspondente de valor igual. Cada

operação da empresa, assim, é lançada em duas contas, sendo uma delas a débito e a outra a crédito.

A conta que recebe o valor será sempre debitada, enquanto a conta que entrega o valor será sempre creditada. O contabilista debita o valor na conta que recebe e credita o valor na conta que *paga*.⁵ Vejamos um exemplo:

Uma empresa recebeu \$1.000 em dinheiro pelo pagamento de mercadorias vendidas.⁶ Temos:

Conta Caixa	
Débito	Crédito
1.000	

Conta Estoques	
Débito	Crédito
	1.000

Posteriormente, a empresa recebeu, em dinheiro, uma duplicata no valor de \$2.000.

Conta Caixa	
Débito	Crédito
2.000	

Conta Duplicatas a receber	
Débito	Crédito
	2.000

Depois a mesma empresa pagou a seu funcionário salário no valor de \$800:

⁵ Note que os lançamentos pelas partidas dobradas são feitos de modo oposto ao que orienta o senso comum. Pelo senso comum, haveria crédito para quem recebe e débito para quem paga (como no caso dos extratos bancários, por exemplo). Daí a dificuldade de compreender os lançamentos contábeis.

⁶ Os débitos (D) sempre serão registrados na coluna da esquerda, e os créditos (C) sempre serão apresentados na coluna da direita.

Conta Caixa	
Débito	Crédito
	800

Conta Salários	
Débito	Crédito
800	

E pagou também impostos no valor de \$1.500:

Conta Caixa	
Débito	Crédito
	1.500

Conta Impostos	
Débito	Crédito
1.500	

Para conferir a consistência da escrituração realizada, somamos todos os débitos e todos os créditos lançados:

Totais	
Débitos	Créditos
\$5.300	\$5.300

Decorre do sistema das partidas dobradas que a soma de todos os débitos sempre será igual à soma de todos os créditos. A diferença entre a soma de todos os créditos e de todos os débitos lançados será igual a zero. Se isso não acontecer, é sinal de que houve falha na escrituração, não sendo os dados confiáveis. Nesse caso, as contas deverão ser reexaminadas, até ser encontrado o erro e corrigido pelo método contábil próprio, o estorno.

7. Livros

Na década de 70, época que o Novo Código Civil foi escrito, os processos eletrônicos e mecanizados de escrituração eram desconhecidos e rudimentares, sendo muito pouco utilizados. Atualmente,

em face da utilização generalizada de computadores e da internet, o vocábulo “livro” deve receber novo significado, designando não um conjunto de folhas de papel encadernadas, mas um “instrumento de escrituração empresarial”.

Nesse sentido, não obstante o anacronismo do Código Civil de 2002, dispõe o art. 2º da Instrução Normativa nº 107/2008 do Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC):

Art. 2º São instrumentos de escrituração dos empresários e das sociedades empresárias:

I - livros, em papel;

II - conjunto de fichas avulsas (art. 1.180 – CC/2002);

III - conjunto de fichas ou folhas contínuas (art. 1.180 – CC/2002);

IV - livros em microfichas geradas através de microfilmagem de saída direta do computador (COM);

V - livros digitais.

Não havendo vedação expressa na legislação, poderá ser utilizado qualquer dos instrumentos de escrituração mencionados no dispositivo citado. Dispensa-se, por exemplo, com a escrituração de livros digitais, a necessidade de utilização de papel, fato positivo, até mesmo por razões ecológicas de economia e preservação dos nossos recursos naturais.

7.1 Livro obrigatório de caráter geral

7.1.1.Livro Diário

O empresário é obrigado a possuir, de maneira geral, apenas um livro, o Livro Diário (CC/2002, art. 1.180). O conteúdo da escrituração lançada no Livro Diário vem disciplinado pelo art. 1.184 do CC/2002:

Art. 1.184. No Diário serão lançadas, com individuação, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.

[...]

§ 2º Serão lançados no Diário o balanço patrimonial e o de resultado econômico, devendo ambos ser assinados por técnico em Ciências Contábeis legalmente habilitado e pelo empresário ou sociedade empresária.

Ademais, a escrituração do Livro Diário precisa obedecer às formalidades gerais de escrituração extrínsecas e intrínsecas exigidas pela legislação. O livro precisa ser autenticado (CC, art. 1.181), possuir termo de abertura e de encerramento (Decreto-Lei nº 486/69, art. 5º, §2º), ter numeradas suas folhas⁷ (formalidades extrínsecas) e ser escriturado de acordo com as regras do art. 1.183 (formalidades intrínsecas). Vejamos: “Art. 1.183. A escrituração será feita em idioma e moeda corrente nacionais e em forma contábil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens”.

As formalidades extrínsecas e intrínsecas conferem garantia de autenticidade, consistência e organização aos dados lançados na escrituração empresarial, operacionalizando, também, a verificação da ocorrência do tipo previsto no art. 297 do Código Penal brasileiro.

7.1.2 Substituição do livro diário por fichas

O Novo Código Civil autoriza a substituição do Livro Diário por fichas no caso de a empresa optar por realizar a escrituração mecanizada ou eletrônica (art. 1.180). Optando pela escrituração de fichas, o empresário deverá escriturar um livro auxiliar, inominado, para registrar, no final do exercício, o balanço patrimonial e o demonstrativo de resultados.

⁷ Decreto-lei nº 486/68, art. 5º, e Decreto nº 64.567/69, art. 4º. O Código Civil, que dispõe sobre a escrituração do Livro Diário, parece não exigir sua numeração, mas o DNRC, nos arts. 4º, §3º, e 8º, I, ambos da Instrução Normativa nº 107/2008, entende necessária a numeração de folhas, fichas ou microfichas de escrituração.

Esse livro auxiliar é obrigatório, devendo, portanto, ser escriturado com todas as formalidades intrínsecas e extrínsecas exigidas para o Livro Diário.

7.1.3. Livro de Balancetes Diários e Balanços

O Livro de Balancetes Diários e Balanços constitui um sistema alternativo que substitui a escrituração do Livro Diário. Surgiu inicialmente para os bancos, depois para as sociedades de crédito imobiliário, sendo finalmente estendido a todos os empresários que optarem por sua escrituração.⁸

A empresa deverá lançar cada uma de suas operações, pormenorizadamente, nas fichas, e, no encerramento do dia, produzir e lançar em um livro auxiliar um balancete diário, que resumirá o movimento das contas no dia. No final do exercício, neste livro também é lançado o balanço patrimonial e o demonstrativo de resultados econômicos. Realizada a opção por sua escrituração, o Livro de Balancetes Diários e Balanços será obrigatório, devendo, portanto, observar todas as formalidades intrínsecas e extrínsecas exigidas para o Livro Diário.

7.2. Livros facultativos

Alem dos livros obrigatórios, o empresário pode escriturar outros livros, que são facultativos. Há livros facultativos tradicionais, que outrora foram obrigatórios, mas que passaram, na evolução do Direito positivo, a ser facultativos. E há livros facultativos tradicionais que nunca foram obrigatórios.

São exemplos de livros facultativos tradicionais:

1. Livro Copiador de Cartas: registra em ordem cronológica as correspondências recebidas e enviadas pelo comerciante.
2. Livro Razão:⁹ resume e totaliza, por conta ou subconta, os lança-

⁸ Ver Gonçalves Neto (2008).

⁹ O Livro Razão, desde 01/01/1992, é obrigatório para as pessoas jurídicas que apuram imposto de renda com base no lucro real, sob pena de ver estabelecido o montante devido do referido tributo através de arbitramento, nos termos do art. 259 do Regulamento

mentos efetuados no Diário. Funciona como base do balanço patrimonial.

3. Caixa: registra as entradas (receitas) e as saídas (pagamentos) em dinheiro, apurando o saldo de um período.

4. Contas Correntes: controla o movimento individual de fornecedores, consumidores, sócios e empregados que mantêm relacionamento permanente com a empresa.

5- Borrador: serve como rascunho para a escrituração dos demais livros.

Além desses, a empresa poderá criar e escriturar outros livros, conforme sua própria conveniência, não havendo limites neste ponto à criatividade do empresário.

A escrituração dos livros facultativos, como o próprio nome diz, é uma opção do empresário. Mas, uma vez adotados, os livros facultativos passam a integrar a escrituração da empresa e fazem prova contra o empresário dos fatos nele inseridos, com ou sem escrituração regular. Para que os livros possam fazer prova a favor do empresário, precisarão observar todas as formalidades intrínsecas e extrínsecas exigidas para o Livro Diário.

7.3. Livros obrigatórios de caráter especial

Além do Livro Diário, de caráter geral e obrigatório, há livros obrigatórios de caráter especial que deverão ser escriturados por parcela dos empresários, com as formalidades intrínsecas e extrínsecas prescritas para o Livro Diário, somente em certas circunstâncias.

Tomemos alguns exemplos:

1. Se a empresa vende mercadorias a prazo com saque de duplicatas, deverá então escriturar o Livro de Registro de Duplicatas (Lei nº 5.474/1968, art. 19).

2. Dependendo da forma assumida pela sociedade empresária, há livros societários ou sociais.

2.1. Para as sociedades anônimas: Livro de Registro de Ações Nominativas; Livro de Transferência de Ações Nominativas; Livro de Registro de Partes Beneficiárias Nominativas; Livro de Atas das As-

do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999).

sembléias Gerais; Livro de Presença de Acionistas; Livro de Atas de Reuniões do Conselho de Administração; Atas de Reuniões de Diretoria; Atas e Pareceres do Conselho Fiscal. Obrigatórios para as sociedades empresárias que se revistam da forma de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76, art. 100).

2.2. Para as sociedades limitadas: Livro de Atas das Assembléias (CC/2002, art. 1.075, §1º); Atas de Reuniões (CC, 2002, art. 1.079); Atas e Pareceres do Conselho Fiscal (CC/2002, art. 1.067, 1.069, II e III); Livro de Atas da Administração (CC/2002, art. 1.062).

3. Dependendo da atividade exercida pelo empresário, há livros específicos.

3.1. Para os leiloeiros: Diários de Entrada; Diário de Saída; o Contas-Correntes, o Protocolo, o Diário de Leilões e o Livro-Talão (Decreto nº 21.981/32, arts. 31 e 32, e Instrução Normativa DNRC nº110/2009, art. 11).

3.2. Para os armazéns gerais: Livro de Entradas e Saídas de Mercadoria e Livro Talão (Decreto 1.102/1903, art. 7º).

3.3. Para as cooperativas: Livro de Matrícula dos Cooperados, Livro de Atas das Assembléias Gerais, Livro de Atas dos Órgãos de Administração, Livro de Atas do Conselho Fiscal, Livro de Presença dos Associados nas Assembléias Gerais, (Lei nº 5.764/71, art 22).

7.4. Casos específicos de escrituração

7.4.1. Pequeno empresário

O pequeno empresário, no termos do art. 970 do CC/2002, é dispensado de seguir um sistema de contabilidade (CC/2002, art. 1.179, §2). O art. 970 dispõe que: “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”.

Mas qual a definição de pequeno empresário? A resposta pode ser encontrada na Lei Complementar (LC) nº 123/2006. A lei complementar que instituiu o novo estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte, revogando o anterior, estabelecido pela Lei nº 9.841/99, define pequeno empresário em seu art. 68, como “[...] o empresário individual caracterizado como microempresa na forma desta Lei Complementar que aufera receita bruta anual de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais)”.

7.4.2. Microempresas e empresas de pequeno porte

A Constituição Federal manda os entes federados conferirem tratamento privilegiado às microempresas (MC) e às empresas de pequeno porte (EPP), diante de sua importância para a economia do País:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

As microempresas e as empresas de pequeno porte são definidas pelo art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 nos seguintes termos:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Há dois regimes alternativos para as MC e as EPP. Ou elas optam por solicitar sua inclusão no “Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional”, comprovando o atendimento dos requisitos desse programa, ou, sem perder sua qualidade de MC e EPP, optam por não aderir ao Simples Nacional.

Para as MC e as EPP que não optem por aderir ao Simples Nacional, o art. 26, §2º, da Lei Complementar nº 123/2006 determina que deverão escriturar o *Livro Caixa* com sua movimentação bancária e financeira.

Mas, havendo opção pelo Simples Nacional, o art. 27 da LC nº 123/2006 preceitua que as MC e EPP “[...] poderão, opcionalmente, adotar *contabilidade simplificada* para os registros e controles das operações realizadas, *conforme regulamentação do Comitê Gestor*” (grifo nosso).

Neste ponto, a opção pelo Simples Nacional parece ser positiva. E realmente seria, não fosse a noção de “escrituração simplificada” do Comitê Gestor do Simples Nacional, revelada no art. 3º da Resolução CGSN nº 10/2007:

Art. 3º As ME e as EPP optantes pelo Simples Nacional deverão adotar para os registros e controles das operações e prestações por elas realizadas:

I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, quando contribuinte do ICMS;

III - Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS;

IV - Livro Registro dos Serviços Prestados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços prestados sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS;

V - Livro Registro de Serviços Tomados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços tomados sujeitos ao ISS;

VI - Livro de Registro de Entrada e Saída de Selo de Controle, caso exigível pela legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

§ 1º Os livros discriminados neste artigo poderão ser dispensados, no todo ou em parte, pelo ente tributante da circunscrição fiscal do estabelecimento do contribuinte, respeitados os limites de suas respectivas competências.

§ 2º Além dos livros previstos no caput, serão utilizados:

I - Livro Registro de Impressão de Documentos Fiscais, pelo estabelecimento gráfico para registro dos impressos que confeccionar para terceiros ou para uso próprio;

II - Livros específicos pelos contribuintes que comercializem combustíveis;

III - Livro Registro de Veículos, por todas as pessoas que interfram habitualmente no processo de intermediação de veículos, inclusive como simples depositários ou expositores.

§ 3º A apresentação da escrituração contábil, em especial do Livro Diário e do Livro Razão, dispensa a apresentação do Livro Caixa. (Incluído pela Resolução CGSN nº 28, de 21 de janeiro de 2008).

7.5. Livros fiscais, previdenciários e trabalhistas

Além dos livros mercantis de escrituração, o empresário deve possuir e escriturar livros impostos pelas legislações tributária, previdenciária e trabalhista. Na esfera tributária federal, o Regulamento do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica exige, no art. 262, a escrituração dos seguintes livros fiscais:

I - para registro de inventário;

II - para registro de entradas (compras);

III - de Apuração do Lucro Real – LALUR;

IV - para registro permanente de estoque, para as pessoas jurí-

dicas que exercerem atividades de compra, venda, incorporação e construção de imóveis, loteamento ou desmembramento de terrenos para venda;

V - de Movimentação de Combustíveis, a ser escriturado diariamente pelo posto revendedor.

Abrangendo o Estado e a União Federal, o ICMS e o IPI têm controle comum, devendo seu contribuinte escriturar os seguintes livros: Livro de Registro de Entradas e Livro de Registro de Saídas, Livro de Apuração do ICMS, Livro de Apuração do IPI, Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, Registro de Inventário, Registro de Entrada e Saída do Selo de Controle, Registro de Impressão de Documentos Fiscais, Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência (Decreto nº 4.544/2003, art. 369).

Na legislação tributária do município de Belo Horizonte, o art. 7º do Decreto nº 6.492, de 26 de março de 1990, com a redação dada pelo Decreto nº 13.107/2008, exige a escrituração do Livro de Registro de Entradas de Serviço pelas empresas que exerçam as atividades relacionadas em seus incisos.

No orbe do Direito Previdenciário, verifica-se que a legislação não determina a escrituração de livros próprios, especificamente previdenciários, mas exige a escrituração dos fatos geradores de contribuições sociais nas contas dos livros fiscais e comerciais, os quais servirão de base para fiscalização da empresa.

Nesse sentido, o Ministério da Previdência Social apenas aponta, entre as obrigações acessórias a cargo da empresa ou equiparada, o dever de:

[...] lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições sociais a cargo da empresa, as contribuições sociais previdenciárias descontadas dos segurados, as decorrentes de

sub-rogação, as retenções e os totais recolhidos.¹⁰

A legislação trabalhista, por sua vez, impõe a escrituração de dois livros específicos, o Livro de Registro de Empregados e o Livro de Inspeção do Trabalho. Ademais, exige, para empresas com mais de dez funcionários, a escrituração do Livro de Registro de Ponto.¹¹

Se a sanção cominada no caso da escrituração mercantil é indireta, no caso de inexistência ou falha na escrituração dos livros exigidos pelas legislações tributária, previdenciária e trabalhista a sanção será direta, traduzindo-se em pesadas multas administrativas e mesmo em sanções penais. Isso porque a falta de escrita regular nestas searas não diz respeito tão-somente ao empresário. Normalmente, nesse caso, a falha na escrituração desemboca no não pagamento, ou no pagamento a menor, de impostos, contribuições sociais e encargos sociais trabalhistas.

8. Autenticação dos livros

O art. 1.181 do Código dispõe que:

Art. 1.181. Salvo disposição especial de lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis.

Parágrafo único. A autenticação não se fará sem que esteja inscrito o empresário, ou a sociedade empresária, que poderá fazer autenticar livros não obrigatórios.

O preceito visa resguardar a autenticidade dos livros e das fichas de escrituração, exigindo sua autenticação. Nada obstante, seu mandamento merece ressalva. Ao exigir que a autenticação seja feita antes de seu uso, o preceito acaba por inviabilizar a escrituração por livros digitais ou por microfichas de saída direta do computador, meios de escrituração utilizados, atualmente, pela maioria das empresas, por

¹⁰ Disponível em: <http://www1.previdencia.gov.br/pg_secundarias/paginas_perfis/perfil_Empregador_02_05.asp>. Acesso em: 07 fev. 2010.

¹¹ O livro de registro de ponto pode ser substituído por folha ou por cartão de ponto.

sua praticidade e eficiência.

De fato, se o preceito do art. 1.181, *caput*, do CC/2002 não for ponderado, as empresas deverão retroceder no controle de suas contas, adotando escrituração manual em livros de papel ou em fichas datilografadas ou impressas.

Assim sendo, visando corrigir o problema, o DNRC editou a Instrução Normativa nº 107/2008, extrapolando, em seu art. 12, o mandamento literal do art. 1.181, *caput*, do Código Civil ao determinar que:

Art. 12. Lavrados os Termos de Abertura e de Encerramento, os instrumentos de escrituração dos empresários e das sociedades empresárias, de caráter obrigatório, salvo disposição especial de lei, deverão ser submetidos à autenticação pela Junta Comercial (art. 1.181 – CC/2002, excepcionadas as impossibilidades técnicas):

I - antes ou após efetuada a escrituração, quando se tratar de livros em papel, conjuntos de fichas ou folhas contínuas;

II - após efetuada a escrituração, quando se tratar de microfichas geradas através de microfilmagem de saída direta do computador (COM) e de livros digitais.¹²

Destaque-se que a autenticação só é possível para os empresários regularmente inscritos e não se limita aos livros obrigatórios, podendo, a critério do empresário, ser estendida aos livros facultativos integrantes da escrituração da empresa.

9. Regra geral de escrituração

O art. 1.183 do CC/2002 estabelece regras para a escrituração dos livros empresariais em geral. Determina que a escrituração deverá ser feita em idioma e moeda corrente nacionais e em forma contábil, por

¹² A Instrução Normativa nº 107/2008 do DNRC traz títulos específicos sobre os livros digitais e sobre as microfichas de saída direta do computador, pelo que, havendo interesse em se aprofundar no assunto, recomendamos sua leitura.

ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transporte para as margens. A escrituração, ordinariamente, deverá ser feita diariamente, com individualização, clareza e com identificação do documento correspondente.

A escrituração pode ser direta (de próprio punho) ou por reprodução do documento por papel carbono ou processo gelatinoso (os quais foram abandonados pela prática contábil há muito tempo).

No final de cada exercício, o livro, depois de receber escrituração regular, será assinado pelo contabilista responsável e pelo empresário. No caso de sociedade empresária, o balanço será lançado depois de aprovado na forma estatutária.

10. Escrituração resumida

A escrituração do Livro Diário, como seu próprio nome diz, deve ser feita diariamente. O Código Civil de 2002, contudo, autoriza a empresa a realizar escrituração resumida no Livro Diário, lançando-se no seu corpo os totais das operações de período máximo de trinta dias, caso essas operações sejam muito numerosas ou se realizadas fora da sede do estabelecimento.

Nesta hipótese, deverá haver um livro auxiliar obrigatório para cada agente externo ou para cada estabelecimento, no qual será detalhada cada uma das operações realizadas.

Os livros auxiliares são autenticados conjuntamente com o Livro Diário (Instrução Normativa nº 107/2008, art. 15, IV, 'a'), devendo, outrossim, revestir-se de todas as demais formalidades extrínsecas e intrínsecas previstas na escrituração deste.

A utilização da escrituração resumida é bastante adequada quando há volume grande de vendas externas, quando há vários estabelecimentos em várias praças e ainda quando os livros fiscais exigirem a individualização da operação, para evitar duplicidade de lançamentos.

11. Códigos de números e abreviaturas

As empresas, independentemente do ramo de atuação, podem optar por codificar ou abreviar as operações empresariais para facilitar sua escrituração.

A empresa que escolher essa opção poderá determinar os códigos e as abreviaturas de acordo com sua necessidade e conveniência. Contudo, o art. 6º, parágrafo único, da Instrução Normativa nº 107/2008 do DNRC determina que a codificação deve permanecer inalterada durante todo o período de escrituração.

Ademais, a empresa deverá possuir um livro específico discriminando todos os códigos e as correspondentes operações, bem como todas as abreviaturas e seus respectivos significados, devendo referido livro, por ser obrigatório, revestir-se das formalidades intrínsecas e extrínsecas exigidas para o Livro Diário.¹³

12. Balanços e demonstrativos

O Código Civil de 2002 exige seja lançado no livro apropriado, no final exercício, o Balanço Patrimonial e o Demonstrativo de Resultados Econômicos.

12.1. Balanço patrimonial

O Balanço Patrimonial é uma peça contábil confeccionada para exprimir, com clareza e fidelidade, a situação real do patrimônio da empresa em um determinado momento. O Código Civil de 2002 não detalha a estrutura do balanço patrimonial, sendo aplicáveis os arts. 178 e 179 da Lei de Sociedade por Ações.

¹³ No caso de ser escriturado livro digital, essa escrituração deverá abranger os códigos e suas correspondentes operações, as abreviaturas e seus significados.

12.1.1. Exemplo gráfico de balanço patrimonial

ATIVO	PASSIVO
ATIVO CIRCULANTE	PASSIVO CIRCULANTE
Disponibilidades: Caixa, Aplicações de curtíssimo prazo no Mercado Financeiro.	Fornecedores ou Duplicatas a Pagar
Duplicatas a Receber ou Clientes	Empréstimos Bancários de Curto Prazo
Estoques	Títulos a Pagar
Realizável de longo prazo: Títulos a receber; Outros Valores a receber	Encargos Sociais a Pagar
Aplicações para despesas do exercício seguinte	Salários a Pagar
	Impostos a Pagar
	Financiamentos
ATIVO NÃO CIRCULANTE	PASSIVO NÃO CIRCULANTE
Realizável de longo prazo: Aplicações em Valores Mobiliários Cauções e Garantias Depósitos Judiciais.	Exigível de Longo Prazo: Financiamentos de Longo Prazo Debêntures emitidas pela empresa
Investimentos	PATRIMÔNIO LÍQUIDO
Imobilizado: máquinas, equipamento e instalações (depreciações)	capital social
Intangível :bens incorpóreos (amortização)	reservas de capital
	ajustes de avaliação patrimonial

	reservas de lucros
	ações em tesouraria
	prejuízos acumulados

12.1.2. Livro Razão

A escrituração do Livro Razão somente é juridicamente obrigatória para as empresas que recolham Imposto de Renda de Pessoa Jurídica com base no lucro real. Contudo, sua utilização facilita a elaboração do balanço patrimonial das empresas, de modo que, mesmo não sendo obrigadas, elas terminam por optar escriturá-lo.

No Livro Razão, são separadas e organizadas as informações lançadas no Livro Diário em contas e subcontas pelo método das partidas dobradas. Cada conta e subconta do Livro Razão corresponde a um elemento do patrimônio da empresa, a ser considerado em campo específico no balanço patrimonial.

Assim, o contabilista escritura regularmente o Livro Razão, lançando todas as operações da empresa e, no final do exercício, para produzir o balanço patrimonial, transporta o total de cada conta do Livro Razão para o campo correspondente do balanço patrimonial.

Em razão disso, o Livro Razão é considerado o livro mais importante na ótica contábil.

12.1.3. Inventário

Não há uma regra geral determinando que todas as pessoas jurídicas devam proceder ao inventário. Há, contudo, regras específicas determinando a elaboração do inventário para determinadas sociedades empresárias e não empresárias e há, também, regras fiscais, determinando a transcrição dos inventários em livro próprio.

Na prática, não há possibilidade de elaborar os balanços sem proceder anteriormente ao inventário. Então o inventário sempre é realizado pelas empresas.

O Código Civil de 2002 prevê critérios para a determinação do valor pelo qual os bens, que compõem esse inventário, devem figurar no balanço.

Os bens de exploração, incluindo máquinas e equipamentos, entram no ativo pelo preço de custo, sendo excluída a amortização já realizada. A matéria-prima e os estoques podem entrar pelo preço de custo ou pelo preço corrente. Entram pelo preço corrente se este for menor que o preço de custo. Se o preço de custo for menor do que o preço corrente, e a avaliação se der pelo preço corrente, esta diferença não poderá ser levada em conta para a distribuição dos lucros, nem para as percentagens referentes a fundos de reserva. Ações e títulos que tiverem cotação em bolsa entram no balanço pelo preço desta cotação. Se não tiverem cotação em bolsa, entram pelo custo de aquisição. Os créditos prescritos ou de difícil liquidação não entram no balanço, a menos que haja provisão para devedores duvidosos.

O Código Civil de 2002 também permite que sejam amortizados os investimentos para a instalação da empresa, chamados pré-operacionais, incluindo despesas de instalação, os juros sobre este investimento, e o aviamento.

12.1.4. Sociedades coligadas

O investimento em sociedades coligadas deve ser pormenorizado se for maior que 10% do valor do patrimônio líquido em uma só sociedade coligada, ou se for maior de 15% do patrimônio líquido no conjunto de sociedades coligadas.

12.2. Demonstrativo de resultados econômicos

O Demonstrativo de Resultados Econômicos presta-se para aferir o resultado do exercício, planejar as metas para o próximo exercício e verificar o montante do patrimônio líquido, determinando-se, conseqüentemente, a capacidade de endividamento da empresa.

O Código Civil não detalhou o conteúdo do Demonstrativo de Resultados Econômicos, sendo aplicável, subsidiariamente, o art. 187 da Lei nº 6.404/76.

12.2.1 Exemplo gráfico de Demonstrativo de Resultados Econômicos

Receitas Operacionais Brutas -(Impostos indiretos) -(Devoluções)
Receitas Operacionais Líquidas -(Custo dos Produtos ou Mercadorias Vendidos)
Lucro Bruto -(Despesas Administrativas) -(Despesas Funcionais) -(Despesas Comerciais ou de Vendas) -(Despesas Gerais) -(Provisão para Devedores Duvidosos) -(Depreciação)
Lucro Operacional +/-Resultado Financeiro (Despesas – Receitas Financeiras) +/-Resultado não Operacional (Receitas – Despesas não Operacionais)
Resultado do exercício antes do Imposto de Renda e CSLL -(Provisão para Imposto de Renda e CSLL)
Lucro após Imposto de Renda - (participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa) -(Reservas Legais)
Lucro à Disposição dos Acionistas

12.2.2. Destinação do lucro ou do prejuízo apurado

Produzido o Demonstrativo de Resultados Econômicos e apurada a realização de lucro, este poderá destinar-se a cobrir prejuízos anteriores, a constituir ou integrar reserva para absorver eventuais prejuízos futuros. Poderá também ser incorporado ao capital social, com o aumento deste, ou ser distribuído aos sócios, na forma de dividendos.

As sociedades por ações têm regra especial a respeito, no art. 202, da Lei nº 6.404/76, o qual manda distribuir 50% do lucro líquido, descontadas as reservas, se não houver previsão estatutária a respeito, ou, no mínimo 25% do lucro líquido se houver disposição estatutária.

Nos demais tipos societários não há obrigação legal de distribuir lucro aos sócios.

Apurado prejuízo no exercício, este poderá ser absorvido por reserva destinada a este fim, ficar pendente de cobertura para ser compensado com o lucro dos exercícios futuros, ou ser rateado pelos sócios.

13. Princípio da inviolabilidade da escrituração mercantil

Ressalvados os casos previstos em lei especial, nenhuma autoridade administrativa ou judiciária poderá fazer ou ordenar diligência para saber se o empresário escriturou seus livros com a observância das formalidades prescritas (CC/2002, art. 1.190). O empresário não poderá ser alvo de curiosos ou de pessoas mal intencionadas.

As ressalvas em lei especial somente dizem respeito às companhias abertas, fiscalizadas pela CVM, às instituições financeiras, fiscalizadas pelo Banco Central, e às empresas sujeitas à fiscalização das agências reguladoras Anatel, Aneel, ANP, ANTT etc.

14. Exibição da escrituração empresarial

14.1. Função probatória dos instrumentos contábeis

Os livros têm função probatória. O art. 226 do CC/2002 estabelece

que: “Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a quem pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios”.

No mesmo sentido dispõem os preceitos do arts. 378 e 379 do Código de Processo Civil (CPC). Naturalmente, não apenas os livros têm função probatória, mas também toda a documentação que lastreia a escrituração.

14.2 Exibição judicial

Em qualquer caso, a exibição dos livros só pode ser ordenada pelo juiz no curso de processo judicial.

Há dois casos de exibição. A exibição poderá ser integral ou parcial e abrangerá, além dos livros, a exibição de todos os meios e documentos de que lastreiam a escrituração da empresa. Tanto a exibição integral quanto a exibição parcial são disciplinadas pelo art. 1.191 do CC/2002:

Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência.

§ 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão.

§ 2º Achando-se os livros em outra jurisdição, nela se fará o exame, perante o respectivo juiz.

O rol do *caput* do artigo é *numerus clausus* porque representa uma exceção à regra geral de inviolabilidade da escrituração mercantil.

No caso específico da falência, o empresário é obrigado a entregar

os livros para a autoridade judicial (Lei nº 11.101/2005, art. 104), que os entrega para o administrador da massa, ficando à disposição para exame de qualquer credor (Lei nº 11.101/2005, art. 22, III, 'a').

A exibição parcial ocorre quando o empresário é parte no processo. Nesse caso, a exibição deve limitar-se às questões debatidas pelas partes. Há súmula do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. A Súmula nº 260 determina que “O exame de livros comerciais em ação judicial fica limitado às transações entre os litigantes”.

A exibição ordinariamente ocorrerá no estabelecimento do empresário ou no escritório do contabilista que escritura os livros. Nesse sentido, note que o livro deve permanecer sempre sob a guarda do empresário, evitando extravios e alterações dos dados escriturados.

Se os livros estiverem em outra comarca, a exibição ocorrerá por carta precatória, nos termos dos arts. 201 e seguintes do CPC.

A sanção para a recusa de exibição integral é a busca e apreensão (CC/2002, art. 1.192) e a sanção para a recusa de exibição parcial é a constituição de presunção *iuris tantum* de veracidade dos fatos que a outra parte alegou (CC/2002, art. 1.192, *in fine* e parágrafo único). Como a presunção é relativa, não se mostra suficiente para a procedência do pedido. Para tanto, o fato alegado não poderá contrastar com as demais provas do processo, e deve haver verossimilhança na alegação.

14.3. Exibição às autoridades tributárias

O art. 1.193 do CC/2002 licencia as autoridades fazendárias a examinar os livros mercantis para fiscalizar o pagamento de “impostos”.

O dispositivo fala em impostos, mas na verdade refere-se aos tributos em geral. Tanto as autoridades federais quanto as estaduais e municipais poderão fiscalizar o recolhimento dos tributos de sua competência por meio da escrituração empresarial.

Nesse caso, a exibição dos livros não será integral, limitando-se aos documentos e livros diretamente relacionados à hipótese de incidência do tributo que fiscalizam.

As autoridades não poderão, ademais, recolher livros ou ordenar que estes sejam levados à repartição administrativa em que funcionam. Deverão guardar sigilo sobre todos os dados da empresa aos quais tiveram acesso durante o procedimento de fiscalização, sob pena de incorrer no crime do art. 154 do Código Penal.

15. Dever de guarda dos livros

O empresário deve guardar seus livros, e os documentos neles referidos, até que os atos descritos sejam alcançados pela prescrição ou pela decadência (CC/2002, art. 1.194).

O prazo prescricional depende da natureza de cada ato ou operação. O prazo prescricional máximo estabelecido no Novo Código Civil é de dez anos (CC/2002, art 205). As obrigações previdenciárias do FGTS prescrevem em trinta anos (Lei nº 8.036/90, art. 23, §5º). As tributárias sujeitam-se ao prazo prescricional de cinco anos (Código Tributário Nacional, art. 174). As obrigações cambiais sujeitam-se ao prazo prescricional de três anos, de um ano no caso de direito de regresso do tomador contra devedores indiretos, de seis meses no caso de cobranças entre devedores indiretos (Lei Uniforme de Genebra, art. 72).

Como o contador ou técnico de contabilidade pode não ter formação jurídica sólida, o empresário e a sociedade empresária não deverão se precipitar em se livrar da documentação contábil, assumindo uma postura conservadora e guardando-a pelo maior tempo possível.

16. Referências bibliográficas

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao código civil* – parte especial: do direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FERREIRA, Antônio Gomes. *Dicionário de Português-Latim*. Porto: Porto Editora, 1985.
- FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Manual de Direito Comercial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 1.
- FRANCO, Vera Helena de Mello; STAJN, Raquel. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: RT, 2005. v. 2.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MAMEDE, Gladson. *Manual de direito empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de Direito Empresarial*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação civil extravagante em vigor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007. 2 v.
- RESTIFFE, Paulo Sergio. *Manual do novo direito comercial*. São Paulo: Dialética, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TOMAZETE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2008. v.1.
- TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino Português*. Porto: Gráficos Reunidos, 1986.
- WALD, Arnoldo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. (Do direito de empresa, v. 9).

Artigo enviado em: 12/02/2010

Artigo aprovado em: 29/07/2010

**PRISIONIZAÇÃO: MÚLTIPLOS
ASPECTOS DA ASSIMILAÇÃO PRISIONAL**

FÁBIO LOBOSCO

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2009). Mestrando em Direito Político e Econômico pela mesma Universidade. Membro do grupo de pesquisa Moderna Tendências do Delito da Faculdade de Direito Mackenzie. Professor Convidado da Pós-Graduação em Computação Forense da Universidade Presbiteriana Mackenzie - Fundamentos da Investigação Criminal e Fundamentos do Processo Civil e Processo Penal. Membro da Comissão de Crimes de Alta Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil/SP. Atualmente é advogado - Ópice Blum Advogados Associados. Tem experiência na área de direito penal, cível e eletrônico.

RESUMO: O presente artigo fornece uma visão acerca do fenômeno psicossociológico da *prisionização*. Amparado em posicionamento doutrinário plural, e fundamentado na pioneira obra do autor norte-americano Donald Clemmer, analisa primeiramente os aspectos fundamentais do instituto, posicionando-o diante de uma multiplicidade de problemas carcerários, para então analisar sua origem e conceituação geral. Apresenta as premissas metodológicas para plena compreensão do fenômeno, através de um estudo de suas características gerais, aprofundando-se na análise dos agrupamentos sociais e aspectos estruturais da penitenciária. Em seguida, conceitua a fase inicial de *prisionização*, identificando seus principais elementos. Verifica as principais condicionantes de atuação da assimilação prisional, estabelecendo critérios para mensurar sua intensidade, para então identificar os efeitos do fenômeno sobre a personalidade do encarcerado. Por fim, aborda o fenômeno de maneira ampliada, analisando-o em relação a todos os sujeitos de um determinado sistema prisional, para então vislumbrá-lo diante da realidade penitenciária contemporânea, a fim de verificar a validade de seus critérios e suas principais alterações diante da atual situação do sistema carcerário.

PALAVRAS-CHAVE: Prisionização; assimilação prisional; Donald Clemmer; premissas metodológicas; fase inicial de prisionização; condicionantes gerais; prisionização ampla; assimilação prisional e a nova realidade penitenciária.

ABSTRACT: The present article provides a view of the psycho-sociological prisonization phenomena. Supported by a plural doctrinary approach and based upon the pioneer study of the North-American author Donald Clemmer, one at first analyzes the fundamental aspects of the institute, positioning itself in face of a multiplicity of penitentiary problems, in order to dissect its origin and general concept. One presents the methodological premise for the full comprehension of the phenomena, through a study of its general characteristics, taking an in-depth analysis of the social groups and structural aspects of the penitentiary. Afterwards, one conceptualizes the initial phase of prisonization, identifying its main elements. Then, one verifies the major conditioners of the penitentiary assimilation influence, thus establishing criterias to measure its intensity, in order to verify the effects of the phenomena on the prisoner's personality. At last, one approaches the phenomena in an amplified manner, studying it in relation to all of the members of a determined penitentiary system, only to observe it in face of a contemporary penitentiary reality and verify its criteria's validity and its most important changes in relation to the current situation of the penitentiary system.

KEY-WORDS: Prisonization. penitentiary assimilation; Donald Clemmer; methodological premisses; prisonization initial phase; general conditioners; ample prisonization; penitentiary assimilation and the new penitentiary reality.

SUMÁRIO: 1. Aspectos fundamentais. 1.1. Dois grandes grupos de problemas carcerários. 1.2. Origem e conceito. 1.3. Premissas metodológicas. 1.3.1. Características gerais. 1.3.2. Os grupos sociais penitenciários. 1.3.3. Aspectos estruturais da penitenciária. 2. Fase inicial de prisionização. 3. Condicionantes gerais. 4. Efeitos da prisionização. 5. Considerações finais. 5.1. Prisionização em sentido amplo. 5.2. Nova realidade penitenciária e sugestões para solucionar seus problemas. 5.3. Constatações. 6. Referências bibliográficas.

1. Aspectos fundamentais

1.1. Dois grandes grupos de problemas carcerários

O correto entendimento acerca das características fundamentais do fenômeno da *prisionização* pressupõe uma análise de maior amplitude, apta a posicioná-lo devidamente diante da multiplicidade de problemáticas carcerárias.

Partindo desta necessidade, e com base nas lições do professor Alvino de Sá (2007, p.113), é possível dividir os problemas da estrutura prisional em dois grandes grupos distintos, o primeiro deles atrelado à ineficiência da administração pública e o segundo relacionado a aspectos derivados da própria essência da pena privativa de liberdade.

Esse primeiro grupo engloba a problemática originada pela inabilidade técnica e administrativa de uma má gestão pública, que, associada ao desinteresse político, traduz consequências desastrosas para a estrutura prisional. Nessa esteira, Alvino de Sá (2007, p. 113) enumera alguns dos notórios efeitos albergados por este grupo, quais sejam,

[...] presídios sem infra-estrutura mínima necessária, material e humana, para o cumprimento de pena; falta de condições materiais e humanas para o incremento dos regimes progressivos de cumprimento de pena, conforme prevê o texto legal; superpopulação carcerária, com todas as suas inúmeras consequências, descumprimento da lei, etc., etc.

Feita essa enumeração meramente exemplificativa, conclui citado doutrinador (2007, p. 113) que o cerne da questão é a “falta de pessoal vocacionado” para o sistema penitenciário, e tal déficit justifica-se pelo “desprestígio fomentado, seja por parte dos órgãos oficiais, seja por parte da sociedade”.

O segundo grupo, por sua vez, abarca os problemas oriundos da própria natureza da pena privativa de liberdade. São consequências sócio-psicológicas intrinsecamente ligadas aos efeitos causados pelos processos de isolamento e confinamento. À guisa de exemplo, é possível citar como problemas inseridos nesse grupo: a segregação social experimentada pelo encarcerado, sua convivência forçada no meio

criminoso, a sua desestruturação e alienação psicológica quanto aos aspectos básicos da vida extramuros e, por fim, a *prisionização*.

Os problemas integrantes do primeiro grupo são passíveis de solução, desde que enfrentados com seriedade pela administração pública, através da elaboração de uma política penitenciária efetiva. Em contrapartida, a problemática apresentada pelo segundo conjunto é incapaz de plena resolução, pois, a não ser que se alterem profundamente os caracteres básicos da pena privativa de liberdade (hipótese esta absurdamente remota, para não dizer impossível), sua aplicação continuará a perpetuar os mesmos efeitos danosos à realidade social e psicológica do condenado.

Apesar de insolucionáveis, tais problemas podem ser minorados. O abrandamento dos efeitos intrínsecos do ambiente carcerário está diretamente relacionado ao maior ou menor desenvolvimento da problemática integrante do primeiro grupo acima retratado.

Dessa forma, quanto maior a precariedade da estrutura material do sistema penitenciário, mais intensos e diversos serão os efeitos naturais da privação de liberdade, sendo possível afirmar uma relação de influência direta do primeiro sobre o segundo agrupamento, de modo a potencializar ou minimizar as conseqüências nefastas do confinamento forçado.

Após essas breves considerações é possível afirmar, preliminarmente, que a *prisionização* consiste em um fenômeno sócio-psicológico, inserido no segundo grande grupo de problemas carcerários, originada de efeitos inevitáveis do cárcere, e, portanto, incapaz de plena solução, podendo, porém, ser minorada diante de uma estrutura penitenciária adequada. Convém agora analisar a origem do termo, conceituando-o segundo uma visão doutrinária plural.

1.2 Origem e conceito

A *prisionização* tem sua origem em um dos capítulos da obra *The Prison Community*, do autor norte-americano Donald Clemmer (1958, p. 299). Para compreensão de seu exato significado, torna-se imprescindível analisar, brevemente, aspectos pessoais do supracitado autor, a fim de verificar os reflexos destes em sua obra.

Donald Clemmer trabalhou por mais de trinta anos na estrutura prisional norte-americana, exercendo funções de diretoria e fiscalização no Departamento Penitenciário do Distrito do Governo de Columbia. Responsável pela custódia de quatro mil e oitocentos homens, divididos em quatro penitenciárias, Clemmer, ao longo de suas três décadas de trabalho, afirmou visitá-las ao menos seis vezes por semana.

A obra *The Prison Community* foi produzida no início de sua carreira carcerária, fruto de um estudo de três anos (1931-1934), nos quais, com a ajuda de uma equipe formada de psiquiatras, psicólogos e sociólogos, Clemmer esteve imerso em uma penitenciária, com o objetivo de traçar um panorama da estrutura social de uma prisão. Sua importância para o estudo da *prisonização* não se restringe ao batismo do fenômeno, pelo contrário, a doutrina brasileira pouco acrescentou aos estudos de Clemmer. Portanto, conhecer sua teoria é premissa para compreender e atualizar o tema.

A idéia de *prisonização* está relacionada ao conceito sociológico de assimilação, o qual pode ser entendido como “[...] processo lento, gradual, mais ou menos inconsciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocada, a ponto de se tornar característico dela”. (Thompson, 1993, p. 23).

Esse processo de assimilação, facilmente constatado ao observar-se a mudança comportamental de imigrantes em razão da influência cultural de um determinado país, apesar de guardar semelhança com o conceito de Clemmer, não traduz com perfeição a idéia do autor, razão pela qual se optou por um novo termo, de origem baseada através do seguinte raciocínio:

[...] assim como utilizamos o termo Americanização para descrever o maior ou menor grau de integração do imigrante ao esquema de vida da América, nós podemos utilizar o termo *prisonização* para indicar adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos e regras da cultura geral da penitenciária (CLEMMER, 1958, p. 299, tradução nossa).¹

¹ [...] as we use the term Americanization to describe a greater or less degree of the immigrant's integration into the America scheme of life, we may use the term *prisonization* to indicate the taking on in greater or less degree of the folkways, mores, customs, and general culture of the penitentiary.

Diante do exposto, é possível afirmar que a *prisionização* é um processo particular de assimilação da cultura prisional, sendo tal cultura entendida tanto em seu prisma formal quanto no informal. Desse modo, não apenas leis, normas administrativas e regimento interno compõem a cultura de uma penitenciária, mas sim, e principalmente, a informalidade da organização e manifestações sociais de seus membros. A estrutura penitenciária e os processos sociais nela inseridos atuam reciprocamente, criando uma força social determinante, capaz de alterar os aspectos sócio-psicológicos de seus membros, condicionando suas atitudes conforme os valores da vida carcerária.

A doutrina brasileira recepcionou a idéia entre as décadas de 60 e 70, ora valendo-se do termo *prisionização*, ora traduzindo-o como *prisonalização*. Divergências terminológicas à parte, os estudiosos nacionais acompanharam o pensamento de Clemmer, pouco acrescentando a sua teoria. Augusto Thompson, em sua clássica Questão Penitenciária (1993, p. 24), foi bastante fiel às palavras do cientista americano, ao afirmar ser um preso *prisionizado* aquele que:

[...] desliza para dentro dos padrões existentes; aprende a jogar ou aprende novas maneiras de fazê-lo; adquire comportamento sexual anormal; desconfia de todos, olha com rancor os guardas e até os companheiros etc. Em suma: vem a aceitar os dogmas da comunidade.

Segundo Manoel Pedro Pimental (apud SHECAIRA, 2008, p. 302), o homem *prisionizado*:

[...] é alguém inadaptado para o convívio em liberdade, exatamente por se identificar com a *instituição total* a que está recolhido, até por necessidade de sobrevivência. Fica ele condicionado pelas ‘regras da casa’, um conjunto relativamente explícito e formal de prescrições e proibições que expõe as principais exigências quanto à conduta do internado.

Em sentido semelhante, Bittencourt (1993, p. 171) afirma tratar-se “[...] de uma aprendizagem que implica em um processo de dessocialização. Esse processo dessocializador é um poderoso estímulo

para que o recluso recuse, de forma definitiva, as normas admitidas pela sociedade exterior”. Esta notória característica de dessocialização é também enfatizada por Miotto (1992, p.186) ao retratar as conseqüências do confinamento sob a ótica do detento:

[...] enquanto ele esteve na prisão, o mundo fora dela teve sua evolução, da qual ele não participou, tendo tido a sua própria, conforme a vivência prisional, e o convívio com os outros presos e o pessoal do estabelecimento. Daí resulta que, ao mesmo tempo que se desajustava do convívio social, se ajustava à vivência prisional e se integrava no convívio prisional.

Diante dessas considerações, notam-se como principais efeitos do fenômeno da *prisionização* a desestruturação da personalidade do indivíduo encarcerado e a sua dessocialização para com a vida extramuros. Entretanto, antes de aprofundar tais temas, é necessário abordar algumas premissas metodológicas, com o escopo de facilitar o entendimento acerca do tema.

1.3. Premissas metodológicas

1.3.1. Características e condicionantes gerais

A primeira precaução metodológica a ser observada ao se falar em *prisionização* é saber distinguir este fenômeno do conceito sociológico de assimilação. Conforme mencionado, ambos os conceitos guardam semelhanças, tendo em vista que se relacionam à absorção cultural, proveniente de uma força social, capaz de moldar as atitudes dos indivíduos. Entretanto, a assimilação é um processo de menor intensidade, no qual as modificações comportamentais apresentam-se de forma lenta e gradual. A *prisionização*, por sua vez, traduz-se numa força de elevada potência, que, em razão das características peculiares do ambiente carcerário e de seus membros, torna sua atuação muito mais agressiva, a ponto de afirmá-la como um fenômeno inevitável, variável e cíclico.

Inevitavelmente, pois “Todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à *prisionização*, em alguma extensão” (Thompson, 1993, p. 24). Tal afirmação justifica a inclusão do fenômeno no segundo grande grupo de problemas carcerários, reiterando os indesejados,

porém inescusáveis, efeitos intrínsecos da privação de liberdade e da convivência forçada em meio estranho. Esta mesma afirmação demonstra o caráter variável da *prisionização*, ou seja, dois homens inseridos, em um mesmo ambiente carcerário, sob as mesmas condições, podem apresentar graus distintos de *prisionização*. Isso se dá em razão da diferença de condicionantes pessoais, a serem abordadas em momento oportuno.

Por fim, uma característica diferenciadora do fenômeno comentado, em relação à assimilação sociológica, é seu caráter cíclico: a presença ou ausência de determinadas condicionantes, aliadas a um determinado lapso temporal, é capaz de intensificar ou minorar o grau de *prisionização* de um determinado indivíduo, razão pela qual Clemmer esclarece que:

[...] o processo não necessariamente se desenvolve de uma maneira mensurável ou ordenada, mas tende a ser irregular. Em alguns casos, por nós apurados, o processo funcionou em um ciclo. A quantidade e velocidade de *prisionização* pode ser apurada somente através do comportamento e das atitudes dos homens, e estes variam de homem a homem, e, em relação ao mesmo homem, de tempo em tempo. (CLEMMER, 1958, p. 302, tradução nossa).²

Nessa esteira, é possível identificar duas condicionantes de maior importância para análise do fenômeno: o tempo e a estrutura psicológica dos membros inseridos numa estrutura prisional. O maior ou menor grau de assimilação prisional será influenciado diretamente pelo lapso temporal experimentado pelo condenado no cumprimento de sua pena bem como pelas características de sua estrutura psíquica, estas aptas a determinar sua suscetibilidade à absorção dos valores carcerários.

Ao expor determinadas premissas, afirmando a existência de condicionantes objetivas, aptas a identificar diferentes graus de assimilação

² [...] the process does not necessarily proceed in an orderly or measured fashion, but tends to be irregular. In some cases we have found the process working in a cycle. The amount and speed of prisionization can be judged only by the behavior and attitudes of the men, and these vary from a man to man and in the same man from time to time.

prisional, torna-se intuitivo vislumbrar a *prisionização* como um fenômeno facilmente perceptível e mensurável. Entretanto, tal impressão não merece prosperar, pois, conforme restará demonstrado, a elaboração de critérios seguros para analisá-la diante de um determinado indivíduo é uma tarefa extremamente complexa e dificultosa.

Como bem assevera Clemmer (1958, p. 297, tradução nossa), “[...] nosso problema em determinar a origem, o desenvolvimento e os tipos de atitudes existentes, seria relativamente simples se na prisão nós tivéssemos uma estrutura social estável”.³ Dessa forma, o primeiro obstáculo ao estudo da *prisionização* são as próprias características da sociedade penitenciária, tendo em vista que esta é formada a contragosto de indivíduos inseridos à força, obrigados a se sujeitarem a uma estrutura de poder opressiva. A prisão, segundo Bogos (2008, p. 70) é marcada por

[...] uma permanente conflitividade desde seus aspectos estruturais e organizacionais; provoca-se um antagonismo entre o corpo funcional e os internados, antagonismo que se expressa por meio de rígidos estereótipos que salientam os aspectos negativos de cada grupo [...].

Essa instabilidade social torna a apuração comportamental uma tarefa árdua, pois cada um dos membros da estrutura penitenciária possui história, objetivos e opiniões próprias. O fato de dividirem o mesmo espaço físico não implica em identificação mútua, pelo contrário, a convivência forçada tende a aflorar diferenças, tornando o ambiente carcerário um caldo social caótico, onde os processos de integração entre seus indivíduos são constituídos e eliminados em uma rapidez assustadora. Nesse sentido, Clemmer observou que:

[...] o mundo do prisioneiro é um mundo atomizado. Suas pessoas são átomos interagindo em confusão. É um mundo dominado e submisso. Sua própria comunidade é ausente de uma estrutura social bem estabilizada. Valores reconhecidos produzem

³ [...] our problem of determining the origin, development, and types of attitudes which exist would be relatively simple if in the prison we had an established social structure [...].

uma miríade de atitudes conflitantes. Não há objetivos comunitários definidos. Não há consenso para um objetivo comum. (CLEMMER, 1958, p. 270, tradução nossa).⁴

1.3.2. Os grupos sociais penitenciários

Após cientificar-se acerca da dificuldade em se apurar o fenômeno da *prisionização*, cabe ressaltar o alvo central do estudo de Clemmer, o detento. Como bem observa Thompson:

[...] se um interno, ao ingressar na coletividade carcerária, se submete a uma adaptação, também o membro novato da administração (seja o diretor, um psicológico ou um guarda) sujeita-se ao mesmo processo de assimilação. O que significa: *todos* os partícipes da relação penitenciária sofrem os efeitos da *prisionização*. (THOMPSON, 1993, p. 25, grifo nosso).

Entretanto, a pesquisa do autor norte-americano vislumbrou tão somente o comportamento dos presos, cabendo à doutrina contemporânea investigar a influência dos valores carcerários sobre os demais sujeitos da estrutura penitenciária. No presente momento, para fins didáticos, torna-se oportuno acompanhar o professor norte-americano, centrando o estudo na figura do encarcerado.

Conforme restou entendido, a *prisionização* é um fenômeno cuja força é exercida graças à conjugação entre a estrutura penitenciária e as relações sociais dela decorrentes. Dessa forma, ainda numa análise preliminar, é necessário vislumbrar as diversas maneiras de organização da sociedade prisional.

Dadas suas peculiaridades, a sociedade carcerária é marcada por velozes processos de associação e dissociação, ou seja, os apenados tendem a se agrupar e se afastar conforme suas necessidades, sempre em busca de vantagens pessoais. Esta característica de veloz agrupamento permite classificar os detentos em grupos, conforme seus graus de sociabilidade.

⁴ the prisoner's world is an atomized world. Its people are atoms interacting in confusion. It is dominated and it submits. Its own community is without a well-established social structure. Recognized values produce a myriad of conflicting attitudes. There are no definite communal objectives. There is no consensus for a common goal.

Com o intuito de dar credibilidade e objetividade ao seu estudo, Clemmer (1958, p. 117-119), após submeter cerca de duzentos presos a um determinado questionário, analisou o grau de sociabilidade destes e os dividiu em quatro grupos distintos: A, B, C e D.

O grupo A, denominado de primário, era formado de três a cinco detentos e representava 17,9% do total de entrevistados. Seus integrantes foram denominados de *Clique-Men*⁵, e suas características principais, nas palavras de Clemmer, eram as seguintes:

[...] esse é o homem que pertence a um grupo de três ou mais homens dos quais todos são amigos próximos. Eles compartilham suas luxúrias e segredos recíprocos e aceitaram, ou estão dispostos a aceitar, punições uns pelos outros. O 'homem-panelinha' está intimamente associado ao grupo; ele pensa em termos de 'nós' ao invés de 'eu' e age conforme seu grupo. CLEMMER (1958, p. 118, tradução nossa).⁶

O grupo B, por sua vez, recebeu a denominação de semiprimário e sua estrutura era ligeiramente maior, contendo de sete a nove presos, o que representava 35,6% do total de entrevistados. Seus integrantes foram apelidados de *The Group Men*⁷, e os laços de proximidade e mútua influência entre seus integrantes eram consideravelmente menores em relação ao grupo A. De acordo com o citado autor norte-americano, os caracteres típicos de um indivíduo deste grupo foram enumerados da seguinte maneira:

[...] este é o homem amigável com um certo grupo pequeno de outros homens, mas que não se sujeita inteiramente aos desejos e ações deste grupo como um todo. Ele poderia partilhar suas luxúrias, contar alguns de seus segredos, mas não iria até o 'final'

⁵ Homens facilmente socializáveis integrando, literalmente, as chamadas panelinhas (*clique*) da penitenciária.

⁶ This is the man who is one of a group of three or more men who are all close friends. They share each other's luxuries and secrets and have accepted, or are willing to accept, punishment for one or other. The 'clique-man' is so closely associated with this group that he thinks in terms of 'we' rather than 'I' and he acts as the group act.

⁷ Homem do grupo.

por aqueles que são seus amigos [...] ele também se mistura livremente com outros homens e é, ao menos, casualmente amigável com estes outros. (CLEMMER, 1958, p. 118, tradução nossa).⁸

O grupo C, representando 33,9% dos entrevistados, abarca os indivíduos que convivem pacificamente com os demais agrupamentos, entretanto sem afiliar-se a nenhum deles. São detentos denominados de *Semi-Solitary Men*⁹ e sua interação social para com os demais é simbiótica, ou seja, uma vivência em conjunto, de modo a trazer às partes envolvidas mútuos benefícios. O grupo D exprime 3,5% dos entrevistados e corresponde aos indivíduos que, por vontade própria ou por incapacidade, não querem ou não conseguem relacionar-se com o restante dos encarcerados; são chamados de *Complete-Solitary Men*¹⁰ e sua baixíssima porcentagem em relação aos demais demonstra a natureza social humana e a dificuldade de não se relacionar em um meio predominantemente coletivo.

Essa divisão tem uma importância crucial ao se verificarem as condicionantes de influência do fenômeno da *prisionização*, pois, conforme o grau de interação de um determinado indivíduo, torna-se mais fácil mensurar sua suscetibilidade à assimilação dos costumes carcerários. Além disso, os grupos primários e semiprimários têm o poder de exercer inegável influência sobre seus componentes, o que significa dizer que as características desses grupos são absorvidas com maior facilidade pelos seus integrantes. Desse modo, se um determinado detento ingressar num grupo primário, cujos presos encontrem-se altamente *prisionizados*, suas chances de absorver a ideologia carcerária são maiores em relação a outro detento, inserto em outro grupo primário de detentos cujo índice de *prisionização* seja baixo.

⁸ This is the man who is friendly with a certain small group of men but who does not entirely subject himself to the wishes and acts of the group-as-a-whole. He would share his luxuries, tell some of his secrets, but would not go 'all the way' for those with whom is friendly [...] he also mixes freely with a number of other men and is at least casually friendly with these others.

⁹ Homem Semi-Solitário.

¹⁰ Homem completamente solitário.

1.3.3. Aspectos estruturais da penitenciária

Traçado o panorama acerca dos agrupamentos de sociabilidade dos detentos, salientando os graus de influência dos primeiros sobre os últimos, cabe agora vislumbrar diversos aspectos estruturais de um sistema penitenciário, com o intuito de observar os variados campos de atuação do fenômeno da *prisionização*.

A primeira e mais importante divisão da estrutura prisional é a separação de seus membros em detentos e não detentos. Esta estratificação rígida, associada a uma relação impositiva de poder e subordinação, transforma o ambiente carcerário num cenário de constante conflito. Essa atmosfera de tensão é de grande importância no desenvolvimento e na assimilação de comportamentos carcerários. Conforme observa Bogos (2008, p. 72):

[...] o interno torna-se passivo e dependente da instituição em todas suas necessidades (vestuário, alimentação, disposição de tempo e horários, etc.), estando o interno, desde nela ingressa, sujeito a humilhações, degradações, depressões, resultantes das próprias práticas fundamentais da instituição em sua natureza absorvente e totalizadora.

Nesta relação de submissão imposta, o encarcerado perde sua identidade e, de acordo com Thompson (1993, p. 24):

[...] seu *status*: transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traja as mesmas roupas dos membros deste grupo; é interrogado e admoestado; logo descobre que os custodiadores são todo-poderosos; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade de vários funcionários.

Essa súbita perda de identidade, derivada da força opressora da estrutura prisional, é magistralmente narrada por Foucault (1977, p. 152), ao afirmar que

A política desses procedimentos disciplinares se apóia em táticas que dissociam a *utilidade do corpo*, do *poder pessoal* que o diri-

ge: a alienação da vontade individual é condição de produção do indivíduo *dócil e útil* (poder tomado para o poder: 'normalizado').

Nessa realidade, o preso está obrigado a assimilar o funcionamento da prisão, suas regras, costumes e imposições e, portanto, acaba por *prisionizar-se*.

Conforme anteriormente citado, a divisão da penitenciária segundo grupos de sociabilidade de detentos é de curial importância para compreender os diversos caminhos percorridos pela *prisionização*. Segundo este raciocínio, “[...] a existência de grupos primários e semiprimários, formados espontaneamente, através de suas estruturas, fornecem uma oportunidade para a ação de processos sociais” (CLEMMER, 1958, p. 296, tradução nossa).¹¹ Conforme apontado por Shecaira (2008, p. 303), ao tornar-se parte de um determinado agrupamento carcerário, o indivíduo acaba “[...] condicionado pelas ‘regras da casa’, um conjunto relativamente explícito e formal de prescrições e proibições que expõe as principais exigências quanto à conduta do internado”. Dessa maneira, esses agrupamentos transferem diretamente seus valores aos membros que neles ingressam e, portanto, representam instrumentos poderosos no processo de assimilação prisional.

Outro possível critério de agrupamento é a divisão dos detentos conforme os grupos de trabalho que venham a integrar. Nesses casos, a formação social é marcada pela ausência de espontaneidade, o que, atrelado à ocupação laboral e à sua característica de isolamento em relação ao restante do ambiente carcerário, acaba, por vezes, refletindo um retardamento ou enfraquecimento do processo de *prisionização*.

Segundo as pesquisas de Clemmer (1958, p. 296, tradução nossa), “um quarto critério estrutural refere-se à agregação racial de brancos e negros”.¹² Tal critério apresenta-se viável na estrutura penitenciária norte-americana, onde é comum vislumbrarmos a prisão setorizada em gangues, representando determinadas agregações raciais (os negros, os latinos, os nazistas, etc.), entretanto, em razão da seletividade do sistema penal brasileiro e do caráter miscigenado

¹¹ [...] the existence of spontaneously formed primary and semi-primary groups, with, as structures, provide an opportunity for the operation of social processes.

¹² a fourth structural factor refers to negro and white aggregations.

de sua população, a divisão com base em caracteres raciais torna-se bastante difícil, de pouca utilidade. Não obstante, também é possível observar a formação de estruturas baseadas em identificação criminal, ou seja, grupos de detentos condenados pelo mesmo delito (ladrões de banco, traficantes, etc.).

Uma visão distinta permite classificar os encarcerados de acordo com seu respectivo grau de confiabilidade, separando os presos *políticos*, detentos que colaboram com a administração da prisão, dos considerados *malucos*, presos cujas atitudes provocam transtornos à ordem da cadeia. Além desses critérios, é possível agrupar os presos segundo seu comportamento sexual ou então de acordo com suas características pessoais, pré-penais.

Diante dessa visão plural da estruturação penitenciária, nota-se a multiplicidade de caminhos percorridos pela *prisionização* e as diferentes nuances e intensidades de atuação do fenômeno, de acordo com cada ambiente carcerário, de modo que, superadas essas premissas metodológicas, cumpre analisar as características iniciais da assimilação prisional.

2. Fase inicial de prisionização

Ao adentrar no sistema carcerário, o indivíduo sofre uma mudança brusca em seu *status* social em razão do ambiente hostil pautado numa sujeição de poder formal e informal. Alguns dias ou semanas de encarceramento são suficientes para desestruturar a identidade de um detento e lhe propiciar a sensação de ter sido, literalmente, engolido, absorvido, tragado pela estrutura penitenciária. Neste sentido, denomina-se tal fase inicial como *swallowing up process*¹³.

Neste processo de inserção forçada, fragmenta-se a individualidade do encarcerado, pois, conforme Clemmer (1958, p.102) observou:

Ele nunca é chamado pelo nome. Ele é um dos milhares de homens que silenciosamente sai em fila de sua cela duas vezes ao dia. Ele é um dos cem trabalhadores de uma gangue. Ele é um dos mil e du-

¹³ Processo de engolimento.

zentos que se alimenta no refeitório. A altura e grossura das paredes, a densidade das construções, o contato impessoal com os agentes penitenciários e os companheiros de cela, tudo contribui com este sentimento de estar sendo engolido. Sua família e amigos estão longe. A rotina da vida da prisão nas primeiras semanas absorvem ele. Alguns poucos homens nunca se recuperarão dos efeitos do processo de engolimento, e aparentam perder o senso de sua própria individualidade. (CLEMMER, 1958, p.102, tradução nossa).¹⁴

A prisão

[...] como aparelho disciplinar, reproduz os mecanismos do corpo social para a transformação coativa do condenado. O método geral de coação física é completado pelas técnicas do isolamento, do trabalho e da modulação da pena: o isolamento rompe as relações horizontais do condenado, substituídas por relações verticais de controle e submissão total (FOUCAULT, 1977, p. 223).

Nessa esteira, ao ser absorvido pela lógica da instituição, o apenado é forçado a reinterpretar necessidades humanas básicas. Desse modo, não apenas deverá satisfazer sua fome, mas entender um jogo particular de truques e manobras de sobrevivência. Ao dormir, deverá certificar-se das regras de espaço e horários, o mesmo valendo para dar cabo às suas outras necessidades biológicas. Ao compreender e integrar essa rede complexa de exigências, é possível afirmar que o detento passa por um processo de “aprimoramento”, ou, como observado na doutrina americana, “[...] eles tornam-se espertos, conforme dizem os colegas de cela [...]”. (CLEMMER, 1940, p. 300, tradução nossa).¹⁵

Dada a inevitabilidade do fenômeno, urge salientar que todos os detentos, em maior ou menor grau, estão sujeitos a determinadas influências do cárcere, denominadas de fatores universais de *prisonização*, elencadas por Thompson (1993, p. 24) da seguinte maneira:

¹⁴ He is never referred to by name. He is one of a thousand men who silently file out of the cellhouse twice daily. He is one of a hundred workers in a gang. He is one of the 1,200 who eat in the dining room. The height and thickness of the walls, the mass of the buildings, the impersonal contacts with the officials and inmates, all contribute with this feeling of being ‘swallowed up’. His family and friends are far away. The routine of prison life for the first few weeks absorbs him. A few men never recover from the effects of the ‘swallowing-up’ process, and seem to lose a sense of their own individuality.

¹⁵ [...] they ‘wise up’, as the inmates say [...].

ra: aceitação de um papel inferior; acumulação de fatos concernentes à organização da prisão; o desenvolvimento de novos hábitos no comer, vestir, trabalhar, dormir; a adoção do linguajar do local; o reconhecimento de que nada é devido ao meio ambiente quanto à satisfação de necessidades e eventual desejo de arranjar uma “boa ocupação” (ou no jargão prisional carioca, uma “faxina”).

Ainda que não seja atingido por outros fatores do ambiente prisional, o detento, ao vivenciar os efeitos supracitados, experimenta a perda de sua individualidade, o que lhe trará consequências, muitas vezes, irreparáveis. Superada esta fase inicial, resta verificar quais são as condicionantes gerais do sistema prisional, aptas a intensificar ou minorar o efeito da *prisionização* sobre um determinado indivíduo.

3. Condicionantes gerais

A primeira, e mais importante, condicionante para a atuação dos efeitos da *prisionização* refere-se ao tempo vivenciado pelo indivíduo num determinado ambiente carcerário. Entretanto, para melhor compreender a curial importância do transcurso temporal no fenômeno da assimilação prisional, é imprescindível analisar, brevemente, a conjugação entre tempo e espaço no universo penitenciário.

A desconstrução da personalidade do encarcerado não está unicamente relacionada à força dos processos sociais, pelo contrário, o aspecto espacial da estrutura penitenciária exerce inegável influência sobre o comportamento humano.

Nesse sentido, o espaço prisional é contraditório, pois, de um lado, perpetua um efeito asfixiante em seus habitantes, expressando-se como uma realidade diminuta, apertada, onde os corredores estreitos interligam-se em celas tornadas minúsculas pelo excessivo número de detentos; de outro lado, quando comparada à frágil natureza humana, a prisão impõe sua exorbitância, tornando imensos seus espaços. Sob essa ótica, a filósofa argentina Ana Messuti (2003, p. 55) nota

[...] a verdadeira magnitude dos muros quando podemos compará-los com as diminutas figuras humanas que circulam entre eles. É evidente que a prisão se torna grande. Que não lhe cor-

responde. O ser humano é demasiado pequeno para mover-se por esses espaços sem limites, para abraçar esses pilares.

Dessa maneira, o espaço é fator fundamental para a submissão do encarcerado, e deve ser rigorosamente observado por uma política de submissão, pautada pela distribuição e pelo controle da atividade individual. Essa tática de influência espacial é denominada por Foucault (1977, p. 152) de arte das distribuições e compreende

[...] o quadriculamento (cada indivíduo em seu lugar, e em cada lugar um indivíduo) e a localização funcional (articulação das funções em aparelhos coordenados), formando quadros vivos. O *controle da atividade* visa à construção de um ‘novo corpo’ (portador de ‘forças dirigidas’), mediante a programação temporal do ato em ritmos estabelecidos (horário).

A partir dessa última afirmação, nota-se que o caráter opressor do espaço penitenciário somente adquire os citados contornos em razão de sua conjugação com o tempo penal, portanto “[...] o transcurso do tempo da pena se plasma, encarna, esculpe na exorbitância dos muros, na solidez das barras, na tonalidade sombria que os impregna” (MESSUTI, 2003, p. 58). A explicação para tal nefasta combinação advém da natureza diferenciada do tempo penal.

Primeiramente deve-se entender o tempo penal como uma manifestação de tempo público e não de tempo individual. Isso significa dizer que a pena representa a desaprovação da comunidade ao delito e, ainda que a vítima seja um indivíduo, o corpo social apodera-se do dano causado e, numa substituição de papéis, passa a figurar como vítima fundamental (ZAFFARONI, p. 226). Entretanto, ao aplicar a sanção penal, a comunidade o faz com base em seu próprio tempo, e não com o do sujeito. Dessa forma, o tempo da pena, público, revela-se desproporcional ao tempo individual, correspondente à vida do detento e, portanto, ao ingressar na prisão, “[...] o homem de carne e osso perde sua verdadeira dimensão temporal [...] o tempo coletivo que mede a pena ‘torna-se grande’ para o indivíduo”, refletindo na estrutura espacial, tornando-a exorbitante, sufocante, pesarosa.

Pelo exposto, conclui-se que o tempo é o principal instrumento para a atuação da assimilação prisional e, portanto, indivíduos sujeitos a

uma maior pena acabam mais suscetíveis a absorverem a ideologia daquele meio, apresentando graus elevados de *prisionização*.

Além do fator temporal, outra importante condicionante da atuação do fenômeno ora estudado refere-se aos aspectos subjetivos de cada detento. Dessa forma, indivíduos de personalidade estável, dotados de maior instrução e cujas relações sociais pré-penais sejam positivas e adequadas, acabam por minorar os efeitos insidiosos do ambiente carcerário, relutando em aceitar seus dogmas. Entretanto, tendo em vista a realidade social brasileira, é fácil perceber que a esmagadora maioria de presos, antes de ingressar no sistema carcerário, vivenciou as diversas facetas da pobreza, culminando numa desestruturação material, intelectual e psicológica, o que, invariavelmente, favorecerá os efeitos da assimilação prisional.

Durante o cumprimento da pena, a ausência ou presença de contato do encarcerado com a sociedade extramuros também atua como fator estimulante ou impeditivo à *prisionização*. Conforme observa Baratta (1990, p.145), “O conceito de reintegração social requer a abertura de um processo de interações entre o cárcere e a sociedade, no qual os cidadãos recolhidos no cárcere se reconheçam na sociedade externa e a sociedade externa se reconheça no cárcere”. Desse modo, a existência de um relacionamento adequado entre o condenado e a sociedade extramuros acaba atenuando a pressão do ambiente penitenciário. Por sua vez, o preso abandonado pela sociedade externa, ou ligado a uma parcela indesejável desta, acaba por romper seu único canal de comunicação com a sociedade livre, enraizando-se com maior facilidade diante dos valores da cadeia.

Quando analisadas as premissas metodológicas para o estudo do tema, verificou-se a importância de se identificarem dois agrupamentos majoritários de detentos, denominados de primários e semiprimários, pois ambos representam importantes ferramentas de influência comportamental e disseminação de determinados valores em seus integrantes. Nesta esteira, indivíduos que venham a integrar grupos altamente *prisionizados* certamente assimilarão rapidamente seus valores. Em contraponto, o detento que, em sua estadia na prisão, relacionou-se com presos pouco *prisionizados*

tende a apresentar um grau menor de dessocialização em relação à realidade extramuros. (CLEMMER, 1958, p. 301).

Não obstante, a possibilidade de exercer atividades laborais e recreativas, somadas a um acompanhamento médico e psicológico, tende a aliviar os efeitos carcerários, contribuindo para a saúde mental do detento, preparando-o para o retorno à convivência social. Nesse sentido,

[...] deve-se enfatizar o trabalho profissionalizante de caráter autônomo (p.ex.: mecânica, carpintaria, serralheria, etc.), redutor do estigma social e da perpetuação da situação de egresso, pois como bem nota Rui Medeiros ‘ao autônomo não se indaga seu passado os seus antecedentes pessoais’. (BRITO, 2006, p. 111).

Com o escopo de conferir solidez e credibilidade à sua tese, Clemmer (1958, p. 312-313), ao final de sua pesquisa, formou aleatoriamente um grupo de dez detentos, apresentando-lhes as condicionantes gerais da assimilação prisional. Em seguida, Clemmer os submeteu a uma série de perguntas para concluir: os detentos reconheceram, de forma unânime, a validade das condicionantes gerais propostas pelo autor; em consenso, afirmaram que a maioria dos presos apresenta graus elevados de *prisionização*; entretanto foram incapazes de admitir a total *prisionização* de seus companheiros, demonstrando que a desestruturação psicológica dos condenados os impede de aperceberem-se de seu avançado estágio de dessocialização. Por fim, os detentos demonstraram que níveis avançados de assimilação prisional tendem a favorecer a reincidência criminosa.

Depois de analisadas as diversas condicionantes do fenômeno, resta observar seus efeitos sobre os encarcerados.

4. Efeitos da prisionização

De acordo com Shecaira (2008, p. 349), “[...] todos os estudos demonstram que o condenado a uma instituição total internaliza os valores do presídio, com efeitos devastadores sobre sua personalidade”. Sem dúvidas, a principal consequência para o indivíduo ví-

tima da assimilação prisional está relacionada à sua incapacidade de reintegrar-se à sociedade extramuros, pois, como bem observa Bittencourt (1993, p. 171), “[...] a *prisonalização* é um processo criminológico que leva a uma meta diametralmente oposta a que pretende alcançar o objetivo ressocializador”.

Segundo a visão crítica de Lyra (1990, p. 141),

[...] para restituir ao meio o encarcerado, será necessário restitui-lo adaptado a esse meio. Mas para essa adaptação obramos de maneira completamente contra-indicada: seqüestramos do meio o indivíduo e requeremo-lo adaptado a esse meio.

Esse contraditório procedimento acarreta uma verdadeira desorganização psicológica, ingrediente central da *prisionização*.

Conforme observa Alvino de Sá (2008, p. 115), a *prisionização* acarreta ao encarcerado os seguintes efeitos psicológicos:

[...] perda de identidade e aquisição de nova identidade; sentimento de inferioridade; empobrecimento psíquico; infantilização, regressão. A rotina da penitenciária associa-se à sua estrutura estática proporcionando ao preso um ‘estreitamento do horizonte psicológico, pobreza de experiências, dificuldades de elaboração de planos a médio e longo prazo’. (SÁ, 2008, p. 116).

Por sua vez, os quadros de infantilização e regressão manifestam-se através de índices elevados de dependência química; quadros depressivos e diversas outras patologias psíquicas; busca de proteção, seja através de religião, seja pela associação a grupos primários e semiprimários e projeção de culpa em terceiros.

Segundo Foucault (1977, p. 288):

[...] a prisão não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes, favorece a organização de criminosos e, finalmente, não corrige (com suas técnicas rudimentares), nem pune (com suas penas sem rigor) [...] o ‘poder penitenciário’ se caracteriza por uma ‘eficácia invertida’ (produção da recorrência criminal).

Da análise desta última afirmação conclui-se que a *prisionização* não apenas desestrutura a individualidade do detento, incapacitando sua reintegração social, mas também favorece a absorção da ideologia criminosa, multiplicando o número de casos de reincidência.

5. Considerações finais

5.1. Prisionização em sentido amplo

Donald Clemmer traçou as primeiras linhas sobre a *prisionização*, restringindo sua análise tão-somente à figura do encarcerado; entretanto, a doutrina posterior identificou que todos os sujeitos de uma determinada estrutura prisional acabam incidindo numa mudança comportamental por assimilar os valores do ambiente carcerário.

Conforme observa Thompson (1993, p. 25), na penitenciária,

[...] os internos não estão sós: partilhando da vida atrás dos muros, ainda que no desempenho de outros papéis, está o pessoal custodiador. Ora, apesar de existir uma distância bastante grande entre o escalão mais alto da administração e a classe mais inferior dos internos, a só circunstância de estarem vinculados, no âmbito estreito da prisão, faz com que se estabeleça uma interação entre eles, com conseqüente influência recíproca.

Dessa forma, os valores da penitenciária não são fruto apenas das relações sociais dos detentos mas também dos comportamentos de seus demais sujeitos e, portanto, diante desta lógica,

[...] os presos predominam como massa, de um lado; os administradores prevalecem como detentores de maior poder, de outro; a busca do equilíbrio de forças é o fator preponderante a confecção dos padrões, os quais atingem, obviamente, todos os que estão envolvidos na operação (THOMPSON, 1993, p. 26).

Nesta esteira, da mesma forma que um apenado recém-ingresso, um funcionário novato da administração sujeitar-se-á a um particular processo de absorção carcerário.

A diretoria de um presídio demonstra-se *prisionizada* ao eleger como metas prioritárias a manutenção da ordem interna em detrimento das medidas direcionadas à reintegração social de seus de-

tentos. Esta estabilidade fictícia, que a todo custo busca evitar fugas e desordem, mascarando a tensão do ambiente, é mantida através de uma aplicação de justiça impessoal e padronizada segundo critérios objetivos da comunidade carcerária.

O agente penitenciário inevitavelmente incorpora o clima de tensão e conflito do ambiente, sujeitando-se à ideologia da cadeia, assumindo ora o papel de tirano brutal, ora o papel de servidor corrupto, concedendo vantagens e desvantagens, criando e submetendo-se às regras do caótico jogo da realidade carcerária. Conforme observa Moraes (2005, p. 213), estes profissionais submetem-se a rotinas estressantes, recebendo baixos salários e pouquíssima ou nenhuma assistência estatal. Estes fatores são suficientes para criar um quadro de servidores suscetíveis a uma série de patologias emocionais, tais como o alcoolismo, distúrbios de agressividade, crises de ansiedade e depressão, que nada mais são que efeitos derivados da assimilação prisional.

Nesta linha de pesquisa, o terapeuta ocupa posição distinta e tende a acomodar-se, pois está inserido num sistema de poder, sem, no entanto, deter porção considerável deste ou estar a ele submetido. Da mesma forma, não tem responsabilidade sancionável quanto ao funcionamento do sistema, razão pela qual toma para si o papel de coadjuvante, observando uma estrutura, aos seus olhos, imutável. Está, portanto, igualmente *prisionizado*.

Além desta visão ampliada acerca do fenômeno da associação prisional, é necessário vislumbrar alguns elementos da nova realidade carcerária, de modo a confrontar a teoria até então estudada com o novel cenário do sistema prisional, salientando possíveis meios para minorar a atuação do fenômeno.

5.2. Nova realidade penitenciária e sugestões para solucionar seus problemas

O atual sistema penitenciário é notoriamente distinto daquele observado por Clemmer à década de 30. O brutal aumento na população carcerária conjugado com a progressiva deterioração da estrutura prisional caracteriza, com raras exceções, o panorama contemporâneo de um presídio. Este inchaço da estrutura peniten-

ciaria é acompanhado de uma modificação organizacional dos detentos, que tendem a associarem-se em grandes conglomerados, as conhecidas facções do crime organizado.

Tais características autorizam duas conclusões. Primeiramente, os critérios de agrupamento social propostos por Clemmer merecem ser revisitados, pois a idéia de grupos primários e semiprimários encontra-se superada diante do advento e agigantamento do crime organizado. Nesta esteira, hoje os detentos integram grupos significativamente maiores, estruturados a partir de critérios hierárquicos próprios, orientados por uma ideologia firme, e voltados a cumprir determinados objetivos, racionalmente elaborados. Em contraponto ao observado pelo autor norte-americano, a estrutura prisional contemporânea perde sua característica de agrupamento social desprovido de objetivo comum e passa a configurar-se como cenário de meticolosas disputas entre facções rivais, cujo intuito é prosperar a atividade criminosa. Diante desse conjunto fático, conclui-se que o fenômeno da *prisonização* atua de maneira muito mais intensa e veloz, pois o crime organizado, com suas regras bem estabelecidas, seus planos e modos de atuação, revelam-se como estruturas sociais de inegável influência quanto à perpetuação dos valores carcerários. Não obstante, a contínua deterioração do espaço físico dos presídios, contribui para esta intensificação da assimilação prisional, criando um ambiente ainda mais hostil ao apenado, que acaba por tornar-se alvo fácil para absorção da ideologia criminal.

No tocante ao arcabouço legal relacionado ao tema, torna-se oportuno destacar o teor da Lei nº 10.792/2003, responsável por alterar a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.219/84) e instituir, em seu artigo 52¹⁶, o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD. Salienta-se que o

¹⁶ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II – recolhimento em cela individual; III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. Par. 1º. O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da

propósito deste estudo não é pormenorizar tal instituto, mas sim contextualizá-lo diante do fenômeno abordado. De acordo com a letra da lei, os sujeitos aptos a se submeterem a tal regime são aqueles que cometem falta grave ou que representam risco para a manutenção da ordem e segurança do estabelecimento prisional ou para a sociedade ou ainda aqueles sobre os quais parem suspeitas acerca da participação em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Considerando o perfil do encarcerado para qual tal regime é dirigido, é possível sustentar que, sob um determinado prisma, o legislador cunhou um dispositivo legal capaz de atenuar o fator de *prisionização* de um determinado ambiente carcerário. Isso porque tal artigo permite o isolamento de presos considerados altamente *prisionizados*, ou seja, detentos de comportamento favorável a propagação do fenômeno da assimilação prisional. Desse modo, considerando-se a totalidade da sociedade intramuros, o Regime Disciplinar Diferenciado atua como medida repressiva e atenuante à potencialização do fenômeno estudado, pois afasta um agente disseminador da cultura carcerária de seu meio de atuação.

Entretanto, ainda que favorável ao ambiente carcerário, o RDD exerce efeitos diametralmente opostos para sujeito que a ele se submete. Conforme visto, as relações sociais do presídio não constituem os únicos vetores para atuação da *prisionização*, devendo-se também considerar a disposição do espaço carcerário e a estrutura psicológica do detento. Neste passo, o alvo do RDD tende a se *prisionizar* por meio de outros fatores, como, por exemplo, os efeitos prolongados da solidão e do ócio, da redimensionalização de seu espaço, da eliminação de atividades recreativas, da redução do contato com a sociedade externa, enfim, caracteres da própria essência do regime, que, por si sós, são extremamente nefastos à estrutura psicológica do condenado. Portanto, retirá-lo do convívio social e da rotina da cadeia não implica anular os vetores para que não se *prisionize*, pelo contrário, abre-se um novo leque de caminhos para favorecer outros aspectos do fenômeno da assimilação prisional.

sociedade. Par. 2º. Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Desse modo, de acordo com Miotto (1992, p. 186)

[...] para não ocorrer *prisionalização*, é preciso que o preso tenha contatos com a comunidade externa, não só recebendo, ele, manifestações dela, como correspondência, visitar, notícias (pelos meios de comunicação), mas indo ele à comunidade.

Em termos legais, significa prover o Judiciário e o sistema penitenciário de meios para efetivar, tempestiva e regularmente, as disposições atinentes à progressão de regime de cumprimento de pena bem como a possibilidade de concessão de livramento condicional, tudo com o escopo de evitar os nefastos efeitos do encarceramento.

Por oportuno, para que a pena privativa de liberdade cumpra seu árduo papel de ressocialização, é necessária a conjugação de esforços entre administração penitenciária, sociedade e preso, cabendo a este último manifestar vontade de reinserir-se no convívio social ou, nas palavras de Miotto (1992, p. 181), de “emendar-se”. Uma das alternativas práticas para efetivar tal conjugação é dinamizar o Conselho de Comunidade, figura prevista pelo artigo 80¹⁷ da Lei de Execução Penal.

Conforme sua própria denominação, trata-se de órgão representativo da sociedade, constituído para atuar no sistema penitenciário. Suas atribuições definidas pela supracitada lei são: visitas periódicas aos presídios, entrevistas com presos, apresentação de relatórios, colaboração na busca de recursos materiais e humanos para os internos. Diante dessas funções, conforme bem observa Sá (2007, p. 118), nada impede que a “Comissão Técnica de Classificação (CTC), com o apoio do Poder Judiciário, Ministério Público e de órgãos representativos da sociedade, procure ampliar e dinamizar o Conselho de Comunidade”. Desse modo, a CTC, órgão oficial do presídio, teria no Conselho de Comunidade, órgão oficial da sociedade, o seu grande co-partícipe nesse amplo programa de interações preso-sociedade, com vistas à reintegração social do encarcerado.

¹⁷ Art. 80. Haverá em cada comarca, um Conselho da Comunidade, composto no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do Juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

Não obstante, tais órgãos, agindo em conjunto e com a participação dos cidadãos, poderiam promover em segmentos da sociedade programas de informações, palestras e debates sobre a questão carcerária. O objetivo de tais atividades seria duplice: de um lado, esclarecer à sociedade o que é o cárcere e o encarcerado; de outro, fornecer ao preso conhecimentos sobre a instituição penitenciária e reaproximá-lo da sociedade civil. O engajamento entre a CTC, o Conselho de Comunidade e outros segmentos, pessoas ou órgãos da sociedade poderia resultar numa visão positiva da prestação de serviços úteis à comunidade pelos presos. Nesse passo, para o sucesso dessas medidas, é essencial a preparação da opinião pública, a formação da mentalidade social, do sentimento de todos que compõem a coletividade, para aceitar o liberado condicional e o egresso.

Em suma, diante de uma realidade penitenciária contemporânea tão caótica e desestruturada, um dos possíveis caminhos para atenuar os indesejáveis efeitos da assimilação prisional é promover a “*destecnificação*” da questão penitenciária (BARATTA, 1990). Isso significa envolver psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com o intuito de construir uma experiência capaz de “desvestir seu aparato técnico” (SÁ, 2007, p. 118), transformando-os em verdadeiros planejadores, coordenadores e facilitadores da interação entre o recluso e a sociedade extramuros. Conforme bem observa Alvin de Sá (2007, p.118), “[...] todo pessoal penitenciário deveria se incumbir deste papel, o de mediação entre o cárcere e a sociedade, e buscar formas criativas de implementá-lo”.

5.3. Constatações

Dezoito anos após a pesquisa, no prefácio da segunda edição de sua obra (1958, p. 11-13), Clemmer confessou que, logo após a publicação, muitos afirmaram que seu livro refletia somente a tendência de um determinado momento histórico, o da Grande Depressão pós-29, marcado pelo empobrecimento e conseqüente salto dos índices de desemprego e criminalidade. Entretanto, num momento de reflexão, o autor afirmou estar diante de um mundo novo, marcado pelo início e fim de uma grande guerra mundial, pelo processo de urbanização, pelo desenvolvimento da tecnologia, pelo advento da televisão, pela mudança de costumes, pela Guerra Fria e corrida espacial, enfim, acontecimentos que tornaram sua realidade bem distinta daquela observa na década de 30.

Apesar de todas estas mudanças, Clemmer fez uma merecida ressalva ao alertar que poucas coisas mudaram na realidade das penitenciárias americanas. Na época de seu primeiro estudo, a população carcerária contabilizava meio milhão de detentos, o que levou o autor a questionar se a melhor solução não seria apenas ignorar os problemas daquela realidade particular. Hoje a população carcerária norte-americana supera o número de 2,2 milhões de detentos, demonstrando que, sem dúvidas, os desafios são outros, porém a essência da prisão e seus nefastos efeitos persistem em desconstruir a personalidade de seus habitantes, alterando-se tão-somente para uma maior intensidade.

6. Referências bibliográficas

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: RT, 1993.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CHIES, Luiz Antonio Bogo. *A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas pela temporalização da pena privativa de liberdade*. São Paulo: Método, 2008.
- CLEMMER, Donald. *Prision Community*. 2. ed. Nova Iorque: Holt, Rinehart And Winston, 1958.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 34. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- LYRA, Roberto; ARAÚJO JR., João Marcelo de. *Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MESSUTI, Ana. *O Tempo como Pena*. 1. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. 1. ed. São Paulo: RT, 1992.
- MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e Psicologia Criminal*. 1. ed. São Paulo: RT, 2007.
- SANTOS, Juez Cirino dos. *A Criminologia radical*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Artigo enviado em: 18/02/2009

Artigo aprovado em: 18/11/2009

DIREITO PENAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

DA INAFASTABILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE

MÁRCIO FLORESTAN BERESTINAS
Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso

MARCELO LUCINDO ARAÚJO
Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso

A Casa do Tempo Perdido

Bati no portão do tempo perdido, ninguém atendeu.
Bati segunda vez e outra mais e mais outra.
Resposta nenhuma.
A casa do tempo perdido está coberta de hera
pela metade; a outra metade são cinzas.

Casa onde não mora ninguém, e eu batendo e chamando
pela dor de chamar e não ser escutado.
Simplesmente bater. O eco devolve
minha ânsia de entreabrir esses paços gelados.
A noite e o dia se confundem no esperar,
no bater e no bater.

O tempo perdido certamente não existe.
É o casarão vazio e condenado.

(Carlos Drummond de Andrade)

1. Introdução

É consabido que, com a reforma penal de 1984, o Código Penal pátrio adotou, em seu artigo 68, no tocante à dosimetria da pena, o denominado método trifásico, preconizado por Nelson Hungria.

O *caput* do mencionado dispositivo legal prevê: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Inferese da leitura desse comando normativo que a aplicação da pena deve ser realizada em três etapas. Na primeira delas, o Magistrado estabelece a pena-base, apreciando, fundamentadamente, as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social do acusado, personalidade do agente, circunstâncias, motivos e consequências do crime, comportamento da vítima).

Preceitua o referido artigo 59 que o Juiz, após analisar as circunstâncias judiciais, fixará, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, as penas, entre as legalmente cominadas, e estabelecerá a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Superada a fase da fixação da pena-base, o Magistrado aplicará as circunstâncias atenuantes e agravantes, atentando para o disposto nos artigos 61 a 67, todos do Código Penal.

Em seguida, na terceira fase da aplicação da pena, incidirão, no cálculo da reprimenda, as chamadas causas especiais de diminuição e de aumento de pena.

Os preceitos legais mencionados, insculpidos no Código Penal, que disciplinam a dosimetria da sanção penal, dão concretude à exigência constitucional de individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), prestigiando o princípio da proporcionalidade, que encontra assento na dignidade da pessoa humana, a qual foi erigida, pelo legislador constituinte, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da *Lex Major*).

Recentemente, ao decidir o HC nº 92322/PA (relatora Ministra Cármen Lúcia, 11.12.2007, 1. Turma, j. 11.12.2007), o Supremo Tribunal Federal reputou ser desnecessária a motivação da fixação da

pena-base pelo Magistrado (1º fase da dosimetria da pena), nas hipóteses em que esta é fixada no mínimo legal, o que põe em dúvida se, nas três etapas atinentes à graduação da pena, o Juiz precisa ou não fundamentar cada uma delas.

O presente artigo pretende discutir se, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário pode ou não, ao aplicar a pena, excepcionar o princípio da motivação das decisões judiciais.

2. Do princípio da motivação das decisões judiciais

A nossa Carta Constitucional, em seu artigo 93, inciso IX, prevê:

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)

Segundo Canotilho (*apud* COLLI, 2011), a exigência de fundamentação das decisões judiciais consubstancia verdadeiro princípio jurídico-organizatório e funcional da teoria do Constitucionalismo e assenta-se em 3 (três) razões essenciais:

- 1) controle da administração da justiça;
- 2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional, com a necessária abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes;
- 3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas. (COLLI, 2011, grifo nosso).

Assim, não há como conceber a existência do estado democrático de direito sem que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, conforme exige o artigo 93, inciso IX, da Constituição

Federal, uma vez que a intervenção do Poder Judiciário na esfera jurídica das pessoas só pode ser admitida num sistema jurídico que assegure às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa, os quais só poderão ser fruídos em sua plenitude se as decisões judiciais forem motivadas, de modo a permitir o controle, na esfera recursal, de eventuais arbitrariedades e subjetivismos descabidos.

3. Da exigência de apreciação motivada das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal

Com efeito, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que exige que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas, não encontra nenhuma exceção em nosso sistema jurídico.

A respeito da referida norma constitucional, os juristas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 57) destacam que: “Trata-se de autêntica garantia fundamental, decorrendo da fundamentação da decisão judicial o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao Judiciário”. (grifo nosso).

Assim, no que concerne ao que interessa ao presente estudo, é possível concluir que toda a parte dispositiva da sentença penal precisa ser adequadamente fundamentada pelo Juiz, inclusive as 3 (três) fases de aplicação da pena.

Todavia, em vários julgados (HC nº 71.828 - HC nº 69.958 – HC nº 69.987 – HC nº 92.322), o Supremo Tribunal Federal, surpreendentemente, tem mitigado o âmbito de aplicação da referida norma constitucional, decidindo que, na primeira fase de aplicação da sanção penal, o juiz, caso opte por fixar a pena-base no mínimo legalmente cominado, poderá deixar de fundamentar essa escolha, eximindo-se de apreciar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

No voto proferido no julgamento do HC nº 92.322/PA, a Ministra Cármen Lúcia consignou:

Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que não se reconhece a nulidade do tópico da decisão que, como na espécie vertente, fixa a pena no mínimo legal, pois, nessa hipótese, não há prejuízo concreto ao réu.

O referido posicionamento do STF, sem nenhuma dúvida, caracteriza incontestemente afronta ao princípio da motivação das decisões judiciais e, por conseguinte, compromete, irremissivelmente, o estado democrático *de direito*.

Ora, se num sistema democrático de direito penal não pode ser admitido o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, entre os quais se inclui o direito de acesso à fundamentação de toda a parte dispositiva da decisão judicial, da mesma forma, não se pode negar que a acusação tem direito à obtenção de uma decisão judicial devidamente motivada também quanto à graduação da pena.

Nessa linha de intelecção, é oportuno transcrever os ensinamentos do ilustre jurista Antônio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 217):

Assim, tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência como que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre os quais deveria versar não ficou devidamente fundamentado.

[...]

Sobre o tema, pode-se afirmar que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem sido bastante criteriosa e exigente, estabelecendo como princípio a nulidade da sentença condenatória sempre que não seja observado o critério trifásico, ou não devidamente justificada a imposição da pena acima do mínimo legal, bem como a fixação de regime inicial mais grave, quando admissível outro mais favorável ao condenado.

[...]

Também segundo uma consagrada tendência jurisprudencial, a nulidade não é reconhecida quando se tratar de pena aplicada no mínimo legal, ou então, diante de um vício de motivação, o tribunal simplesmente reduz a sanção àquele mínimo, sem decretar a invalidade da sentença.

[...]

No entanto, esta última orientação, certamente sustentável à luz do princípio do prejuízo, que informa todo o sistema de nulidades (art. 563 do CPP), deixa de levar em conta um dado importante já ressaltado pela doutrina, qual seja, a necessidade de se justificar igualmente a aplicação da pena no mínimo, pois a acusação também tem o direito de conhecer as razões pelas quais a sanção não foi exasperada, inclusive para poder eventualmente impugnar a sentença nesse ponto. Ademais, essa linha de entendimento acaba por favorecer esse ponto importante da decisão, preferindo-se, em geral, a imposição da sanção menor, nem sempre mais adequada aos propósitos consagrados pelo legislador. (grifo nosso)

Além dos bem lançados fundamentos jurídicos mencionados pelo autor acima aludido, é relevante abordar essa questão sob outros enfoques.

Ao decidir que, quando o Magistrado fixa a pena no mínimo legal, não há necessidade de fundamentar a pena, o STF confere guarida a uma inequívoca transgressão aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia real, consoante será a seguir explicado.

Não se pode olvidar que o artigo 59 do Código Penal é uma das normas penais que dão concretude ao princípio constitucional da individualização da pena, mencionando as circunstâncias judiciais que devem ser apreciadas pelo Juiz na fixação da pena-base.¹

Em sendo assim, quando o Magistrado, externando a “cultura da pena mínima”, simplesmente não analisa as referidas circunstâncias judiciais e estabelece a reprimenda em seu patamar menor, ocorre clara burla ao comando constitucional que exige a individualização da sanção penal.

¹ Lição extraída de aula ministrada pelo Professor Antônio Sérgio Cordeiro Piedade no curso de pós-graduação da Fundação Escola Superior do MP/MT.

Demais disso, ao deixar de apreciar motivadamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 e estabelecer a pena no mínimo legalmente cominado, o Estado-Juiz transgride uma das facetas do princípio da proporcionalidade – a da garantia de proteção eficiente, a qual foi mencionada, pela primeira vez, no âmbito da Suprema Corte, no seguinte trecho do voto exarado pelo Ministro Gilmar Mendes:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (RE 418.376/RS – STF).

Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck (2005, p. 180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação do legislador). [...].

Resta claro, portanto, que, ao deixar de individualizar adequadamente a pena, olvidando o disposto no artigo 59 do Código Penal, o Magistrado está disponibilizando uma proteção estatal insuficiente.

Como se isso não bastasse, ao deixar de apreciar motivadamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 e estabelecer a pena no mínimo legalmente cominado, o Estado-Juiz faz tábula rasa do princípio da isonomia real, uma vez que, certamente, com a inexistência de adequada individualização das penas nas sentenças condenatórias criminais, delitos de maior censurabilidade receberão reprimenda penal no mesmo patamar de infrações penais de menor lesividade, ou seja, em muitos casos, haverá tratamento igual para situações jurídicas que não guardam considerável dose de similitude.

Urge, ainda, chamar a atenção para o fato de que a cultura jurídica da mínima apenação poderá alcançar futuramente novos desdobramentos ou perspectivas. Quem sabe ocorra de algum jurista poder ver acolhida pelos Tribunais Superiores tese de que o Juiz, quando estabelecer o regime prisional aberto, não terá de fundamentar a decisão. Ou então: quando o Juiz defere a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, torna-se despcienda a motivação do *decisum*.

Quando analisada sob a ótica extrajurídica, é possível vislumbrar, ainda, que a tese sustentada pelos Tribunais Superiores, em tempos de pautas assoberbadas, pode servir de estímulo à tentadora facilidade de fixação da pena-base no mínimo legal, apenas como forma de tornar as decisões judiciais mais concisas e rápidas, eximindo o julgador, automaticamente, de uma incursão mais minuciosa nos argumentos lançados pela acusação quanto à dosimetria da pena.

Nesse aspecto, o próprio número de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, por si só, já constitui elemento convidativo a que se proceda a uma análise perfunctória delas por parte do julgador, que, incontestavelmente, anda, de há muito, com seu cotidiano profissional atribulado, o que muitas vezes tem levado à prolação de decisões indevidamente abreviadas como forma de otimizar seu tempo de trabalho.

Assim agindo, vale insistir, utilizando-se do entendimento dos Tribunais Superiores para fixar a pena-base no mínimo cominado, sem necessidade de fundamentação, o julgador, involuntariamente, acabará por dificultar a elaboração da tese a ser sustentada em eventual recurso do Ministério Público.

Desse modo, a matéria que pode ser invocada para fundamentar o posicionamento ministerial no sentido da exasperação da pena-base não terá sido devidamente pré-questionada e ainda poderá levar à hipótese de supressão de instância quando analisada na 2ª instância, compelindo, toda vez, o *Parquet* a opor embargos de declaração contra a decisão que fixou a pena-base no mínimo como forma de evitar tal situação, o que acabaria por gerar um indesejável fenômeno de multiplicação de interposição de embargos.

4. Conclusões

À luz dos fundamentos jurídicos mencionados, é possível extrair as seguintes ilações:

- a) o Magistrado tem sempre o dever de fundamentar toda a parte dispositiva da sentença criminal, inclusive a parte referente à graduação da pena (o que inclui a apreciação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do C.P.), por força do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que configura autêntica garantia fundamental, indispensável para a preservação da segurança jurídica;
- b) o fato de o Juiz estabelecer a pena no mínimo abstratamente cominado não o exime, de forma nenhuma, de fundamentar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do C.P., uma vez que “a acusação também tem o direito de conhecer as razões pelas quais a sanção não foi exasperada, inclusive para poder impugnar a sentença nesse ponto”;
- c) o posicionamento de que o Juiz, caso fixe a pena no mínimo legal, não terá a necessidade de apreciar fundamentadamente as circunstâncias judiciais consubstancia clara afronta aos princípios da motivação das decisões judiciais, da individualização da pena, da

proporcionalidade – em seu plano horizontal (garantismo positivo: exigência da proteção eficiente dos bens jurídicos tutelados pela norma penal) e da isonomia real ou material.

d) esse entendimento que excepciona o princípio da motivação das decisões judiciais pode acarretar cerceamento de acusação, uma vez que, devido ao excesso de trabalho e, quiçá, por mero comodismo, o Magistrado poderá preferir eximir-se de realizar uma incursão mais minuciosa nos argumentos lançados pela acusação, optando simplesmente por manter a pena-base no mínimo legalmente cominado, criando, assim, uma cultura de permissividade e de ausência de resposta estatal adequada e eficiente para a prática delitiva.

5. Considerações finais

O Estado-Juiz não pode ser para a nação brasileira aquela casa de que falava Drummond no poema transcrito nas primeiras linhas deste artigo; deve, muito pelo contrário, desempenhar a contento a sua missão constitucional de exercer, de forma responsável, a função jurisdicional, contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, em que impere a preservação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Na verdade, perfilhar o entendimento de que uma parte do dispositivo da sentença penal condenatória pode carecer de fundamentação, desde que não haja prejuízo para o réu, significa trair os ideais do Estado Democrático de Direito. Sobre isso é bom dizer que as “certezas” são bem avalizadas pelo exemplo de Shakespeare em “Hamlet”, quando o príncipe busca a vingança contra seu tio, embaçado tão somente num sonho e em aparições fantasmagóricas.

A situação enseja, ainda, trazer recordações do processo socrático de busca da verdade. O filósofo mostra que a discussão não é um combate de opiniões e sim uma busca da verdade. Os diálogos socráticos, que terminam em “aporias”, isto é, em dificuldades que permanecem sem resposta, indicam que a busca da verdade não deve cessar nunca.

Oxalá a Suprema Corte não repita decisões desse jaez, sob pena de transmutar-se de guardiã em verdugo da nossa Carta Constitucional.

6. Referências bibliográficas

COLLI, Maciel. A importância das decisões judiciais no processo penal – uma análise à luz do garantismo de Ferrajoli e do Constitucionalismo de Canotilho. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3985>>. Acesso em 17/01/2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, mar. 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2010.

3

Direito Processual Penal

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ARTIGO

PROCESSO CAUTELAR, PRISÃO PROCESSUAL E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS EXECUTIVOS DA SENTENÇA PENAL

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

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

RESUMO: O artigo desenvolve uma teoria do processo cautelar, fundada em cinco pressupostos: a) sumariiedade da cognição; b) iminência de dano irreparável; c) temporariedade; d) situação cautelanda; e) sentença mandamental, de modo a distinguir conceitualmente a tutela verdadeiramente cautelar dos demais processos sumários e das outras formas de tutela da urgência, mostrando a incompatibilidade do processo penal cautelar com as prisões processuais, pois elas se caracterizam por antecipar os efeitos executivos da sentença penal. Como síntese, o artigo procura compatibilizar as prisões processuais com a presunção de inocência e com o processo penal democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Processo cautelar; prisões processuais; antecipação dos efeitos executivos da sentença penal; presunção de inocência; processo penal democrático.

ABSTRACT: The article discusses a theory of the preventive proceeding which was based upon five presuppositions: a) summary cognition; b) imminence of irrecoverable damage; c) temporality; d) preventive situation; e) administrative sentence, so as to conceptually distinguish the real preliminary injunction of the other summary proceedings and of the other forms of preventive injunctions, by

showing the incompatibility of the preventive criminal proceeding with procedural arrests, since they are characterized for anticipating the force of sentence of conviction. To sum up, the article attempts to make procedural arrests compatible with innocence assumption and with the democratic criminal proceeding.

KEY WORDS: Preventive proceeding; procedural arrest; anticipation of the force of sentence of conviction; innocence assumption; democratic criminal proceeding.

SUMÁRIO: 1. Processo cautelar e urgência. 2. Pressupostos da tutela cautelar. 3. A liminar na ação cautelar. 4. A prisão processual, seus problemas e alternativas. 5. A antecipação dos efeitos executivos da sentença penal. 6. Referências bibliográficas.

1. Processo cautelar e urgência

A tutela cautelar possui raízes na luta contra o tempo e no esforço pela *efetividade do processo*. As suas bases filosóficas decorrem imediatamente da concepção do processo de conhecimento como um instrumento amorfo para a efetivação dos direitos e que contém mais pensamento do que atos, correspondendo a sua ordinariedade e plenitude ao valor de segurança jurídica absoluta, para atender aos valores do individualismo liberal do século XIX. A descoberta do processo cautelar, como uma forma de processo definitivo, mas não satisfativo, decorrendo das conquistas científicas em tema de classificação das sentenças, permitiu que o procedimento ordinário fosse posto a salvo de seus defeitos mais notórios, dentre eles, a posição de passividade a que o juiz é submetido e a ausência de atos imperativos. A síntese do processo cautelar está na urgência de que certos direitos sejam protegidos jurisdicionalmente e que as demais formas de tutela são inadequadas a essa proteção que só o Estado pode prestar, como titular do monopólio da função jurisdicional. O Estado não pode negar ao particular, a quem a ordem jurídica reconheça algum direito, ou algum interesse juridicamente protegido, os meios de assegurá-lo preventivamente, antes de sua violação, “[...] mesmo porque, em muitos casos, essa violação signi-

ficará irremediável destruição do próprio direito que se terá de contentar com o sucedâneo da eventual e muitas vezes problemática composição pecuniária”. (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 74). Diante da iminência de um dano irreparável e da necessidade imediata de tutela jurisdicional, opta o Estado pela preservação do direito ameaçado, sacrificando outro interesse igualmente digno de proteção, ou seja, a segurança jurídica. Na tensão entre segurança e efetividade dos direitos, o processo cautelar tende a assegurar essa última. A tutela cautelar está, igualmente, imersa em grande celeuma dogmática, fomentada por implicações políticas e ideológicas, havendo abundância de teorias sobre praticamente tudo o que a envolve e, igualmente, segundo a marcante teoria de Calamandrei (1936), sobre a sua função, que se resumiria à *tutela do processo*, sendo as medidas cautelares predispostas no interesse da administração da justiça, servindo, ainda, para a atuação da *polícia judiciária*. (CALAMANDREI, 1936, p. 144-145). No âmbito do processo cautelar, igualmente, pretende-se incluir todas as decisões, prolatadas em procedimentos sumários, cuja finalidade estaria na antecipação dos efeitos da sentença eventualmente determinada no processo principal, incrementando a desordem dogmática sobre a tutela cautelar, que poderia apresentar-se em forma de provimentos antecipatórios e substitutivos da sentença final. Assim, em vez de assegurar, simplesmente, o direito ameaçado, o processo cautelar serviria para realizar o direito, ainda que provisoriamente, configurando-se como instrumento para a sua satisfação antecipada e, com isso, tornando supérfluo e inútil não só o processo como a sentença na ação principal. A transposição da célebre teoria de Calamandrei (1936) para o processo penal, com a aceitação de que o objetivo do processo cautelar é o de assegurar e garantir a futura efetividade do processo de conhecimento e do provimento jurisdicional, imperando, nas medidas cautelares, mais um poder de polícia do juízo, que tem por natural consequência a tradicional aceitação da prisão preventiva como *prisão cautelar*. LIMA (2005, p. 57, 60, 97, 252). Quando o processo cautelar passa a admitir *liminares satisfativas*, o resultado disso é um caudal de ações nas quais o empenho está não na obtenção da sentença final, mas da liminar, que teria a virtude mágica de resolver a lentidão do processo de conhecimento e, enfim, os problemas de enraizada matriz institucional do Poder Judiciário, e isso à

custa de uma desvantagem processual de uma das partes, que poderá sofrer os efeitos irreversíveis da decisão, sem falar na duplicação do trabalho, posto que, além da ação cautelar, torna-se indispensável um segundo processo, dito principal, o qual comporia a lide de forma definitiva. A ação cautelar seria, assim, uma *jurisdição paralela* à jurisdição comum, com o efeito duplicador de trabalho e, ainda, perverso para o requerido que, na hipótese de concessão da liminar, passaria, ele próprio, a desesperar-se com o emperramento da máquina judiciária e com a lentidão do procedimento ordinário, onde o seu eventual direito fosse plenamente declarado. A ineficiência do Poder Judiciário, por outro lado, atende a uma compreensível pretensão conservadora, “[...] na medida em que não atende, ou adia, todas as tentativas de emergência das forças sociais inovadoras, com aspirações a uma participação maior e mais efetiva no poder social” (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 17). O processo cautelar, entretanto, segundo a concepção aqui sustentada, possui outros pressupostos e deve limitar-se à *tutela de simples segurança*, não se permitindo o seu emprego para finalidades estranhas, tais como a execução antecipada do direito e a sua satisfação prática. Nesse sentido, o processo cautelar possui uma única finalidade, qual seja a de assegurar, no futuro, o sucesso prático do direito ameaçado, “[...] sendo crucial a separação adequada entre o campo do processo cautelar e as outras formas de processos sumários de natureza satisfativa e não cautelar.” (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 24).

2. Pressupostos da tutela cautelar

Toda ação cautelar é sumária sob o ponto de vista material, ou seja, a cognição que o juiz realiza deve ser concretizada em um procedimento célere e de forma superficial, posto que, de outro modo, seria incompatível com a urgência da própria tutela. O rito ordinário seria, por suposto, incompatível com a ação cautelar e tornaria inútil o provimento final que se apresentaria, em síntese, como estereótipo de uma *giustizia tardigrada*. (REDENTI, 1957, p. 52).¹ O juízo de verossimilhança é decisivo no processo cautelar e se configura como um juízo de mera plausibilidade do direito invocado;

¹ “Giustizia tardigrada”.

portanto, não se exige que o direito se apresente ao juiz como uma realidade evidente e indiscutível. A tutela cautelar tem por objetivo a proteção de direitos cuja existência seja apenas provável, sempre que a urgência impeça qualquer investigação probatória capaz de comprovar sua efetiva existência. Trata-se de uma contingência própria da tutela cautelar, ou seja, a proteção da aparência do direito, que, se fosse submetido a uma investigação probatória aprofundada, poderia, irremediavelmente, ser destruído, o que, inclusive, justifica a forma sumária do procedimento cautelar, por via da qual a tutela deverá ser realizada. A urgência reclamada no processo cautelar é decorrente da *iminência de dano irreparável* a que o direito provável está exposto. A tutela cautelar legitima-se porque o direito poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se ao longo percurso do procedimento ordinário. Por dano irreparável entende-se não somente o dano monetário, mas toda possibilidade de lesão a direito subjetivo. A razão de ser da tutela cautelar está justamente na sua destinação para proteger a futura realização do direito posto sob risco de dano iminente no que diz respeito a sua *realização prática*. Caso contrário, a possibilidade de reparação do dano excluiria o processo cautelar. A tutela cautelar deverá ser temporária, devendo perdurar enquanto persistir a situação de perigo ao interesse tutelado. O *estado perigoso do direito aparente* justifica a manutenção da tutela que, assim, jamais poderá adquirir o caráter de indiscutibilidade, ou seja, a sentença que concede a tutela cautelar não pode fazer coisa julgada material, posto que contém mais ordem do que pensamento. Na sentença prolatada na ação cautelar não há declaração da existência do direito nem declaração de que o réu é o verdadeiro obrigado no plano do direito material. Esse resultado somente é possível porque a sentença, na ação cautelar, limita-se a ordenar que se efetive a medida, baseando-se na probabilidade do direito ameaçado e, por isso, não faz coisa julgada material. A sentença que encerra o processo cautelar é sentença de mérito, distinguindo-se das demais por apenas assegurar sem satisfazer o direito que se assegura. Trata-se de sentença mandamental que haverá de conter uma ordem, para que alguma coisa se faça ou para que seja omitida alguma conduta. Trata-se de um *ato de império* que não possui aptidão para alcançar a estabilidade peculiar à coisa julgada material, o que decorre da ausência de qualquer

declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz decide a causa com base apenas na plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular e à existência de uma situação de fato de perigo. A temporariedade da tutela cautelar a faz compatível como *tutela da simples aparência*. Permanecendo o estado perigoso, deve perdurar a tutela cautelar que não pode tornar-se definitiva em seus efeitos e lesiva ao direito da parte contrária. A medida cautelar deve ser temporária, inclusive nos seus efeitos para a parte adversa, contra quem não pode ocasionar um fato consumado. É natural, assim, que o limite temporal das medidas cautelares esteja na sentença definitiva da ação principal. Se a sentença foi desfavorável àquele que obteve a medida cautelar deve perder a eficácia, uma vez que a verossimilhança do direito foi desfeita. A temporariedade da tutela cautelar é considerada em dois sentidos: a) *deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse para cuja proteção o provimento foi editado*; b) *a sentença prolatada na ação cautelar jamais poderá tornar-se imutável em razão do selo de indiscutibilidade própria da coisa julgada material*. (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 72-73). É pressuposto, ainda, do processo cautelar, uma *situação cautelanda*, ou seja, um direito subjetivo, uma pretensão, ação ou exceção da parte que o postula, nascidos do direito material, ou processual, consistente em um direito juridicamente protegido. Nesse sentido, compreende-se a tutela cautelar como instrumento criado para a proteção de direitos. Daí se infere que a tutela cautelar, diferentemente do que com frequência se afirma, não serve à proteção do processo, para defesa do *imperium iudicis*, mas ao direito da parte. A medida cautelar, como ação assegurativa, foi genialmente intuída e desenvolvida por Chiovenda (1965, p. 224-228). Para ele, as medidas provisórias cautelares são criadas para evitar-se o perigo de dano ao direito. As cautelares provisórias, determinadas pela urgência e pela *summaria cognitio*, devem garantir a futura atuação prática de um bem e estão fundadas em razões de “necessidades gerais da proteção do direito”.² (CHIOVENDA, 1965, p. 226, tradução nossa). O desenvolvimento e a grande aceitação da teoria de Calamandrei (1936), para quem o processo cautelar teria uma função

² “[...] necessità generali della tutela del diritto”

instrumental de proteção do processo, levaram praticamente toda a doutrina italiana a aderir ao seu posicionamento e a negar, ainda, a existência de um direito substancial de cautela:

Seguramente contra a configuração das ações, como meras ações, fez-se expressa a renovação de uma antiga visão defendida na doutrina alemã, segundo ALLORIO, afirmando que a ação cautelar é coordenada a um direito substancial de cautela que se assenta constantemente a todo direito fundamental, reconhecido por lei. Essa visão, brilhantemente recolocada à própria noção do direito individual, é, no entanto, rejeitada. (ZANZUCCHI, 1964, p. 164-165, tradução nossa).³

Igualmente, para Cernelutti (1942, p. 62-63, tradução nossa), a função do processo cautelar estaria “na garantia do desenvolvimento ou do resultado de um processo separado”.⁴ Se o processo principal serve para a composição da lide, o processo cautelar, na concepção do grande mestre italiano, teria por função garantir o bom fim do processo definitivo. Não obstante toda evidência em contrário, cautelar seria, assim, para Cernelutti (1942), a decisão que, no curso do processo de interdição, nomeia tutor ou administrador provisório e a decisão que, no processo de separação dos cônjuges, dispõe sobre a guarda dos filhos e sobre a prestação de alimentos durante o processo mesmo. (CARNELUTTI, 1942, p. 63). Como pressuposto final da tutela cautelar encontra-se a *sentença mandamental*, ou seja, uma espécie de sentença que contenha mais ordem do que julgamento, mais império do que cognição, na qual o magistrado mais ordena do que julga. Sem a prévia aceitação dessa categoria de sentença, faz-se impossível a compreensão do próprio ato jurisdicional prolatado na ação cautelar. Portanto, a sentença cautelar não declara a existência do direito assegurado, mas apenas o assegura com fundamento na verossimilhança.

³ “Contro la configurazione delle azioni assicurative, come mere azioni, si è espresso rinnovando una vecchia opinione sostenuta nella dottrina tedesca, l'ALLORIO, affermando che l'azione cautelare è coordinata ad un diritto sostanziale di cautela che si affiancherebbe costantemente ad ogni diritto principale, riconosciuto dalla legge. Questa opinione, brillantemente riattaccata alla nozione stessa del diritto soggettivo, è tuttavia da respingere.”

⁴ “[...] en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto”.

Só a estrutura da sentença mandamental, pela rarefação da *notio* em favor da maior relevância eficaz do *imperium* contido no ato jurisdicional, pode dar-nos uma classe particular de ato decisório onde a outorga da proteção jurisdicional se realize sem que o juiz reconheça sequer como existente (juízo de realidade que corresponde à declaratoriedade da sentença) a situação de direito material ou processual a favor da qual a parte pede proteção de segurança. (BAPTISTA DA SILVA, 1986, p. 75).

É crucial compreender o processo cautelar e a sentença nele prolatada como sendo aquela que não possui aptidão para satisfazer o direito, e, portanto, não pode a sentença cautelar realizar concretamente o direito alegado, no plano fático. A tutela cautelar apenas assegura a futura realização do direito afirmado pelo demandante. Trata-se de uma forma de proteção jurisdicional de tutela da simples aparência do direito, em virtude de uma situação fática de urgência, determinada por um estado de risco iminente ao direito. Seus pressupostos são, portanto, a *sumariedade da cognição*, a *iminência de dano irreparável*, a *temporariedade*, uma *situação cautelande* e uma *sentença mandamental*. (BAPTISTA DA SILVA, 1993, p. 101-127).

3. A liminar na ação cautelar

O plano da liminar, na ação cautelar, deve manter-se estritamente dentro dos pressupostos do processo cautelar e conter uma ordem que deve operar no plano da realidade, e não na abstração das normas. A liminar, verdadeiramente cautelar, não pode antecipar algum efeito da sentença final. O juiz, na liminar, sempre provisória, deve apenas ordenar que uma conduta positiva, ou uma omissão, seja atendida pelo demandado, e, assim, essa ordem somente pode incidir no mundo dos fatos. O poder cautelar geral (art. 798 do CPC), *inexistente no campo do processo penal* (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 51-52), é indicativo de que as medidas cautelares, quer sejam determinadas na liminar, quer no final do processo de segurança, somente podem ter o *conteúdo mandamental*. Com efeito, o art. 798 do Código de Processo Civil estabelece que:

Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Essa previsão dispõe, claramente,

[...] que a ordem, correspondente a uma proibição, a um veto, ou mesmo à imposição de uma conduta positiva, dar-se-á, invariavelmente, no campo dos fatos e não no presumido estabelecimento 'provisório' de uma relação jurídica que o juiz não poderá declarar existente, no plano meramente cautelar, e muito menos substituí-la por tempo limitado. (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 109).

Não obstante, a realidade dos tribunais está a demonstrar que o processo cautelar, principalmente pela possibilidade de concessão de liminares, degenera-se em sua finalidade prática, para admitir que, sob o signo do poder cautelar geral, sejam prolatadas provisões liminares de conteúdo tão vasto a ponto de abarcar as denominadas *liminares satisfativas*, que não possuem natureza cautelar. Outro ponto importante é que as categorias do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, reclamadas tanto para a sentença final, quanto para a concessão de eventual liminar, não definem a cautelaridade. A cognição sumária (*fumus boni iuris*) é pressuposto genérico para qualquer causa sumária, inclusive, no processo de conhecimento, sendo que até o despacho da inicial o pressupõe, assim como os recursos extraordinário e especial, que não serão admitidos sem essa sumária cognição. Com relação ao *periculum in mora*, está ligado à idéia de aceleração procedimental e de execução provisória, sendo bastante intuitivo que a necessidade de urgência decorre da própria lentidão do procedimento ordinário. (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 25). As liminares, no processo cautelar, estão destinadas a assegurar a possibilidade de realização do direito no futuro e, desse modo, não podem antecipar os efeitos da sentença, caso em que exorbitam da sua função asseguradora, para satisfazer, desde logo, o direito da parte. Toda liminar, que implique realização fática do direito, está, na verdade, antecipando a própria sentença final.

4. A prisão processual, seus problemas e alternativas

A prisão, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal que declare a culpa do acusado, é um dos problemas mais dramáticos do processo penal. A prisão é um ambiente facinoroso. Ela não serve para a ressocialização do criminoso, mas somente para punir. A prisão é um mundo de contradições, onde o criminoso assimila e interioriza as regras da convivência entre os presos apenas para sobreviver. O regime totalitário imposto na prisão fechada serve para tornar impossível a ressocialização e o treinamento do preso para voltar a viver em liberdade. A prisionização é um fenômeno típico das prisões e significa que o homem detido está sendo “[...] *socializado para viver na prisão*”. (PIMENTEL, 1983, p. 158, grifo nosso). A criminalidade e a necessidade de resposta a ela são a outra face do mesmo problema, enquanto o Estado detiver em suas mãos o monopólio da realização da justiça e o dever de combater e prevenir aqueles fatos que ofendem os seus maiores interesses. É uma questão de sobrevivência e resposta do grupamento social, naquilo que tem por intolerável nas relações sociais. A prisão processual não pode ser, simplesmente, banida dos ordenamentos. Ela é uma necessidade, sempre carente de regulação estrita, para que não degenerem em arbítrio e intolerância. A instrumentalização da prisão processual, em favor de grupos detentores do poder e em desfavor de certos selecionados pelo sistema, é tão odiosa quanto o arbítrio na sua aplicação. As medidas de *contención por sospechosos* (prisão ou detenção preventiva) constituem uma inversão do sistema penal, uma vez que referidas medidas se convertem em privação da liberdade sem sentença firme e por *presunción de peligrosidad*. Aproximadamente três quartos dos presos na América Latina estão submetidos a medidas de contenção, porque são *procesados non condenados*. A medida cautelar é *pena cautelar* (ZAFFARONI, 2006, p. 69). ou seja, por precaução, o poder punitivo se exerce condenando materialmente todos os investigados a uma medida e revendo com grande parcimônia essas condenações, levando-se anos para verificar se corresponde a uma pena formal. A prisão, ainda, é cumprida em cárceres com altíssimos índices de violência e mortalidade hetero e autoagressiva e doenças, ou seja, com alta probabilidade de eliminação física.

Em termos mais claros: aproximadamente três quartos dos prisioneiros latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeição (de prisão ou detenção preventiva). Desse, quase um terço será absolvido. Isso significa que, em um quarto dos casos, os agressores são condenados e obrigados a cumprir somente o resto da pena; na metade do total dos casos, verifica-se que o sujeito é infrator, porém considera-se que tenha cumprido parte da pena sentenciada com o tempo da prisão preventiva ou da medida de mera contenção; na quarta parte restante, não se pode verificar a infração e, portanto, o sujeito é liberado sem que se lhe imponha nenhuma punição formal. Deve-se ressaltar que existe uma notória resistência dos tribunais a absolver pessoas que permaneceram sob custódia, de modo que, em um quarto dos casos em que isso acontece, é clara e incontestável a arbitrariedade, uma vez que se decide pela absolvição apenas quando não tenha havido qualquer possibilidade de condenação judicial. (ZAFFARONI, 2006, p. 69, tradução nossa).⁵

Na Alemanha, a situação não parece mais alentadora. Como noticia Urs Kindhäuser (2006, p. 114), a prisão processual, na realidade, embora devendo ter caráter excepcional, não atende a esse propósito. Nos casos dos processos em primeira instância perante o tribunal distrital alemão – *LG (Landgericht)*, a prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) é decretada em percentual superior a 80% dos casos. Em países como o Brasil, as prisões cautelares acabam sendo inseridas na *dinâmica da urgência*, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea.

⁵ “Dicho en términos más claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que una cuarta parte de los casos los infractores son condenados formalmente e se les hace cumplir solo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante, no se puede verificar la infracción y, por ende, el sujeto es liberado sin que se le imponga ninguna pena formal. Cabe precisar que existe una notoria resistencia de los tribunales a absolver a personas que han permanecido en prisión preventiva, de modo que, en la cuarta parte de los casos en que esto sucede es palmaria e incontestable la arbitrariedad, pues se decide la absolución apenas cuando no existió para el tribunal posibilidad alguna de condena.” (ZAFFARONI, 2006, p. 69).

O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 210-211).

É impossível não ver, na admissibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal, um conflito com o *favor rei*, no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado, senão após o trânsito em julgado de uma sentença penal (CF, art. 5º, LVII). Esse conflito, porém, não se resolve em favor da supressão da prisão processual, mas na possibilidade fática de coexistência das medidas restritivas da liberdade, com a presunção de inocência, mesmo que a prisão venha a ser decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal. A presunção de inocência não proscree as medidas coercitivas, mas estabelece uma base que procura evitar toda e qualquer coerção não necessária da liberdade pessoal, em virtude do que não se pode presumir a necessidade da restrição da liberdade durante o processo, ou antes dele, mas se deve demonstrá-la. Além disso, essa restrição da liberdade não pode ser obrigatória, mas deve corresponder a uma medida excepcional, tendo em conta o caso concreto, dependendo, sempre, de uma *decisão fundamentada*. Contra os males da prisão preventiva, têm sido grandes os esforços na busca por soluções alternativas à prisão processual, embora isso demande a disponibilização de recursos econômicos destinados à Administração da Justiça, o que é bastante problemático em países periféricos como o Brasil, que já não possui dotação suficiente para a gestão do seu falido sistema prisional. De qualquer forma, na Espanha, nos casos de *prisión atenuada*, (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, LECr, art. 505, 2), em razão de enfermidade do acusado, podendo ocasionar grave perigo para a sua saúde, a prisão pode ser substituída pelo arresto no próprio domicílio, com vigilância que se considere necessária. (MARTINEZ, 1993, p. 396). Na Itália, a custódia cautelar somente pode ser determinada quando as demais medidas tenham resultado inadequadas (CPP, art. 275, 3), o que corresponde a uma graduação das medidas cautelares até a

possibilidade da prisão, ou seja, se as demais medidas podem atender às exigências do processo, a mais grave delas (*custódia cautelar*) não pode ser decretada. No rol de medidas cautelares pessoais encontram-se previstas a proibição de saída do território (*divieto de espatrio*, CPP, art. 281) sem autorização judicial; a obrigação de apresentação à polícia judiciária (CPP, art. 282); a proibição ou obrigação de permanência em determinado lugar (art. 283, 1 e 2); a internação em estabelecimento psiquiátrico (CPP, art. 286), se o acusado se encontra em estado de enfermidade mental que exclui ou diminui sensivelmente a capacidade de entender e querer, e a prisão domiciliar (CPP, art. 284). Além disso, há a previsão de *medidas interditivas*, como a suspensão do exercício do pátrio poder (CPP, art. 288); a suspensão de um ofício público ou serviço; a interdição temporária do exercício de atividades profissionais ou empresariais (CPP, art. 290). Trata-se de uma potencialização dos instrumentos cautelares que corresponde a uma mudança cultural que concebe a prisão cautelar como medida extrema “[...] que por razões concretas e sustentadas apenas por necessidade pode justificar” (CRISTIANI, 1991, p. 242, tradução nossa)⁶. Na Alemanha, a prisão preventiva (*Untersuchungshaft*) deve ser revogada para permitir que o réu possa submeter-se à medida de segurança em estabelecimento de internação.⁷ Entretanto, em se tratando de doença grave e incurável que, seguramente, levaria o réu, se preso, à morte, há divergência sobre a possibilidade da prisão. No *caso Honecker*, o Tribunal Constitucional de Berlim, considerando a prevalência dos direitos humanos, revogou a prisão do réu, por iminente risco de morte.⁸ Além disso, em conformidade com os §§ 116 e 116a, StPO,⁹ a prisão preventiva pode ser substituída por medidas alternativas (*Haftverschonung*), por exemplo, obrigação de comparecimento perante o juízo, proibição de afastamento da residência ou trabalho sem autorização, proibição de manter contato com testemunhas, corréus ou peritos, prestação de caução, etc., que, se não forem

⁶ “[...] che solo specifich e motivate ragioni di necessità possono giustificare”. (CRISTIANI, 1991, p. 242).

⁷ § 122, StVollzG, “Lei de Execução Penal”. Ver Joecks (2006, p. 246).

⁸ *BerlVerfGH, NJW*, 1993, 515. Ver Joecks (2006, p. 248).

⁹ *Strafprozessordnung*, “Código Alemão de Processo Criminal”.

atendidas, dão causa a sua revogação e submetem o acusado à prisão. O princípio da proporcionalidade, assim, qualquer que tenha sido o fundamento da prisão preventiva, permite a sua substituição quando os meios alternativos (*Ersatzmittel*) sejam suficientes para cumprir os objetivos do encarceramento processual. (HELLMANN, 2006, p. 89-90).

5. A antecipação dos efeitos executivos da sentença penal

Apegada às lições de Carnelutti (1942) e Calamandrei (1936), que construíram o processo cautelar em torno de uma atividade de tutela do processo, a doutrina pátria não faz segredo em afirmar que a prisão processual tem natureza cautelar,¹⁰ muito embora seja frequente a verificação de que essa espécie de prisão antecipa, de fato, a decisão de mérito, constatando que, principalmente na prisão preventiva, haja *antecipação da pena*.¹¹ A decisão sobre a prisão processual, coerente com esses condicionantes filosóficos e dogmáticos, assim, *antecipa o mérito*, embora em caráter provisório, e, nisso estaria sua cautelaridade. Há marcantes diferenças, entretanto, entre o processo cautelar e a tutela satisfativa. O primeiro tem quatro pressupostos que não se encontram, integralmente, no conceito do segundo. Não é cautelar a decisão que antecipa, ainda que provisoriamente, qualquer efeito da sentença final. O processo cautelar se configura como *tutela de simples segurança* e não contém satisfatividade. Os fundamentos teóricos da prisão processual indicam que, nela, há pelo menos dois requisitos não existentes na tutela genuinamente cautelar, quais sejam a antecipação do efeito executivo da sentença e o objetivo de servir à efetividade da jurisdição, ou seja, à proteção do processo. A tutela cautelar, pelo contrário, “[...] não tem por objetivo a proteção da função jurisdicional” (BAPTISTA DA SILVA, 1998, p. 28) e, desse modo, toda prisão processual contém, de algum modo, antecipação satisfativa do efeito executivo da sentença final, sendo, portanto, uma execução provisória da pena, *sendo patético o sofisma do caráter não penal do instituto*. (FERRAJOLI, 2002, p. 445). Pelo menos no que diz

¹⁰ Ver: Lima (2005, p. 252); Nucci (2006, p. 535).

¹¹ Ver: Barros (1982, p. 184-185); Tourinho Filho (1994, p. 415); e Marques (1997, p. 31).

respeito à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, já havia notado Afrânio Silva Jardim (1991, p. 391-393) a sua natureza satisfativa e a ausência de cautelaridade e a natureza de execução provisória da pena.

Em verdade, tal prisão não tem qualquer vínculo de acessoriedade com o resultado pretendido na ação penal condenatória, mas é o próprio acolhimento da pretensão punitiva, ou seja, é a própria medida jurisdicional postulada pelo autor da ação [...]. Por outro lado, não há aqui qualquer conotação de instrumentalidade, vez que se trata da outorga da própria prestação jurisdicional pedida na denúncia ou queixa, ainda que sujeita à condição resolutiva. Ademais, a sentença condenatória, por ser de mérito, não se limita a exame superficial do direito punitivo alegado (*fumus boni iuris*), mas o reconhece expressamente, declarando-o [...]. Assim, se a apelação do réu não tiver efeito suspensivo, instaura-se a execução penal desde logo, ainda que em caráter provisório. Neste caso, beneficia-se o réu dos direitos outorgados pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), funcionando a sentença de mérito como título único e exclusivo da prisão, substituindo-se a qualquer outro anterior, não mais cabendo falar-se em liberdade provisória ou revogação de prisão preventiva anteriormente decretada.

O reconhecimento de que o recolhimento à prisão antes do trânsito em julgado da sentença declaratória de culpa é uma execução provisória da sentença, posição essa a mais coerente, gera uma consequência lógica inafastável, qual seja a de que *o condenado há de ser recolhido no regime prisional estabelecido na sentença*. RAMOS (1998, p. 56; 470). O Supremo Tribunal Federal (STF), aliás, admite a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (SÚMULA nº 716). Trata-se da chamada execução provisória da sentença, que depende do trânsito em julgado para o Ministério Público.¹² Toda prisão processual, não somente aquela determinada na sentença condenatória, antecipa algo inerente aos efeitos da sentença final, realizando-os

¹² STF, HC 68.572-2, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 2.11.1991.

concretamente e, por isso, deve o tempo da prisão ser computado na pena definitiva por força da detração (CP, art. 42), não havendo cautelaridade em quaisquer prisões que antecedam o trânsito em julgado da sentença penal. A presunção de inocência não está, com isso, vulnerada, pois o que se antecipa é o efeito executivo da sentença, e não a declaração da culpa (*eficácia declaratória*). Isso quer dizer, igualmente, que nenhuma prisão processual pode pautar-se no juízo de culpabilidade do acusado, pois a presunção de inocência (*Unschuldsvermutung*) possui valência processual até o trânsito em julgado da sentença penal. Se contra o acusado, a prisão preventiva, por exemplo, é decretada unicamente porque há pleno convencimento sobre a sua culpa e, para que, assim, no curso do processo, seja ela expiada, essa decisão viola o princípio da presunção de inocência.

Contra um culpado, não devem ser usadas acusações que pressupõem culpa: elas devem girar apenas em torno de suspeitas, as quais conduzirão à resolução do crime [...].

Se o culpado for punido com condução sob custódia, sendo já sentenciado devido à sua culpa, a tão esperada punição também será antecipada, e isso constitui uma violação da pressuposição de que o réu seja inocente. (KINDHÄUSER, 2006, p. 204-205, tradução nossa).¹³

Trata-se de compreender o mecanismo processual de antecipação da eficácia sentencial como um instrumento técnico que permite, em nome da necessidade, a proteção da efetividade da jurisdição e da tutela do processo penal. É nesse sentido, inclusive, que deve ser interpretada a SÚMULA nº 09 do STJ: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção

¹³ “Gegen einen Beschuldigten dürfen daher keine Maßnahmen getroffen werden, die Schuld voraussetzen, wohl aber solche Maßnahmen, die auf einem Tatverdacht beruhen und der Tataufklärung dienen [...] Wird ein Beschuldigter unter Strafbedingungen in Untersuchungshaft genommen, weil man von seiner Schuld bereits vor dem Urteil überzeugt ist, wird also seine zu erwartende Strafe gewissermaßen vorweggenommen, so liegt darin ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung.” (KINDHÄUSER, 2006, p. 204-205).

de inocência”. Mantém-se a presunção de inocência, embora com antecipação provisória dos efeitos da sentença penal, permitindo que o trânsito em julgado sirva como marco definitivo da declaração da culpa. Preserva-se o *status* de inocência, mas se antecipa o efeito executivo da sentença. A execução provisória, como toda técnica de inversão do procedimento, cujo objetivo seria, primeiro, o de comprovar e declarar a culpa, para depois executar a sentença, deve estar pautada pela máxima prudência e por limites legais rigorosos que impeçam o arbítrio. A prisão somente deverá ser decretada como *ultima ratio* para garantia do processo e da efetividade da jurisdição penal. Assim, por exemplo, a prisão preventiva para garantia da ordem pública deve ficar restrita, por lei, para os casos de possibilidade concreta de reiteração de crimes graves e taxativamente previstos, sobre os quais, ainda, existam concretos elementos de convicção. O Tribunal Constitucional Federal alemão, divisando, nesses casos, mais uma necessidade de segurança coletiva, considera constitucional o § 112, III StPO que admite a prisão preventiva nos casos de possibilidade de reincidência em crimes graves (delitos capitais, como, por exemplo, homicídio, tráfico de drogas, crimes sexuais etc.). O perigo de reincidência, introduzido na legislação processual alemã em 1964, para os casos de determinados delitos sexuais, veio sendo sucessivamente modificado, para se admitir a prisão por outros delitos, como mostrava a *práxis* nos casos de crimes em série. A doutrina passou a tecer reservas contra o permissivo, posto que a prisão, nesses casos, muito se assemelharia às medidas de segurança, sendo aplicadas pela mera suspeita da prática de crimes. No interesse da comunidade, porém, o BVerfGE (19, 342 [350]), embora impondo severas restrições, considerou constitucional a norma:

O BVerfG já havia admitido a reincidência como causa dos chamados delitos sexuais em apenas casos excepcionais (§112, III, a. F.), só para parecer mais constitucional, pois ele gostaria de proteger das punições um grupo mais privilegiado da sociedade (BVerfGE 19, 342 [350]). Apesar de as condições do § 112a, I, Nr. 2 não terem sido definidas antes (aqui se trata do montante de delitos que ocorrem com qualquer grupo de vítimas), o BVerfG (E 35, 185) esclareceu, finalmente, o § 112a, I, Nr. 2, por causa das cláusulas pré-definidas do Legislativo (crime, suspeita con-

creta de uma interferência constante e séria com a paz jurídica, o respeito aos princípios básicos da constitucionalidade: §§ 116, III; 122a). (ROXIN, 1998, p. 247, tradução nossa).¹⁴

No Brasil, propugna-se pela inconstitucionalidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública ou econômica, por se tratar de grave degeneração a transformação de uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública. De outro lado, a prisão preventiva para proteção da ordem econômica seria, igualmente, inconstitucional, tratando-se de *um resultado da influência do modelo neoliberal e o capital especulativo, não sendo cautelar*. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 214-219). Parece-nos que não se deve aderir tão facilmente à tese de inconstitucionalidade da prisão decretada com fundamento na ordem pública ou da ordem econômica, que, por óbvio, não se identificam com o alarme social, o clamor público ou com a tutela do capital especulativo, insuficientes para embasá-la. Pelo contrário, é preciso situar no perigo concreto de reincidência o limite e fundamento para a prisão preventiva, nesse caso. Não somente os crimes violentos, mas, igualmente, os criminosos do colarinho branco, as fraudes, as sonegações, as transações fraudulentas atingem bens jurídicos supraindividuais como a ordem tributária, financeira, monetária e as relações de consumo, afetando a distribuição da riqueza. Quem detém riqueza, só por isso, não deve permanecer *outsider* do sistema. O que se deve exigir, sem concessões, é que, na decisão, haja a demonstração de fatos concretos que se traduzam na projeção da reincidência. A prisão preventiva, com o objetivo de impedir a reiteração de crimes de especial gravidade, possui outro fundamento que não a garantia do processo e está as-

¹⁴ “Das BVerfG hatte schon aus Anlaß der in § 112, III a.F. genannten Sexualdelikte den Haftgrund der Wiederholungsgefahr nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zugelassen und nur deshalb für noch verfassungsmäßig erklärt, weil er einen besonderen schutzwürdigen Kreis der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten schützen solle (BVerfGE 19, 342 [350]). Obwohl diese Voraussetzungen bei § 112 a I Nr. 2 nicht vorliegen (hier handelt es sich um massenhaft auftretende Delikte mit beliebigem Opferkreis), hat das BVerfG (E 35, 185) schließlich auch § 112 a I Nr. 2 wegen der vom Gesetzgeber eingebauten Sicherungen (erhebl. Kriminalität, konkreter Verdacht einer fortgesetzten und schwerwiegenden Beeinträchtigung des Rechtsfriedens, Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: §§ 116, III, 122 a) für verfassungsgemäß erklärt.”

sentada, de fato, na necessidade de segurança coletiva e deve ficar reservada, principalmente, para os casos de crimes em série. Quando se trata de ofensas tão profundas à ordem jurídica, é preciso admitir essa excepcional possibilidade, por razões de segurança, prevenção e necessidade coletivas que não devem ser, tão facilmente, superadas. A realidade deve impor-se, e a sua admissão deve ser aceita. Na Alemanha, embora se acuse a medida por possuir natureza policial-preventiva, a doutrina a admite, por razões de defesa da coletividade contra criminosos perigosos e a reiteração de crimes especialmente graves.¹⁵ De outro lado, o Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE*, 19, 342, 350 f; 35, 185, 190 f) declarou conforme a Constituição o § 112 a, StPO. (HELLMANN, 2006, p. 85). No Brasil, as Leis nº 11.689/2008 e nº 11.719/2008 modificaram substancialmente o regime da prisão decorrente de pronúncia (CPP, art. 413, § 3º) e em virtude de sentença condenatória recorrível (CPP, art. 387, *parágrafo único*), ligando-as aos mesmos pressupostos da prisão preventiva (CPP, arts. 311 e 312), em coerente tomada de posição com os anseios da doutrina, que divisava, naquelas espécies de prisão, modalidades da prisão preventiva. Em todas elas, há execução provisória da sentença penal; portanto, não possuem natureza cautelar. A decisão que as concede importa em antecipação da eficácia preponderante da sentença final (eficácia executiva). Está com razão Aury Lopes Júnior (2006, p. 199), que exclui as categorias do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* do processo penal, pois são inadequadas para a justificação da prisão preventiva cujos requisitos deverão ser o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. De fato, a situação perigosa (*situação cautelanda*) decorre da liberdade do réu ou indiciado, e não do tempo. “Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado” (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 201). O outro requisito está, justamente, na probabilidade da ocorrência de um delito, ou seja, na prova da existência de um crime e indícios

¹⁵ Ver Volk (2006, p. 58); Kindhäuser (2006, p. 119-120); RANFT (2005, p. 247); Hellmann (2006, p. 85): “Gegen den Haftgrund der Wiederholungsgefahr werden einige Bedenken geltende gemacht, die jedoch nur für bestimmte Anwendungsfälle durchgreifen. Soweit die Inhaftierung erforderlich ist, um die naheliegende Wiederholung von gravierenden Sexual-, Körperverletzungs-, Gewalt-oder Brandstiftungsdelikten zu verhindern, wird man das Recht sogar die Pflicht des staats, den Bürger schon vor der rechtskräftigen Aburteilung des Beschuldigten zu schützen, nicht bezweifeln können”.

suficientes de autoria. A prisão preventiva, decretada durante o inquérito ou no curso do processo, requer uma decisão que contenha uma ordem de prisão do imputado. Sua característica, igualmente, é a temporariedade, no sentido de que deve durar enquanto durar a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Assim, pode ser revogada, se o juiz verificar a falta de motivo para que subsista, ou novamente decretada, no caso de sobrevirem razões que a justifiquem (CPP, art. 316). A prisão preventiva, cuja função, inegavelmente, é a de tutela do processo e da *efetividade da jurisdição penal* (KINDHÄUSER, 2006, p. 113), não possui natureza cautelar por se caracterizar como um provimento interno ao processo que importa em antecipação da eficácia executiva da sentença e, portanto, por se constituir num provimento antecipatório da decisão de mérito, com inegável *caráter satisfativo*. Entre seus pressupostos fáticos devem estar a fuga, o perigo concreto de fuga, a contaminação ou destruição da prova, além de um juízo de probabilidade sobre a ocorrência de um crime, o que significa dizer, se ocorrentes causas excludentes da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade, não pode ser decretada a prisão, por razões bastante óbvias, já que, nesses casos, a sentença final, se a ação penal for iniciada, será de improcedência e não irradiará qualquer efeito. O art. 312 do CPP brasileiro contém uma seriação de permissivos da preventiva, como a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. A prisão preventiva, entretanto, deve fundamentar-se na *necessidade*, demonstrada no caso concreto, por adequada *fundamentação* (CF, art. 5º, LXI). A finalidade da prisão, antes do trânsito em julgado da sentença, é a efetivação da jurisdição penal, no que diz respeito ao esclarecimento dos crimes e à rápida punição do criminoso. Essa finalidade está, como facilmente se nota, em conflito com o princípio da presunção de inocência, o qual se resolverá segundo o critério da necessidade em favor da *efetividade da jurisdição*, por ser um interesse comum, mas em *caráter excepcional*.¹⁶ Como a prisão preventiva não pode

¹⁶ Segundo Joecks (2006, p. 245-246): “Zweck der Untersuchungshaft ist die Durchsetzung des Anspruchs der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und (rasche) Bestrafung des Täters (BVerfGE 20, 49). Sie richtet sich nach den §§ 112 ff, §§ 72, 72a JGG. Da der Betroffene noch als unschuldig gilt (vgl. Art. 6 Abs. 2 MRK), ist Untersuchungshaft zunächst einmal Freiheitsberaubung gegenüber einem Unschuldigen (vgl. Hassemer StV 1984, 40). Zulässig ist sie; auch Art. 5 Abs. 1 S. 2c MRK sieht Unter-

ter outros objetivos, não pode ser utilizada para outras finalidades, sendo incabível, por exemplo, para obter a confissão de determinados criminosos, autores de delicados crimes econômicos. (JOECKS, 2006, p. 246). Havendo grande probabilidade, inferida do resultado das investigações ou da prova judicial, de que o acusado praticou um fato criminoso e resultando quaisquer dos fundamentos da prisão (*Haftgrund*), ou seja, havendo (1) prova da fuga do réu, (2) do perigo de fuga, (3) da contaminação da prova (*sabotagem processual*). (HELLMANN, 2006, p. 81), ou, de forma excepcional, (4) existindo evidências de que o réu praticou certos delitos de especial gravidade (tráfico de drogas, crimes sexuais, genocídio, crimes violentos, por exemplo roubo, homicídio etc.), deve ser decretada a prisão preventiva, com a finalidade, repita-se, para *garantia do processo*. (SCHROEDER, 2006, p. 96). A prisão preventiva deve ter prazo máximo previamente determinado, não podendo perpetuar-se indefinidamente, em prejuízo do réu, que possui uma pretensão à aceleração do processo e à declaração de sua inocência. A prisão preventiva deveria, assim, durar o tempo necessário para o cumprimento da finalidade para a qual foi decretada. A realidade, entretanto, mostra que há absoluta indeterminação quanto ao o prazo máximo de sua duração, diferentemente do previsto para a prisão temporária (Lei nº 7.960/89), que não pode durar tempo superior a 5 dias, prorrogáveis por igual período, e, em se tratando de crime hediondo ou equiparado (Lei nº 8.072/90), podendo durar até 30 dias, prorrogáveis por igual período. Recomenda-se a fixação do prazo máximo de duração da prisão preventiva e a obrigação da revisão de seus pressupostos, periodicamente, pelo juiz competente, tal como se dá no processo penal alemão, onde a prisão preventiva não pode durar tempo superior a seis meses (§ 121, StPO), podendo ser prorrogada em caráter excepcional, em caso de complexidade probatória, ou em caso de justificado motivo para a permanência do réu na prisão. A prisão de qualquer pessoa não deve ser apenas comunicada ao

suchungshaft wegen Fluchtgefahr ausdrücklich vor (Meyer-Goßner vor § 112 Rdn. 1). Dennoch muss Untersuchungshaft Ausnahmefall bleiben. Jeweils muss zwischen dem Freiheitsanspruch des noch als unschuldig geltenden Beschuldigten und dem Erfordernis abgewogen werden, ihn im Interesse einer wirksamen Strafvollziehung vorläufig in Haft zu nehmen (BVerfGE 53, 152, 158; Meyer-Goßner vor § 112 Rdn. 2). Zumindest theoretisch darf U-Haft nur angeordnet und aufrechterhalten werden, wenn überwiegende Interessen des Gemeinwohls das zwingend gebieten”.

juiz competente, mas o acusado deve ser por ele ouvido, imediatamente após o cumprimento da ordem de prisão, devendo ser instruído sobre os recursos cabíveis, podendo externar as circunstâncias do caso que entende em seu favor, o que corresponde à previsão constante do § 115 do StPO alemão:

Se o acusado é tomado com base na *Haftbefehls*, então ele é imediatamente apresentado ao juiz competente. (2) O juiz tem o acusado imediatamente após a triagem e, no mais tardar nos dois dias mais próximos, o tema da acusação a ser ouvido. (3) Na audiência do arguido em que as circunstâncias são estressantes é seu direito apontar para *zuzusagen* em que falará sobre ou ao ponto. Se lhe fosse dada a oportunidade para rebater a suspeita e os motivos da detenção e os fatos de alegação de estar o amparo a seu favor. (4) Se forem mantidas sob custódia, o acusado tem o direito de recurso e a *Rechtsfehelfe* outros (§ 117 n° 1.2, do art. 118, §§ 1º, 2º) com a finalidade de ensinar. (tradução nossa).¹⁷

6. Referências bibliográficas

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil. Do processo cautelar*. 2. ed. Porto Alegre: LEJUR, 1986, vol. XI.

_____. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Teoría de la acción cautelar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Barcelona: BOSCH, 1942.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.

¹⁷ “(1) Wird der Beschuldigte auf Grund des Haftbefehls ergriffen, so ist er unverzüglich dem zuständigen Richter vorzuführen. (2) Der Richter hat den Beschuldigten unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächststen Tage, über den Gegenstand der Beschuldigung zu vernehmen. (3) Bei der Vernehmung ist der Beschuldigte auf die ihn belastenden Umstände und sein Recht hinzuweisen, sich zu äußern oder nicht zur Sache zuzusagen. Ihm ist Gelegenheit zu geben, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und die Tatsachen geltende zu machen, die zu seinen Gunsten entsprechen. (4) Wird die Haft aufrechterhalten, so ist der Beschuldigte über das Recht der Beschwerde und die anderen Rechtsfehelfe (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2) zu belehren”.

- CRISTIANI, Antonio. *Manuale del nuovo processo penale*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- HELLMANN, Uwe. *Strafprozessrecht*. 2. Auflage. Heidelberg: Springer Verlag, 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- JOECKS, Wolfgang. *Studienkommentar StPO*. München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II.
- _____. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: RT, 1983.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- RANFT, Otfried. *Strafprozeßrecht*. 3. Auflage. Stuttgart: Boorberg Verlag, 2005.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1957, vol. III.
- ROXIN, Claus. *Strafverfabrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 1998.
- SANTOS, Andrés de la Oliva *et. alii*. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Araces S.A., 1993.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Strafprozessrecht*. 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 3.
- VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile. Introduzione e parte generale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964, vol. I.

Artigo enviado em: 07/02/2010
Artigo aprovado em: 25/05/2010

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

IRRETROATIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL PENAL MAIS GRAVOSA

DIANA GORDILHO SILVEIRA SENA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Proposta de aplicação da irretroatividade de entendimento jurisprudencial prejudicial ao acusado. Baseada nos fins resguardados pelos princípios constitucionais da legalidade, taxatividade e irretroatividade da lei penal, a proposta assegura que não pode haver modificação pela instância inferior de entendimento reiterado de interpretação do texto legislativo, sem prévia declaração, evitando-se, assim, a quebra da confiança depositada no ordenamento jurídico.

ABSTRACT: Proposal application of non-retroactivity of the harmful jurisprudential ruling on the accused. Based on the finality protected by the constitutional principles of legality, strictness and non-retroactivity of criminal law, the proposal ensures that there can not be modified by lower court the reiterated understanding of interpretation towards the legislation, without prior statement, avoiding thus breaking confidence in the legal system.

PALAVRAS-CHAVE: Penal; princípios; constitucionais; irretroatividade; jurisprudência.

KEY WORDS: Criminal; principles; constitutional; non-retroactivity; toward the legislation.

Este trabalho aborda um tema polêmico, sem previsão legal, mas admissível frente às finalidades dos princípios penais constitucionais da legalidade, taxatividade e irretroatividade da lei penal mais gravosa. Trata da possibilidade da proibição de retroatividade de um entendimento jurisprudencial penal mais gravoso ao acusado que cometeu um delito, na vigência da mesma lei, mas sob a interpretação reiterada e pacífica mais branda de uma determinada corte e, no decorrer do processo, depara com um novo entendimento mais gravoso à sua situação.

Trataremos do assunto no âmbito dos princípios penais constitucionais, considerando para tal a observância dos fins resguardados por esses princípios.

A questão proposta não se confunde com a alteração jurisprudencial que ocorre advinda de nova lei ou mesmo de modificação na própria legislação, mas, sim, quando em vigor a mesma lei, com as mesmas definições, a corte que tinha um determinado entendimento, constante e pacífico, entende de forma diversa mudando a interpretação anterior para uma forma prejudicial ao acusado.

Conforme Odone Saguiné¹, o tema admite três posições doutrinárias:

1º) a ortodoxa, que nega a aplicação da garantia da irretroatividade às variações da jurisprudência penal; 2º) a postura contemporânea dominante que defende a idéia de que o acusado pode invocar o benefício do erro de proibição; 3º) a posição, ainda minoritária, mas que ganha cada vez mais um número crescente de adeptos, que postula a aplicação da garantia da proibição de retroatividade às modificações jurisprudenciais desfavoráveis.

Quanto à doutrina ortodoxa, esta entende que a posição da retroatividade é aplicável apenas às leis, não cabendo tal aplicação à jurisprudência, uma vez que entende ser a jurisprudência apenas um retrato da interpretação legal, negando a ela a condição de fonte do direito e de meio para a atualização dos conceitos legais.

Alguns argumentos defendidos por essa doutrina:

a) que uma nova jurisprudência tem indubitavelmente um efeito similar ao de uma nova lei, porém que daí não cabe deduzir uma

¹ SAGUINÉ, 2002, p. 148.

idêntica função; b) que a jurisprudência não vincula da mesma maneira que a legislação, pois do contrário os tribunais teriam praticamente o poder de legislar. Em realidade, as alterações jurisprudenciais somente implicam uma correção da interpretação de uma vontade interpretativa já existente no momento do fato; c) que se diminuiria a faculdade dos tribunais de mover-se em todo o âmbito delimitado pelo tipo. (SAGUINÉ, 2002, p. 150).

Ousa-se discordar de tal teoria, pois é apoiada em premissas retrógradas e contrárias às finalidades e garantias constitucionais.

Em primeiro lugar sabe-se da importância dos princípios gerais de direito, pois, postulados que são, trazem em seu interior os valores estruturais da ciência jurídica. Dessa forma, quando inobservado um princípio, deixam-se de respeitar vários pressupostos importantes, tornando-se mais gravosa a falta cometida em face deste que de uma norma propriamente dita.

É a essa falta que o trabalho se refere quando não considerada a irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa.

Os princípios da legalidade, da taxatividade e o da irretroatividade da lei penal têm como objetivo resguardar o cidadão do *jus puniendi* arbitrário do Estado. Assim, dando-lhe como garantias tais princípios, fica vedada a arbitrariedade estatal quando dispõem que só poderão existir crimes e penas quando previamente previstos em lei, que esses tipos condenatórios têm que ser taxativos, não reservando lacunas às interpretações tendenciosas e, finalmente, proibindo a retroatividade de uma lei penal posterior e prejudicial ao acusado, pois, não sendo o fato anteriormente considerado crime, ou não sendo apenado tão severamente, não poderia ser imputado ao autor num momento posterior.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que o fim resguardado pelo legislador, quando da elaboração, da fixação dos valores contidos nesses princípios, foi o de garantir a todo custo a proteção do cidadão frente à arbitrariedade estatal, e, nesse mesmo diapasão, entende-se que essa garantia deveria estender-se também às interpretações jurisprudenciais, sob pena de se frustrarem as finalidades contidas em tais princípios. Para o cidadão é irrelevante se essa garantia venha resguardada por lei ou outro meio qualquer, o importante é que esse direito seja respeitado. Considerando que grande parte dos

interessados nessa matéria tem mais acesso e confiança nas decisões judiciais do que na própria lei, esse direito – garantia – seria frustrado quando não observada a proibição da retroatividade do entendimento jurisprudencial mais gravoso.

Corroborando esse entendimento, Hassemer² (citado por Odone Saguiné): “[...] se observam situações em que a comunidade jurídica tem um conhecimento maior do conteúdo da jurisprudência penal do que do conteúdo da lei penal e confia também na situação da jurisprudência.” Completar referência.

Ainda sobre o assunto, ao contrário do que muitos defensores da doutrina tradicional asseguram, não ocorreria a estagnação do desenvolvimento do direito caso fosse aplicada a doutrina da irretroatividade da jurisprudência. Impertinente tal colocação, pois esse entendimento não prevalecerá *ad eternum*; pelo contrário, apenas deve existir um momento de transição entre o velho e o novo, e os delitos cometidos sob a influência de interpretação anterior devem ser julgados sob essa interpretação, não se frustrando, assim, as garantias preservadas pelos princípios constitucionais. Nessa fase de transição, o tribunal, passando a adotar um entendimento mais gravoso, iria declará-lo na decisão, sendo os crimes cometidos a partir de então julgados sob a égide dessa nova interpretação. Dessa forma, estariam resguardados os delitos cometidos em data anterior ao novo entendimento.

Nesse sentido, Odone Saguiné:³

Contra as objeções de que esse tipo de sentença conduziria provavelmente a uma estagnação de evolução de jurisprudência, pode-se responder que não estará proibida a aplicação da nova jurisprudência agravadora aos fatos realizados já sob a vigência dessa nova interpretação jurisprudencial, pois aí não se cogita de retroatividade, mas sim de mera aplicação da regra *tempus regit actum*.

Por seu turno, a alegação de que dessa forma os tribunais legislariam, invadindo a competência de outro poder, também não merece prevalecer.

² SAGUINÉ, 2002, p. 163-164.

³ SAGUINÉ, 2002, p. 166.

Uma vez ultrapassado o dogma da tripartição absoluta dos poderes, que afinal de contas nem foi recepcionado por nossa Constituição, visto que o artigo 2º da Constituição Federal estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, seria possível até considerar a possibilidade de o judiciário, de certa forma, legislar. Mas não é o caso. As garantias constitucionais (segurança e certeza jurídica), asseguradas através da proibição da retroatividade jurisprudencial, não equivalem à hipótese de estender a atividade legislativa ao judiciário, mesmo porque não ocorreu modificação da lei, e sim alteração da interpretação anterior, a qual apenas não poderá ser aplicada de imediato.

Nesse sentido, o papel dos tribunais não mudaria, continuaria exatamente como sempre foi, tendo a jurisprudência o mesmo papel que sempre teve, o da aplicação da lei geral ao caso concreto, o de fonte mediata de Direito, sendo o meio adequado para a atualização dos institutos jurídicos e eventual transformação em lei geral. Somente seriam resguardadas as garantias inerentes aos princípios constitucionais no momento em que se aplicasse a jurisprudência do tempo do cometimento do delito. Trata-se de uma questão temporal.

A irretroatividade da interpretação jurisprudencial mais gravosa somente se faz necessária em virtude da inobservância do princípio da taxatividade, da determinação da lei penal. Caso o legislador observasse essa determinação constitucional, não existiria tal problemática, uma vez que, quanto maior a determinação legal, menor é o âmbito de atuação de interpretação do Judiciário.

Assim, assinala Madrid Conesa (*apud* Odone Saguiné): “O problema da possível irretroatividade das variações na interpretação jurisprudencial é, em verdade, um problema de maior ou menor determinação da lei penal e sua solução deve achar-se nesse campo”. (SAGUINÉ, 2000, p. 161).

Também citado por Saguiné, Palazzo: “quanto mais a lei é determinada, tanto mais limitado resulta o ‘poder’ do juiz no confronto com o legislador, que considerará, portanto, reduzida a ‘concorrência’ do judiciário na atividade de criação normativa”. (SAGUINÉ, 2000, p. 161).

Ainda sobre o assunto, o próprio Odone Saguiné:

Em favor desta opinião está, além de razões de justiça material, o fato de que pela própria indeterminação da lei penal o suporte fático da mesma tem que ser completado por via jurisprudencial, com o que é a própria jurisprudência, com autorização tácita do legislador, que, no final de contas, fixa o âmbito de proibição a que se estende o tipo penal. Isso, não cabe dúvida, no fundo representa uma sutil infração do princípio da certeza, porém, na medida em que a aplicação da proibição de retroatividade favoreça ao réu, entra dentro do espírito que inspira as exceções do princípio da legalidade, retroatividade da lei mais favorável, analogia *in bonam partem*. De todo modo, o problema se apresenta por não ter sabido ou podido o legislador cumprir com o mandato de certeza e determinação que é inerente ao princípio da legalidade. Não seria correto que na hipótese de descumprimento da exigência constitucional de determinação da lei penal pelo Poder Legislativo, o Judiciário, ao preencher essa lacuna, também deixe o indivíduo desprotegido em sua liberdade frente ao Leviatã Estatal. Do contrário, o princípio da distinção dos poderes e o da legalidade penal se tornariam dogmas ambíguos e perigosos porque não garantiriam o seu telos ideológico: a liberdade aos destinatários do poder. (SAGUINÉ, 2000, p. 161-162).

Entretanto, é válido lembrar que apenas uma decisão proferida por um magistrado ou mesmo um Tribunal não constitui jurisprudência. São consideradas jurisprudência as decisões uniformes e constantes dos tribunais superiores, decisões essas que, quando lidas pelos interessados, passam-lhes a confiança de que aquela seria a determinação legal e, como tal, ensejaria determinada sanção.

Assim, os ensinamentos do Odone Saguiné:⁴

Como a proibição da retroatividade se fundamenta na proteção da confiança dos cidadãos de que não vão ser surpreendidos por atuações arbitrárias não previstas nem previsíveis dos poderes estatais, desde o ponto de vista do indivíduo é psicologicamente indiferente que seja punido de forma retroativa imprevista ou imprevísivel por causa de uma lei editada pelo Parlamento que não existia no momento de realizar o fato ou que se chegue a esse resultado através de uma nova interpretação jurisprudencial, decorrente de uma lei já existente, impossível de conhecer antes de

⁴ SAGUINÉ, Odone, 2002, p. 162.

sua declaração. A lei e sua interpretação se encontram em um vínculo necessário de complementação, de maneira que a realidade jurídica do princípio da legalidade só será atendida quando, para um determinado tipo penal, vigore a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato e que corresponda à verdadeira pretensão normativa. Assim, anota Tavares, 'se a concepção jurídica se altera de tal forma que implica praticamente em um complemento legal, não pode retroagir em prejuízo do autor'. Assim, nas situações em que a concretização do sentido da lei se leva a cabo de um modo preciso pela jurisprudência e é através desta que se chega aos atingidos, deveria aplicar-se excepcionalmente a proibição de retroatividade à jurisprudência vigente à época da realização do crime. Há casos de uma sólida jurisprudência dos mais altos tribunais, que exerce a função de substituir a lei ou complementá-la; como nessas hipóteses a jurisprudência uniforme da jurisdição superior cumpre a mesma função de orientação que uma lei desempenha, deve aqui também ter lugar a proibição de retroatividade. Como observa Ruiz Antón, 'uma alteração jurisprudencial agravadora e posterior à realização do fato, e que implica uma alteração radical do critério anteriormente mantido de forma reiterada e constante não é diferente, desde uma valoração material, à aplicação de uma lei sancionadora desfavorável ou restritiva de direitos individuais. Se afirma que a lei e a aplicação judicial do direito representam uma unidade da qual se deduz o que está ou não proibido'. Desde um ponto de vista realístico, uma mudança jurisprudencial produz efeito durante o processo em curso e atinge, desde logo, retroativamente os fatos passados e pode conduzir à condenação de uma pessoa da mesma forma que uma lei. É indispensável, todavia, que a modificação jurisprudencial seja de tal importância que equivalha a uma intervenção do legislador. Por isso, segundo Stratenwerth, quando a jurisprudência dos tribunais superiores se aproximar de tal maneira e de modo tão uniforme em seus efeitos à lei, em princípio resulta obrigatório considerar que as modificações *in malam partem* estão submetidas á proibição de retroatividade. Portanto, apesar de que, formalmente, uma modificação agravadora não constitua uma variação legislativa, em sentido estrito, enquanto a jurisprudência não é fonte de Direito Penal; e, ademais, a lei segue sendo a mesma e unicamente o que se altera é a interpretação que fazem dela os Tribunais – assinala Ruiz Antón –, com estes argumentos se está ignorando que o princípio de irretroatividade não é senão a expressão da garan-

tia de segurança jurídica. A segurança jurídica – fundamento da proibição de retroatividade desfavorável – resulta profundamente afetada quando uma modificação jurisprudencial dá lugar, como efeito material, à aplicação da lei de forma mais gravosa; e isso é o que sucede se é interpretada de modo diferente e como vinha sendo, constante e reiteradamente, no momento da realização do delito. Irretroatividade e segurança jurídica são duas idéias indissolivelmente unidas. A garantia de segurança jurídica leva consigo o pensamento de um prévio cálculo do conteúdo das decisões judiciais conforme o critério reiterado e constante.

Teoria também aplicável ao caso em questão e atualmente a de maior destaque entre os juristas para embasar a aplicabilidade do tema é a do erro de proibição.

Segundo a doutrina, o erro de proibição pode se dar de três formas: o erro de proibição direto, o indireto e o mandamental.

O erro de proibição direto acontece quando o erro do agente recai sobre o conteúdo proibitivo de uma norma penal, ou seja, o indivíduo, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, contudo, ou ele não conhecia o mandamento proibitivo, ou o conhecia mal ou, ainda, não entendia seu verdadeiro âmbito de incidência.

Por sua vez, o erro de proibição indireto se caracteriza pela suposição errônea de haver uma causa de justificação para sua conduta, ou seja, acredita que, em que pese saber que a ação que pratica é proibida, acredita que se encontra em uma situação em que está agindo sob a égide de, por exemplo, por uma causa excludente de ilicitude. Assim, conclui-se que seu erro recai sobre a existência ou os limites da proposição permissiva.

Já o erro de proibição mandamental consiste no erro sobre os mandamentos contidos nos crimes omissivos, os próprios ou impróprios. É o erro que recai sobre uma norma impositiva, sobre uma norma que manda.

A aplicação da teoria do erro de proibição no âmbito da jurisprudência dos tribunais seria apenas no tocante à quantidade/qualidade de sanção trazida nesta jurisprudência. Inegável que a jurisprudência tem o condão de influenciar a sociedade, motivo pelo qual deve ter

a mesma garantia que a norma. Então, a questão do erro de proibição versaria não sobre o desconhecimento da proibição da norma, mas, sim, sobre a falta de consciência de que o novo entendimento tornaria mais grave a situação do eventual apenado (e.g. crime de estupro simples não era considerado hediondo, novo entendimento o considera). Talvez se o agente soubesse que a situação estava sendo julgada com mais rigor, nem cogitasse em praticar o crime.

Assim, a teoria do erro de proibição poderia ser aplicada ao tema proposto, no tocante à modificação, pelo novo entendimento jurisprudencial, quanto à quantidade/qualidade da sanção.

A título ilustrativo, serão demonstrados alguns julgados de tribunais superiores, nos quais se entende a perfeita aplicação do tema defendido, uma vez que foram esses entendimentos mantidos por longo tempo e de forma reiterada, influenciando de maneira significativa os que deles tinham conhecimento.

Senão vejamos:

EMENTA: *HABEAS-CORPUS*. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. MATÉRIA PACIFICADA. Estupro. Precedente da Segunda Turma de que tal crime, na forma simples, não é hediondo. Entendimento superado por decisão do Pleno considerando-o hediondo tanto na forma qualificada quanto no tipo fundamental. *Habeas-corpus* indeferido. (HC 81408, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 03-05-2002 PP-00022 EMENT VOL-02067-01 PP-00153).

EMENTA: *HABEAS-CORPUS*. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. MATÉRIA PACIFICADA. Estupro. Alusão a precedente da Segunda Turma de que tal crime, na forma simples, não é hediondo. Entendimento superado por decisão majoritária do Pleno do Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* indeferido. (HC 81286, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 03-05-2002 PP-00021 EMENT VOL-02097-01 PP-00142).

EMENTA: *HABEAS-CORPUS*. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA AUTORIDADE COATORA. REEXAME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-CONEHECIMENTO. Estupro. Definição da natureza do crime como

hediondo somente se da infração resultar lesão corporal grave ou morte. Remissão a precedente desta Corte. Matéria não suscitada perante o Superior Tribunal de Justiça. Reexame. Impossibilidade, sob pena de supressão de instância. *Habeas-corpus* não conhecido. (HC 81401, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 03-05-2002 PP-00021 EMENT VOL-02067-01 PP-00147).

EMENTA: PENAL. ESTUPRO: CRIME HEDIONDO. Lei nº 8.072/90, com a redação da Lei nº 8.930/94, art. 1º. Cód. Penal, art. 213 e art. 223, *caput* e parágrafo único. I. - O crime de estupro, tanto na sua forma simples, Cód. Penal, art. 213, quanto na qualificada, Cód. Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único, é hediondo, ex vi do disposto na Lei nº 8.072/90, com a redação da Lei nº 8.930/94, art. 1º, V. II. - Precedente do STF: HC 81.288-SC, Velloso p/acórdão, Plenário, 18.12.2001. III. - H.C. indeferido. (HC 81404, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/12/2001, DJ 01-03-2002. PP-00032 EMENT VOL-02059-02 PP-00405).

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. COMUTAÇÃO DE PENA: IMPOSSIBILIDADE. “HABEAS CORPUS”. 1. O aresto impugnado considerou hediondo o crime de estupro (mesmo não qualificado, como no caso) e, por isso, quanto a ele, negou a comutação de pena. 2. Agora, com esta impetração, é sustentada a tese de que não se deve considerar hediondo o crime de estupro, não qualificado por lesão grave ou morte (art. 223 e parágrafo único do C.P.). 3. Nas mesmas circunstâncias, o Plenário do S.T.F. conheceu de “Habeas Corpus”, impetrado também contra julgado do S.T.J., em Recurso Especial (H.C. nº 81.288, j. a 17.12.2001). 4. Pelas mesmas razões, o presente pedido é conhecido. 5. Quanto ao mais, o parecer do Ministério Público federal, pela denegação da ordem, é de ser acolhido. 6. Acrescenta-se que a 1ª Turma da Corte já havia decidido, a 18 de fevereiro de 1997, por unanimidade, no HC nº 74.710 (D.J. de 25.04.1997, Ementário nº 1866-04): “2 - crime hediondo. A classificação prevista no art. 1º da Lei nº 8.072-90 diz respeito, tanto à forma simples do delito tipificado, no art. 214, como à qualificada, capitulada no art. 223, “caput” e parágrafo único, ambos do código Penal.” 7. E mais recentemente, “concluindo o julgamento de “Habeas Corpus” afetado ao Plenário pela Segunda, o Tribunal, por maioria, decidiu que o crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte (H.C. 81.288). 8. Adotados os fundamen-

tos dos precedentes da 1ª Turma (H.C. 74.710) e do Plenário (H.C. 81.288) e mais os do parecer do Ministério Público federal, o “Habeas Corpus” é indeferido. (HC 81413, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 22-03-2002 PP-00031 EMENT VOL-02062-02 PP-00407).

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, V E 2º, § 1º, AMBOS DA LEI Nº 8.072/90. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO. FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA. ANÁLISE SISTÊMICA E GRAMATICAL. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. CONSEQUÊNCIAS BIOLÓGICAS, PSICOLÓGICAS E SOCIAIS DO ESTUPRO QUE FAZEM DELE UM COMPLEXO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE LEVAM À CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE ESTUPRO DO QUAL NÃO RESULTE LESÃO DE NATUREZA GRAVE. ESTATÍSTICAS. CONCEITO DE LESÃO CORPORAL. 1. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único. Pretendeu o legislador, atento à efetiva gravidade do crime, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples que, na definição legal, corresponde a: constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima. 2. Revogação tácita, pela Lei nº 8.072/90, que impôs penas mais severas ao crime de estupro, do parágrafo único incluído no art. 213 do Código Penal pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como que a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas. Estatísticas de incidência que, somadas às consequências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave. 4. O conceito de lesão corporal, na lição de Nelson Hungria, não abrange apenas consequências de ordem anatômica, mas compreende qualquer ofensa à normalidade funcional do corpo ou organismo

humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico, o que abrange a desintegração da saúde mental. 5. Ordem denegada. (HC 81360, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 19/12/2001, DJ 19-12-2002 PP-00071 EMENT VOL-02096-02 PP-00404).

Referências bibliográficas

- AMARAL, Cláudio Prado. *Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: Método, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAPETTI, André. A jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, n. 7. Porto Alegre: Notadez, 2002.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência – um desabafo crítico. *Revista de Estudos Criminais*, n. 7. Porto Alegre: Notadez, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, ano 1. Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-americanos de Ciências Penais-CEIP, 2000.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.
- MATA MACHADO, Edgar da. *Elementos de teoria geral do Direito*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SAGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal* – parte geral, questões fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 2003.
- ZAFFARONI, E.; BATISTA, N.; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2003.

4

Direito Civil

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

DIREITO CIVIL

ARTIGO

EMPRESA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

VÂNIA MÁRCIA DAMASCENO NOGUEIRA

Defensora Pública da União, Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás – UNI-ANHANGUERA, Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna/MG – UIT.

RESUMO: Este trabalho visa a afirmar os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, a sua função irradiante para além do texto constitucional e a contaminação dessa irradiação em face do novo Código Civil brasileiro. Busca também verificar o papel da empresa, na nova ordem jurídica da pós-modernidade, como sujeito de direitos da personalidade e simultaneamente ofensora desses mesmos direitos dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; pós-modernidade; novo Código Civil; empresa e direitos da personalidade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to enforce the fundamental rights in the Lawful Democratic State and discuss its role regarding the constitutional text and the new Brazilian Civil Code. One aims at checking the role of companies in the new post-modern legal system simultaneously as subjects of personal rights and offenders of these same individual rights.

KEY WORDS: Fundamental rights; post modernity; new Civil Code; business and personal rights.

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Pós-modernidade. 2.1. Novo Código Civil. 2.2. Constitucionalização do Direito Civil. 3. Direitos fundamentais. 3.1. Efetividade dos direitos fundamentais. 4. Direitos da personalidade. 5. Direitos fundamentais no âmbito das relações en-

tre particulares. 6. Direitos fundamentais e empresa. 6.1. Direitos fundamentais da empresa. 6.1.1. Dano moral da pessoa jurídica. 7. Função social da empresa. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. Intróito

A sociedade contemporânea é pautada pelo consumismo, pela velocidade das informações, do transporte, dos conflitos globalizados, de agressões contínuas à vida humana, senão causados pelo homem contra outro homem, causados pelo homem contra si mesmo, retratado de forma ímpar pela destruição da natureza, pela desconstituição familiar, pela perda do direito de ser criança, pela perda do ócio prazeroso e da qualidade de vida em detrimento da total falta de tempo, da busca incansável do “ter”.

O homem sai do campo e vai para a cidade a fim de trabalhar e ganhar dinheiro para no final de sua vida, ao aposentar-se, ter condições financeiras de voltar ao campo.

Esse círculo redundante de objetivos é a expressão máxima da sociedade pós-moderna – complexa, multifacetada, pluralista, sempre contrariando o preestabelecido, o positivado.

O século XX, aliado a processos sociais e políticos marcantes, como o intervencionismo estatal na economia, os conflitos sociais massificados, o dirigismo contratual e relativização da autonomia privada e a publicização do direito, começa a transformar as regras que nasceram para ser eternas.

Na seara do Direito, o Código Civil perde a capacidade de gerenciar todas as relações sociais e há uma emergente necessidade de uma gama de leis esparsas que vem disciplinar os conflitos sociais, característica da pós-modernidade.

A descodificação do Direito, a inflação legislativa e o nascedouro de microssistemas são reflexos das velozes transformações sociais ocorridas nas últimas décadas em todas as áreas como uma conse-

quência do alto grau de incertezas políticas, econômicas, religiosas e até mesmo jurídicas.

O direito, aqui como sinônimo de pacificação social, busca instrumentalizar-se em normas abertas, principiológicas do texto constitucional, porém não menos sancionadoras ou auto-aplicáveis. Morre a era da declaração, para nascer a era da efetivação dos princípios. Os direitos fundamentais emergem como base de toda a ordem jurídica, irradiando-se para a legislação infraconstitucional e tendo como princípio máximo a dignidade humana.

Nesse contexto, a empresa apresenta-se como um dos principais agentes transformadores da sociedade. A cada dia, redescobre seus direitos e, em contrapartida, adquire novos deveres. Ainda que tenha sido introduzida no ordenamento jurídico uma feição social a institutos basilares do capitalismo, como a propriedade e o contrato, a empresa não é vista somente como um ente gerador de trabalho e circulação de riquezas e conforto humano; ainda é vista por uma parcela da sociedade como um ente provocador de miséria, desigualdade social e destruição ambiental.

No mundo globalizado, as empresas possuem enorme poder de atuação, podendo causar tanto impactos positivos quanto negativos nos direitos fundamentais do homem e no meio ambiente. Esses impactos ultrapassam fronteiras físicas, políticas e econômicas, atingindo todo o planeta. Em determinados locais, não raro as empresas fazem o papel do Estado. Ao assumirem essa postura, ganham notoriedade pela função social desenvolvida, mas, simultaneamente, adquirem poderes jamais imaginados, podendo abalar a estrutura política do que hoje entendemos por Estado.

O direito fundamental de personalidade, que antes era atributo exclusivo do homem, é oferecido pelo ordenamento jurídico à pessoa jurídica, para tutelar direitos outrora bastante questionáveis em razão da própria concepção ontológica desse ser. A empresa, então, passa a ser importante no Estado Democrático de Direito tanto como sujeito ativo quanto passivo da complexidade contemporânea.

2. Pós-modernidade

Para se chegar à pós-modernidade, é necessário traçar um rápido perfil da modernidade, a fim de se entender as modificações sociais que culminaram no atual Código Civil.

Esclarece Gregório Assagra de Almeida (2008, p. 321):

A modernidade se iniciou por volta de 1500, período dos novos descobrimentos, do Renascimento e da Reforma. A sua marca característica é a subjetividade que culmina no individualismo, com a autonomia e liberdade de ação. Com a Reforma proclama-se a liberdade e soberania do sujeito e do seu pensamento contra a fé. Com a Declaração dos Direitos do Homem e o Código Civil francês, consagra-se o princípio da autonomia da vontade. Já com o iluminismo defende-se o primado da razão, sendo que no campo do Direito, resulta na existência de normas absolutas e universalmente obrigatórias. Com a Revolução Francesa, marca-se o advento do Estado de Direito.

O Estado Liberal de Direito, baseado no individualismo, na igualdade formal, consagrava a separação dos poderes e a atuação mínima do Estado sobre o indivíduo. Os paradigmas que ergueram a modernidade precisaram se impor diante do absolutismo, que marcou a finalização do período medieval e diante dos horrores de uma primeira guerra mundial. A prioridade era a conquista da segurança jurídica, da preservação dos direitos, do estabelecimento das igualdades e da consideração máxima do indivíduo.

O indivíduo era considerado sujeito de direito por sua capacidade de aquisição patrimonial, com ampla liberdade para a apropriação. Assim o direito civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos de aquisição e manutenção do patrimônio. Nessa fase deu-se a codificação moderna, representando a sistematização do Direito e a segurança jurídica do sistema. O direito civil racional e sistematizado é o paradigma da sociedade moderna. A lei era abstrata e de caráter geral.

Veio a Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, gerando enormes conflitos sociais, movimentos sindicais e fenômenos de massa. O capitalismo era questionado, seguindo-se uma nova guerra mundial. A total ineficácia de garantias para os direitos fundamentais e a postura neutra do Estado deram lugar a uma tendência intervencionista no domínio econômico, alargando-se também as garantias desses direitos e dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Passou-se, assim, ao denominado Estado Social de Direito ou Estado do Bem-Estar. Nesse momento tenta-se corrigir as grandes injustiças advindas do liberalismo e a lei deixa de ter um comando abstrato e genérico para atuar de forma concreta. O Estado sai da neutralidade e assume uma posição positiva em face das questões sociais, principalmente dos trabalhadores e nas relações previdenciárias.

Inicia-se a necessidade de tutelar os direitos das massas, pois os conflitos passam a ser coletivos. Mas o paternalismo estatal não suporta a gama de complexidade de direitos e deveres que surgem dos novos conflitos e o Estado Social de Direito fica impotente diante da realidade. Passa-se a entender que o ideal não é o paternalismo assistencial do *Welfare State*; o ideal é o Estado servir de guia, preparando o cidadão para ele mesmo resolver democraticamente os problemas principais, deixando somente um plano de execução das decisões do povo para o Estado.

Surge o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela junção da democracia e do socialismo, sem a intenção de extinguir os direitos individuais conquistados na Revolução Francesa, mas com determinação de cortar definitivamente os laços com a concepção liberal individualista-burguesa. O Estado Democrático de Direito não pode conviver passivamente com tantas desigualdades econômico-sociais. A democracia exige igualdade material; não basta o caráter geral da lei. O Estado se volta à proteção concreta do social, da coletividade e não somente do indivíduo. Implanta-se a solidariedade social.

Quanto a esse momento estatal, Francisco Amaral afirma:

[...] a sociedade contemporânea apresenta um elevado grau de complexidade, em razão da revolução tecnológica, globalização da economia e massificação dos meios de comunicação. É necessário superar o paradigma da modernidade. O Direito não se apresenta mais como um sistema completo capaz de dar respostas a todas as questões jurídicas; é crescente a importância da aplicação dos princípios jurídicos; surge a constitucionalização dos princípios fundamentais do direito privado e a decodificação do Direito Civil, representado pelo advento de corpos jurídicos autônomos, dotados de princípios próprios constituindo novos ramos do Direito; surge o terceiro setor, onde interesses públicos estão a cargo de entidades ou associações não-governamentais; é crescente a importância da vida e dignidade humana surgindo daí o ramo jurídico dos direitos da personalidade, reconhece-se o fato de que aplicar o direito é também criá-lo. (AMARAL, 2003b).

A pós-modernidade nasce propondo contestação das certezas metafísicas, do socialismo salvador e do capitalismo selvagem. Tudo é relativizado, fragmentário, desconstruído, múltiplo, “policultural” de forma a não excluir da cultura globalizada nenhum potencial mercado consumista. Aceita-se o diferente, pois neste, pode-se vislumbrar um sistema de riquezas econômicas e culturais. Não há verdade absoluta. A sociedade pós-moderna é reconhecidamente a sociedade do conhecimento e da informação e se constrói em uma antítese à sociedade moderna.

Nesse contexto houve o reconhecimento, ainda que tardio, de “[...] que o direito não mais satisfaz às necessidades de uma sociedade que evolui mais depressa do que ele”, o que é evidenciado pela “fragmentação dos sistemas e o pluralismo das fontes” (BARROSO, Lucas, 2005b).

Vislumbra-se, pois, o surgimento de novos ramos jurídicos, especiais e autônomos, verdadeiros microsistemas jurídicos, concretizados em disciplinas ou estruturas do Direito implicadas na ordenação e disciplinamento dos problemas e das relações resultantes do cotidiano social na pós-modernidade.

2.1. Novo Código Civil

A necessidade de codificação remonta a debates jurídicos ocorridos entre Savigny e Thibau, tendo este saído vencedor pela codificação que originou o famoso código alemão BGB. Já nessa época se apontavam as vantagens da codificação, dentre as quais a facilidade na visualização dos institutos jurídicos e segurança jurídica; no entanto, é inegável que a codificação proporciona uma estaticidade do direito, que não acompanha as modificações que ocorrem com a sociedade, fato visível durante o período de elaboração e publicação do novo Código Civil, que, em muitos aspectos, já nasceu desatualizado, dada a velocidade de transformações sociais e ideológicas ocorridas durante os anos de sua elaboração.

No século XVIII, o racionalismo iniciante favoreceu o processo de codificação do direito civil, atendendo aos anseios dogmáticos da burguesia. Marca essa etapa o código de Napoleão de 1804. O código foi justificado como um eficaz instrumento de segurança às relações privadas. Na verdade, a ideologia da classe dominante se estratificou no código.

O primeiro Código Civil brasileiro, de 1916, tendo entrado em vigor em 1917, da autoria de Clóvis Beviláqua, levou noventa e dois anos para ser elaborado e foi, para sua época, um modelo de inovação, dentro da concepção individualista do liberalismo. Foi ovacionado pela clareza de sua redação e pela boa técnica empregada. Vigorou por quase cem anos, mas a complexa vida social da pós-modernidade impediu sua continuidade, seja em ideologia, seja em técnica.

O código, poucos anos após seu nascedouro, começou a ruir e tornar-se obsoleto. Foi elaborado apresentando idéias individualistas numa visão de sociedade colonial e agrária, que tutelava a propriedade acima de tudo, com forte autonomia da vontade. Era marcado pela dicotomia entre o direito público e o direito privado, onde o código civil constituía o centro do ordenamento jurídico. O código civil era a constituição das relações privadas. A idéia de justiça nele contida resumia-se à aplicação da lei.

Veio a Constituição Federal de 1988 trazendo institutos afeitos ao direito civil e contradizendo-os ao próprio código civil, que já demandava profundas modificações, iniciadas antes da Constituição através de leis esparsas, visto que não objetivava acompanhar as modificações da complexa sociedade pós-moderna. A Carta Magna, de uma forma implícita, consagra que o código civil deixa de ser o centro do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, a base de tudo passa a ser o homem e sua dignidade humana.

No entanto, muito antes da promulgação da Constituição de 1988, já vinha sendo elaborado o novo Código Civil brasileiro. Como relata José Jairo Gomes (2006, p. 117-118):

Durante o governo militar de 1969, foi constituída uma comissão de juristas, dentre os quais José Carlos Moreira Alves e Agostinho de Arruda Alvim, presididos por Miguel Reale, para elaborar o Novo Código Civil, cujas pretensões iniciais eram apenas atualizar o antigo código, aproveitando-o ao máximo. No entanto, devido às modificações da sociedade brasileira, uma nova principiologia e diretrizes eram necessárias para nortear a nova codificação, que por ser um trabalho sistemático, a alteração de um artigo, repercutia profundamente em outro, de modo que era mister toda uma reformulação. Em 1972 teve término o Anteprojeto enviado à Câmara dos Deputados. Em 1984 foi aprovada a redação final do Projeto de Lei aprovado no Senado. Mas com a Promulgação da Constituição de 1988, houve uma profunda revisão para adequamento ao texto constitucional, até que foi sancionado e promulgado pelo Presidente da República, convertendo-se na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O novo código passa a ter como princípios norteadores a eticidade (redução do rigor positivista, dando passagem às cláusulas gerais, ao caso em concreto, como estatuído no art. 927 da responsabilidade civil, sem um excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores, compatibilizando valores técnicos e éticos, como o previsto nos artigos 113, 422 e 187 – princípio da boa-fé); a sociabilidade (cuja preocupação se baseia na superação do caráter individualista do código anterior, primando por um sentido de cole-

tividade, a exemplo do art. 421, função social do contrato e dos arts. 1.228 e 1.239, natureza social da posse) e a operabilidade (tornar o código mais simples, operacional, aplicando a norma através de um entendimento fácil da própria lei, identificando com clareza os institutos, como a prescrição e a decadência).

Também é visível a personalização do novo código em contraposição a uma despatrimonialização do direito civil. Tendo no texto constitucional forte aliado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na solidariedade passa-se a valoração da pessoa e da personalidade. O ser humano passa a ser o eixo do direito e não mais o patrimônio.

Paulo Luiz Netto Lobo fala em: “repersonalização” das relações civis, “movimento que objetiva recolocar o ser humano no centro do direito civil, lugar que sempre deveria ter ocupado, ao invés da patrimonialização, que norteou o ordenamento juscivilístico até então”. Esse fenômeno de “repersonalização” não pode ser confundido com um retorno ao individualismo jurídico, que tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis. “A pessoa deve ser encarada em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato pólo de relação jurídica, ou de apenas sujeito de direito” (LÔBO, 2008).

O novo Código Civil deve ser estudado paralelamente à Teoria Tridimensional de Miguel Reale, um de seus idealizadores, e de seu culturalismo jurídico. O culturalismo, enfocando o aspecto subjetivo do aplicador do direito, utiliza a hermenêutica baseada em: cultura, experiência e história do julgador e da sociedade para a qual ele trabalha. A Teoria Tridimensional, ao focar o aspecto objetivo, considera que direito é fato, valor e norma.

“O aplicador do direito deve fazer um estudo dos fatos do caso em concreto, para, de acordo com seus valores – impregnados de experiência e história, aplicar a norma que melhor atenda a solução pacífica social” (REALE, 2003, p. 151).

Mário Lúcio Quintão Soares e Lucas de Abreu Barroso esclarecem que:

Miguel Reale buscou impregnar a nova legislação civil de valores coletivos em detrimento dos individuais, o que se reflete, por exemplo, ao se abandonar o conceito restritivo de propriedade e ao dar ao contrato uma função social. Todavia, tais conceitos, amoldam-se mais ao Estado Social de Direito, deixando ao largo o ideal democrático e abstraindo que o regime capitalista encontra-se consagrado na Constituição Federal, porém, atenuado em razão de estarmos em um Estado Democrático de Direito. (SOARES; BARROSO, 2006).

Apesar de tantos anos de elaboração, o primor do código foi criticado pela ideologia e pela metodologia. O novo código já nasceu defasado, desatualizado com os anseios da sociedade. Tendo por nascedouro um período ditatorial e inspirado em um Estado Social já superado, o novo código não atendeu as expectativas de quem o esperava.

Não obstante o novo código já tenha nascido velho, não se pode esquecer que os princípios que o norteiam são flexíveis o suficiente para adaptá-lo à realidade atual e à inflação legislativa esparsa que surge com a pós-modernidade.

2.2. Constitucionalização do Direito Civil

O apogeu da Revolução Industrial e os conseqüentes conflitos sociais, desigualdades socioeconômicas, movimentos sindicais, novos paradigmas ético-religiosos em função das descobertas da medicina, da biologia, somados à velocidade de transportes, comunicações e informações geridas pela tecnologia, passam a exigir do Direito soluções não disponíveis somente no âmbito do Direito Civil. Chega com a pós-modernidade um fenômeno de decodificação jamais visto – inflação legislativa, criação de microssistemas e a Constituição como centro da ordem jurídica, irradiando seus efeitos para todo o Direito.

Os textos constitucionais passam, cada dia mais, a conter princípios relacionados a temas de direito privado, antes reservados somente ao código civil (publicização do Direito Civil). A Carta Magna exhibe

uma coletânea de importantes institutos outrora típicos do direito privado e se perde e se confunde a clássica divisão entre direito público e direito privado.

Os princípios constitucionais deixaram de ser meros princípios políticos e ganham efetividade. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento da República Federativa do Brasil. A hermenêutica volta a ser uma importante ferramenta jurídica e o Judiciário passa a ser um importante aplicador da lei. Há uma nova reinterpretação do código civil à luz da Constituição e não apenas inclusão de normas civis no texto constitucional (constitucionalização do Direito Civil).

A dignidade da pessoa humana e a valoração do trabalho, a exemplo de outros, são princípios constitucionais que auxiliam na compreensão do novo entendimento de institutos outrora unicamente privados, como o contrato e a propriedade. Para análise desses institutos, exige-se agora uma leitura deles no texto constitucional e em sistematização dos princípios existentes, também na própria Constituição, para todos os demais institutos jurídicos do Estado Democrático de Direito.

O código civil não mais ocupa o centro das relações privadas, como se fosse uma verdadeira Constituição para estas relações. A Constituição assume o centro do sistema jurídico, não mais somente nas relações que envolvam o Estado. A Constituição passa a infiltrar-se em todo o ordenamento de forma irradiante, de forma axiológica; cujos princípios, norteadores do Estado Democrático de Direito, fundamentam a ordem social e jurídica. A Constituição dita os princípios e preceitos e toda a legislação se molda à interpretação dos operadores do direito.

A Constituição passa a ser reconhecida por muitos juristas como uma Constituição aberta, dirigente ou programática, não obstante já tenha críticos doutrinários sobre o termo dirigente, visto que a Carta Magna deve ser considerada como um sistema efetivo e auto-aplicável, principalmente alguns direitos fundamentais, cuja aplicação é imediata. A Constituição brasileira deixa de ser um mero

documento principiológico dirigente de condutas. Os princípios caminham para uma eficácia e efetividade jamais vista. É preciso dar aos princípios a carga sancionadora do Direito.

A promulgação de uma Constituição representa sempre uma ocasião alvissareira no contexto econômico, social, político e legislativo de uma nação, não apenas por inaugurar uma nova era em seu ordenamento jurídico, mas, sobretudo, por convalidar paradigmas que refletem os reclamos latentes na sociedade a que visa disciplinar. E diferentemente não sucedeu com a Carta Magna de 1988, na medida em que assimilou valores da mais alta relevância a legitimar o Estado brasileiro e a orientar toda a sua atuação e seu ordenamento jurídico. (BARROSO, Lucas, 2007).

É mister o máximo cuidado ao se fazer a melhor hermenêutica para o caso concreto. É notório que a complexidade social de inúmeros campos alheios ao Direito, como biotecnologia, *Internet*, globalização, etc. que devem ser por ele tutelados, contribuiu para uma inflação legislativa sem precedentes num mundo codificado. Para especificar a norma ao caso concreto sem ofender o todo normativo, é necessário estabelecer um “diálogo entre as fontes”.

A tese do diálogo das fontes, trazida ao Brasil pela professora gaúcha Cláudia Lima Marques, esclarece que:

Há uma enorme gama de leis que se aplicam ao mesmo fato, ora codificado, ora descodificado. Mesmo os sujeitos tornaram-se plurais, por vezes difusos, fato que não raro ocorre com a defesa do direito do Consumidor. Desta forma, é mister travar um diálogo entre as fontes do direito privado – Código Civil e o a Lei do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), para que não ocorra situação prejudicial ao direito específico. Lembrando sempre que os princípios específicos dos microssistemas, tais como o CDC não pode ser rechaçado pelas normas do Código Civil ou do Código de Processo Civil, visto tratar de direito específico, a quem o direito norteou com princípios próprios, como o caso das tutelas coletivas. (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2004).

Não obstante, não pode ser esquecido que esse diálogo deve ser travado, notoriamente com o texto constitucional – nele estão esculpidos os direitos fundamentais a serem observados em qualquer relação, seja pública ou privada.

Apesar de todas essas modificações em busca de um ideal de justiça que atenda a contento os anseios e resolva os conflitos da vida em sociedade, é necessária uma atenção especial para evitar que o uso intensificado da hermenêutica pelos tribunais crie um grupo de juízes ditadores de ideologias e rigores contrários a todo objetivo e avanço até agora buscados. Tendo todos os órgãos do Estado a responsabilidade em também fazer essa interpretação, Peter Harbele (1997, p. 13) denominou-a de “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

3. Direitos fundamentais

A conceituação de direitos fundamentais é matéria controversa na doutrina, visto que parte da celeuma surge em relação à própria utilização do termo “direitos fundamentais”. Existem inúmeras expressões sinônimas de direitos fundamentais, entre as quais: direitos humanos, direitos da personalidade, direitos naturais, direitos do homem, liberdades públicas, etc.

Segundo Gregório Assagra de Almeida,

A expressão direitos fundamentais surgiu na França no ano de 1770, como marco do movimento político-cultural que conduziu à declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Alcançou relevância na Alemanha e foi incluída na Constituição de Weimar, de 1919 (ALMEIDA, 2008, p. 321).

A partir daí difundindo-se por inúmeras outras constituições de todo o mundo.

São características dos direitos fundamentais a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a interdependência, a universalidade, a complementariedade e a efetividade. E dentre os princípios destaca-se: a máxima força concretizadora, a interpretação aberta e ampliativa, a máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares, a

dinamicidade incorporativa e valorativa, a proibição de retrocesso e a relativização. (ALMEIDA, 2008, p. 321).

Nos documentos internacionais, é comum a expressão “direitos do homem”, criticada por alguns doutrinadores por ser termo vago e demasiadamente aberto. José Afonso da Silva esclarece que *direitos fundamentais do homem*

[...] constitui o termo mais apropriado, porque, a par de dizer respeito a princípios que indicam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, as prerrogativas e instituições concretizadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2008).

Ele afirma ainda que

o termo fundamental indica que se trata de situações jurídicas imprescindíveis à realização e à sobrevivência da pessoa humana. São, também, fundamentais do homem (pessoa humana), a todos, sem distinção, devendo ser reconhecidos e concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2008)

No entanto, os direitos fundamentais não são exclusivos do homem; numa visão biocentrista, pertencem ainda aos animais e às pessoas jurídicas. Assim, seria melhor utilizar o termo *direitos fundamentais* do que *direitos humanos*, por não excluir outros sujeitos que não sejam o homem e por dizer respeito aos direitos fundadores do ordenamento jurídico.

Durante muito tempo se questionou se as pessoas jurídicas, entes criados pelo Direito, seriam sujeitos de direitos, até o atual Código Civil outorgar-lhes a tutela do direito de personalidade. No mesmo sentido, deve caminhar o Direito, mutável como é, para reconhecer o direito fundamental dos seres não humanos, como os animais e o meio ambiente.

É preciso ousar, inovar, ou simplesmente interpretar o que já existe com um novo olhar, mais justo, desapegado do positivismo exagerado de outrora, em detrimento dos princípios e ditames constitucionais.

A Constituição Federal assegura:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Não restam dúvidas que o direito esculpido no artigo 225 da Carta Magna é um direito fundamental, se não em si mesmo, o será em face do próprio ser humano, uma vez que é garantia da existência deste. O direito ao meio ambiente equilibrado, é um direito de *todos*, incluindo os seres vivos não humanos. Outros seres podem possuir personalidade *sui generis*.

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. Quando a Constituição Federal disse *todos*, ela não se restringiu ao ser humano. Essa visão biocentrista é necessária, reconhecendo a existência de direitos a outras espécies de seres vivos. A expressão direitos humanos foi cunhada numa visão totalmente antropocentrista, enraizada numa ideologia individualista liberal. Portanto, vários doutrinadores optam por utilizar a expressão *direitos fundamentais* “[...] para exprimir a idéia de direitos que tutelam [...] a vida e sua existência com dignidade, abrangendo até mesmo direitos de outras espécies de seres vivos, além da espécie humana” (ALMEIDA, 2008, p. 326).

A interpretação da Constituição não pode ater-se a dogmas arcaicos de sujeito de direito. A sociedade pluralista acaba de reconhecer a necessidade veemente de proteger o meio ambiente como consequência lógica de proteger a própria vida humana e assim fazer uma interpretação aberta da Constituição, pois se sabe que o constituinte é, como regra geral, mais progressista que o legislador ordinário.¹

Em que pese ao reconhecimento legal da personalidade de outros entes que não a pessoa física, a tutela dos direitos fundamentais atualmente é construída com base em três preceitos fundamentais cons-

¹ Ver Barroso (2006).

tantes no Texto Maior: a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a solidariedade social, inclusive visando à erradicação da pobreza (art. 3º, I e II); a igualdade em sentido amplo ou isonomia.

Luis Roberto Barroso (2008) explica que

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

Francisco Amaral disserta sobre o princípio da dignidade humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. (AMARAL, 2003a).

Até mesmo na classificação dos direitos fundamentais, diverge a doutrina. A classificação mais conhecida e difundida é a que divide os direitos fundamentais em quatro gerações de direitos.

A primeira geração estabelece limites à atividade do Estado quanto à perturbação dos direitos dos indivíduos; seria a liberdade negativa em que se — impõe obrigação de não fazer ao Estado.

A segunda geração é conhecida como direitos sociais. Eles traduzem obrigações de fazer ou de dar por parte do Estado. Esses direitos estão relacionados com os anteriores por serem a base de sua efetivação, visto que não basta falar em liberdade se não houver trabalho, habitação, educação, saúde, etc.

Os direitos de terceira geração tutelam os direitos difusos, ou seja, direitos que interessam à comunidade como um todo, sem especificação de certa pessoa. Decorre dos anseios de melhoria de vida, conforto, segurança e qualidade em razão das ameaças por avanços tecnológicos, consumismo exacerbado, modificações bioambientais, etc.

E, por último, o direito da quarta geração, não incluído por alguns autores, visualizado como um direito que pretende manter sempre em equilíbrio a igualdade material, na medida em que trata desigualmente os desiguais, mas com objetivo de igualar o acesso de todos, de buscar o equilíbrio. É o direito que certos grupos possuem de serem diferentes, de possuírem especificidades a serem respeitadas e tuteladas pelo ordenamento jurídico: idosos, trabalhadores, jovens, crianças, homossexuais, portadores de deficiências, mulheres.

A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. (BARROSO, Luís, 2008)

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal confere ao Judiciário a tarefa relevante na defesa dos direitos fundamentais, que consagra a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, conferir a esses direitos a máxima eficácia possível, afastando qualquer ameaça ou ofensa aos direitos fundamentais, entendendo-os, em sua maioria, como princípios normas de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF) e dotados da proteção de imutabilidade reformadora das “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, IV, CF).

Inserem-se os direitos da personalidade no rol dos direitos fundamentais, que, por sua vez, estão esculpidos no Texto Constitucional.

3.1. Efetividade dos direitos fundamentais

A imutabilidade de regras eternas não se aliava às modificações sociais intensas provocadas pela imensidão de novas informações e tecnologia avançada, daí a importância em se aliar a lei positivada ao sistema aberto de princípios, cuja interpretação sistêmica e axiológica com o texto constitucional, ainda permite aplicar o Direito codificado

de forma lógica e justa com a ideologia da modernidade. Mesmo os microssistemas e legislações esparsas possuem essa necessidade hermenêutica, sob pena de contradizer seus objetivos sociais.

Flávia D'Urso explica:

Kant inspirou Ronald Dworkin e Robert Alexy no desenvolvimento da principiologia e seus desdobramentos para o reconhecimento da normatividade de princípios e valores previstos no Texto Maior. A questão para concretizá-los era perquirida na distinção em princípios e normas. 'Dworkin utilizou a dimensão do peso dos princípios e a aplicação disjuntiva das regras para esclarecer que os princípios têm uma dimensão de peso e importância que não se vê nas normas'. Quando existem aparentes conflitos entre dois princípios, se considera o que possui maior peso, baseado na racionalidade e ponderação (proporcionalidade). Enquanto que nas normas, a validade de uma pressupõe a invalidade da outra. Segundo Alexy, isso não significa que 'o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, tampouco que a cláusula de exceção nele se introduza'. (D'URSO, 2007, p. 26)

A Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento especial aos direitos fundamentais e a uma gama principiológica sem precedentes no Brasil. O Texto Constitucional os colocou topográfica e formalmente ditando a sua aplicação primeira e imediata, conferindo-lhes a segurança imutável de constar no rol das cláusulas pétreas.

Não obstante Heleno Fragoso (1977, p. 132) afirmar que "[...] acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos fundamentais, resta a sua efetivação", sabe-se que falta muito para se transporem os limites de declaração e efetivação dos direitos fundamentais.

É certo que outrora as constituições tinham um caráter meramente político e norteador, não possuindo efetividade e concretude no mundo dos fatos, na resolução do Direito do dia-a-dia. Ensina Paulo Bonavides (2007) que o drama jurídico das constituições contemporâneas se assenta, justamente, na dificuldade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis.

A efetividade dos princípios e dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito faz parte do modelo de democracia participativa implantado.

Nos Estados desenvolvidos, os direitos fundamentais, dentre eles a cidadania, são reconhecidos e a eles vinculados pela Constituição e em razão de tal fato, as leis elaboradas, a serem cumpridas pelo Executivo e Judiciário, exigem a realização concreta dos direitos fundamentais. (SOARES; BARROSO, 2006).

A legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil, não é mais suficiente para respaldar a hermenêutica na aplicação da lei ao caso concreto. Os princípios do texto constitucional norteiam esta concretude, passam a ser uma nova visão, um novo modo de olhar a legislação infraconstitucional de todos os ramos do direito.

É urgente este novo olhar tido através do reconhecimento normativo dos princípios constitucionais

[...] não é mais dado encarar a construção do direito apenas a partir de seu enfoque científico, voltado exclusivamente para uma estruturação sistêmica de seus elementos constitutivos, sem se ocupar em perquirir os resultados econômicos e sociais das elaborações dogmáticas formuladas. (BARROSO, Lucas, 2005a).

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo, mas possui ainda uma existência própria, autônoma, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. A Constituição destituída de seus preceitos, de efetivo teor normativo, é antes de tudo tributária de imprecisão técnica e de conveniências dissimuladas, do que de uma construção científica apta a justificá-la (BARROSO, Luís, 2006, p. 77).

A efetividade dos direitos fundamentais deve ser vista como um resultado lógico e normal das modificações introduzidas na seara jurídica em face da complexa sociedade pós-moderna.

4. Direitos da personalidade

Dentre os direitos fundamentais, apontam-se os direitos da personalidade, inerentes à pessoa como forma de defender o que lhe é

próprio e, portanto, apresentam-se com as seguintes características: absolutos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, inexpressíveis e extrapatrimoniais.

Embora já inseridos no Texto Constitucional de 1988,² ganharam notoriedade na doutrina e jurisprudência após o novo Código Civil, que dispensou um capítulo próprio para tratar dos direitos da personalidade (artigos 11 a 21). O capítulo do Código Civil de 2002 que trata dos direitos da personalidade não tem nenhuma correspondência no Código Civil de 1916. É todo ele novo e perfeitamente aliado aos princípios fundamentais do Texto Constitucional.

No entanto, o legislador os trouxe de forma tímida, não tutelou toda a matéria, deixando inúmeras lacunas a serem preenchidas pela doutrina e jurisprudência, até porque, sendo o direito da personalidade um direito fundamental do ser, dificilmente o ordenamento jurídico poderia esgotar as possibilidades inerentes a esse instituto, daí a importância do tratamento aberto principiológico da Constituição.

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem em cinco ícones principais: vida, integridade física, honra, imagem, nome e

² São direitos da personalidade expressos na Constituição Federal: art. 5º, *caput* (direito à vida; direito à liberdade); art. 5º, V (direito à honra e direito à imagem, lesados por informação, que possibilita o direito à resposta ou direito de retificação, como diz a doutrina italiana, acumulável à indenização pecuniária por dano moral); art. 5º, IX (direito moral de autor, decorrente da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica (17)); art. 5º, X (direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem); art. 5º, XII (direito ao sigilo de correspondências e comunicações); art. 5º, IXVI (impedimento da pena de morte e da prisão perpétua); art. 5º, LIV (a privação da liberdade depende do devido processo legal); art. 5º, LX (restrição da publicidade processual, em razão da defesa da intimidade); art. 5º, LXXV (direito à honra, em decorrência de erro judiciário ou de excesso de prisão (18)); art. 199, § 4º (direito à integridade física, em virtude da proibição de transplante ilegal de órgãos, tecidos e substâncias humanas ou de sua comercialização); art. 225, § 1º, V (direito à vida, em virtude de produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias); art. 227, *caput* (direito à vida, direito à integridade física e direito à liberdade das crianças e dos adolescentes); art. 227, § 6º (direito à identidade pessoal dos filhos, sem discriminação, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção); art. 230 (direito à vida e à honra dos idosos). (LÔBO, 2008).

intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos.³

De uma forma geral, temos como direitos da personalidade os inerentes à moral (moralidade, imagem, honra, segredo pessoal, profissional, doméstico, recato, identidade), à integridade física (vida, corpo, alimentos, órgãos do próprio corpo) e, por último, à intelectualidade (liberdade de pensamento, autoria científica, artística, literária).

O novo Código trata dos seguintes direitos da personalidade: direito dos parentes do falecido, após sua morte (art. 12); direito ao corpo, sua disposição, transplante, tratamento médico e cirúrgico (arts. 13, 14, 15); direito ao nome-prenome e sobrenome (arts. 16 e 17); direito ao pseudônimo (art. 19); direito à honra, imagem, voz, boa fama, respeitabilidade (art. 20); direito à vida privada e intimidade (art. 21).

Verifica-se que, numa concepção biocentrista, os direitos da personalidade não são prerrogativas apenas do ser humano. Também os possuem, conforme verbalizado pelo novo Código Civil, as pessoas jurídicas. A essas, atribui-se uma personalidade *sui generis*. Em virtude disso, produz-se um processo de horizontalização dos direitos fundamentais, que giram não só ao redor da pessoa tida individualmente mas também em torno de outros sujeitos de direitos.

Por muito tempo, discutiu-se se a pessoa jurídica poderia ser sujeito do direito de personalidade e do dano moral, estes como direitos extrapatrimoniais, ligados a sentimentos humanos ou situações que geram esses sentimentos, tais como dor, tristeza, humilhação, honra, liberdade, etc. Da mesma forma, questionava-se se caberia reparação por danos sofridos a esses direitos.

A Constituição Federal de 1988 assegurou, em seu artigo 5º, V, o direito a indenização por dano moral e material, sem distinção de ser o beneficiário pessoa natural ou não. Em 2005, o Superior Tri-

³ Ver Tartuce (2008).

bunal de Justiça editou a Súmula 37, confirmando a possibilidade de cumulação entre as indenizações por dano moral e material.⁴ No sentido de pacificar a celeuma, o novo Código Civil estabelece que: “Art. 52 – Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Em que pese parte da doutrina discordar, é certo que a pessoa jurídica foi reconhecida como sujeito do direito à personalidade. Vários direitos da pessoa jurídica são imanescentes à sua ontologia, ou seja, se atrelam à personalidade do ente jurídico e o individualiza ou lhe confere autenticidade existencial e, portanto, podem ser tutelados como direito de personalidade: o nome, a identidade, a imagem, a liberdade, a intimidade e a honra, etc.

Quanto ao dano moral, a questão ainda é controversa entre os doutrinadores, pois parte da doutrina entende que a pessoa jurídica não possui dano moral – moral esta intrínseca ao ser humano –, mas pode ter sua imagem lesionada, acarretando-lhe grandes prejuízos; portanto, teria direito ao dano de imagem.

5. Direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares

No Estado Liberal, era necessária a separação entre Estado e particular, constituindo uma garantia de liberdade do indivíduo; daí a clássica dicotomia entre direito público e privado. Os direitos fundamentais funcionavam como um limite à atuação dos governantes em face dos governados.

No Estado Social, novos direitos assistenciais e sociais (saúde, educação, previdência, etc.) foram introduzidos nos textos constitucionais, principalmente na Constituição mexicana de 1917 e na alemã (Weimar) de 1919. Os direitos fundamentais passam de simples limitações aos poderes estatais, para configurar-se, ainda em prestações positivas, obrigações do Estado.

⁴ Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça - “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Apesar dessa nova configuração desses direitos, de prestações positivas do Estado, quando se fala em direito fundamental, é normal pensar-se inicialmente que este constitui um direito de defesa do particular diante do Estado, ou seja, constitui uma relação vertical Estado-particular. Não é comum voltar o pensamento para uma relação de defesa entre particulares, de forma horizontal.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é utilizada, por, entre outros, Robert Alexy para indicar essa relação entre os particulares, na qual teoricamente estão em uma situação de igualdade jurídica. Não obstante, particulares que antes estavam no pólo passivo dos direitos fundamentais em face do Estado, agora, não raro, podem ser sujeitos ativo diante de outros particulares, numa clássica violação de direitos humanos.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi amplamente discutida no direito alemão e norte-americano, neste, através da *state action doctrine*,⁵ segundo a qual os direitos fundamentais são originariamente direitos de defesa do particular diante do Estado, não vinculando entidades privadas. A economia individual-liberalista que reina até a pós-modernidade impede a aplicação da horizontalização dos direitos fundamentais nesse país. Na Alemanha, ainda há amplo debate sobre qual deva ser a proteção constitucional dos direitos fundamentais na esfera da autonomia privada.

Para entender a horizontalização, citam-se alguns exemplos. Seria aceitável uma empresa permitir que um funcionário seu faça manifestação pública contrária a um produto que ela comercializa? Poderia essa empresa demitir o funcionário por essa razão? Estaria ela ferindo o direito de expressão daquele? É possível permitir que um partido político exclua pretensos candidatos de raça negra de sua convenção pré-candidatura?

O debate já surgiu no Direito brasileiro há tempos, embora não raro seja economizada a terminologia “horizontalização dos direitos privados”. Os tribunais decidem casos concretos que em verdade são

⁵ Ver Sarmento (2006, p.163).

espectros dessa horizontalização, ainda que não seja utilizada essa nomenclatura; é o caso da discussão tributária de constitucionalidade sobre a possibilidade do fornecedor de energia elétrica cortar o fornecimento diante de inadimplência do usuário.

Ainda há muitas questões a serem debatidas e respondidas; seguem algumas as agressões a direitos fundamentais de particulares originárias de outros particulares devem ser tuteladas no âmbito legislativo ou judiciário? E os direitos sociais? Estes também teriam a tutela na esfera entre particulares, ou seja, poderia um empregado exigir de seu empregador um auxílio educacional ou que lhe fosse pago um plano de saúde, ainda que a empresa não tivesse esses tipos de benefícios a seus empregados?

A horizontalização dos direitos fundamentais é de suma importância nesta era empresarial, na qual a empresa se destaca com grande poder de ingerência nos direitos humanos, seja para tutelá-los, em substituição ao Estado em funções sociais básicas, seja para suprimi-los.

6. Direitos fundamentais e empresa

Sendo o homem um ser eminentemente social, é lógico que, no desenvolver das sociedades, esse viesse a constituir grupos para melhor desenvolver as tarefas individuais. Dessa necessidade surgiu a criação de entes fictícios denominados de pessoa jurídica. A pessoa jurídica dotada de personalidade surge para unir esforços individuais em busca de um ideal comum que ultrapassasse tais esforços individuais. É um ente abstrato em personificação, mas, concreto em direitos e deveres, ganha vida independente de seus criadores.

Neste não há preocupação de esclarecer ou ratificar teorias que admitem ou não ter a empresa finalidade lucrativa. O termo empresa aqui é tratado como uma pessoa jurídica organizada com vista a exercer uma atividade particular ou pública de circulação de bens ou serviços, para atender alguma necessidade humana, visando ou não ao lucro. Também não nos interessa adentrar na distinção entre empresa e sociedade comercial. A pessoa jurídica aqui é tratada

pelo termo empresa, seja sociedade comercial ou não, para fins de demarcar o limite dos direitos fundamentais deste ente e dos ofendidos por este ente personalizado.

A política capitalista sistematizada pela globalização fortaleceu a empresa a ponto de, em determinados locais do mundo, o Estado fazer-se substituir por ela. Esta aparece como fornecedora de bens de consumo e produção de riquezas; como cumpridora de ações sociais, diante da omissão estatal, e como realizadora de serviços estatais privatizados. A Wal-Mart, em 2005, empregava um milhão e oitocentas mil pessoas, mais do que toda a população economicamente ativa adulta do Paraguai.⁶

Há muitas empresas que são maiores que alguns países, possuindo ativos financeiros superiores a seus PIBs (produto interno bruto) e constituindo seus maiores empregadores. São inegáveis a dimensão da empresa no mundo contemporâneo e o papel que esse ente desempenha na economia. Agora, resta admitir que sua importância extrapolou os limites econômicos. Suas ações, sejam elas positivas ou negativas, repercutem em todos os setores – político, econômico, social, cultural, etc. Limites estes que, devido ao fenômeno da globalização, também não apresentam fronteiras.

No meio empresarial, muitos elementos tornaram-se diretrizes de vida e de existência, como o lucro, a competitividade, o avanço tecnológico, a informação, etc. Nesse ínterim esqueceu-se o homem, causa e fim da atividade empresarial. Sua dignidade e existência vêm-se tornando secundária, escondida na identidade distinta da pessoa jurídica. A desconsideração da pessoa jurídica é legalmente tipificada para coibir atos espúrios da empresa e punir o seu responsável – o ser humano. Mas não se pode utilizar a desconsideração para beneficiá-lo em sua dignidade humana.

A empresa contribui para o desenvolvimento, mas ao mesmo tempo viola os direitos humanos. Talvez o maior desafio da empresa moderna seja vencer a aparente contradição entre sobrevivência e crescimento,

⁶ Ver Soares (2008).

desenvolvimento e sustentabilidade; crescer sem descuidar da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho, da proteção ambiental; ser reconhecida como uma empresa ética e socialmente responsável.

As empresas globalizaram-se em atividades, mercado e identidade. Algumas empresas nem sequer possuem uma nacionalidade definida e são muitos os abusos cometidos por estas – violações aos direitos humanos que outrora eram individuais e agora se tornaram coletivos. O Estado é muitas vezes ineficiente ao tomar medidas adequadas para a prevenção de abusos, ora se queda inerte. Também quanto a medidas reparadoras, há ineficácia. A Justiça é lenta e não raro o perecimento do autor (morte) é causa extintiva de inúmeros processos judiciais que perduram décadas.

O art. 173 da Constituição Federal dispõe que

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Não obstante, tal fato não significa que o Estado não deva interferir na exploração da atividade econômica da empresa quando esta for danosa à dignidade ou à vida humana. Ao contrário, sua intervenção, seja preventiva ou reparadora, deve ser feita de forma mais eficiente. Assim como a livre concorrência e a livre iniciativa são princípios da ordem econômica também o são a defesa do consumidor, do meio ambiente, a função social da propriedade, a busca pelo pleno emprego e a redução das desigualdades sociais.

Como dito, a empresa substituiu o Estado em muitas atividades sociais, assegurando educação, saúde, cultura e informação em algumas localidades, para seus empregados e para a comunidade ao redor da empresa. Não que seja um aspecto negativo da atividade empresarial; ao contrário, demonstra uma consciência social mesmo que obrigatória por parte da empresa. Mas essas atividades estão fazendo com que o Estado perca sua competência para as empresas, o que poderá, no futuro, aliado ao poderio econômico destas, tornar-se um mecanismo limitador de soberania.

6.1. Direitos fundamentais da empresa

Pelo princípio máximo da dignidade humana, que respalda axiologicamente todos os outros existentes no Estado Democrático de Direito, o ser humano é a razão e o limite do direito. Em que pese ser o direito da personalidade baseado na dignidade humana, o legislador resolveu estendê-lo à pessoa jurídica, aqui tratada na figura da empresa. Questionamentos jurídicos não faltaram para tentar negar a existência dos direitos da personalidade à pessoa jurídica.

No entanto, a personificação de outros seres, como a pessoa jurídica, atribui às empresas a capacidade de ser sujeito de direitos e deveres na sociedade. O reconhecimento dessa personalidade à pessoa jurídica respalda inúmeros direitos a este ser e torna-se um facilitador para cobrar-lhe responsabilidades. Essa personalidade *sui generis* desse ente físico atribui-lhe, entre outros, direito à proteção do nome, da imagem, da honra, etc.

Dentre os principais direitos da personalidade atribuídos à empresa, destacam-se o nome e a identidade. Através destes, a pessoa jurídica passa a ser reconhecida no mundo dos negócios, e eles ainda constituem um dos maiores patrimônios daquele ente. Seus fornecedores o individualizam, e a empresa ganha clientela valendo-se dessas duas características individuais, inclusive impedindo a concorrência desleal. Uma lesão ao nome de uma pessoa jurídica causa enormes situações danosas, repercutindo em toda atividade que a empresa executa.

O mesmo dano pode ser causado à imagem da pessoa jurídica. Estamos na era da velocidade, em que a imagem fala mais que o conteúdo. A má utilização ou ofensa à imagem atinge a respeitabilidade da empresa e conseqüentemente do produto no mercado, diminuindo-lhe o valor comercial. É por isso que muitas empresas atualmente aderiram à causa ambientalista, tomando a consciência ambiental como um fator de sobrevivência no mundo, na qualidade de pessoa natural, e no mercado, na qualidade de pessoa física.

A intimidade e a liberdade também se afiguram como direitos à personalidade que podem estender-se à pessoa jurídica. Sem liberdade não há competitividade; portanto não há desenvolvimento econômico, nem sequer pode falar-se em livre iniciativa. Através da intimidade, a pessoa jurídica tem seu conhecimento, suas fórmulas e segredos profissionais preservados. Preservam-se sua correspondência, seus livros comerciais e até mesmo o currículo de seus funcionários.

No entanto, o mais questionado dos direitos de personalidade tutelado à pessoa jurídica é a proteção a sua honra. A honra significa integridade, reputação, decoro, probidade em face do outro. O fato de a honra, em seu aspecto subjetivo, ser considerada um sentimento pessoal de auto-estima não significa que a pessoa jurídica não a possui, se for feita uma análise objetiva, ou seja, honra objetiva, evidenciando-se numa qualidade intrínseca de sua existência valorada no mercado, ou seja, no âmbito profissional.

O acesso à Justiça é um direito inerente à personalidade de qualquer ser, pessoa física ou jurídica, uma vez que é através do Judiciário que se obtém a tutela do direito lesionado ou ameaçado. O Texto Constitucional é farto na principiologia de proteção ao acesso à Justiça, porém, destacamos um dispositivo de suma importância à pessoa jurídica, que raramente vem sendo observado nos tribunais brasileiros – o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Sabe-se que muitos devedores são mais fortes do que os próprios credores, como nos casos de uma relação de trabalho, na qual o credor seria o operário e o devedor a empresa. Mas, suponha-se que uma microempresa seja credora e o Estado devedor, ou ainda, numa relação horizontal, se tenha como devedor em face dessa microempresa um grande fornecedor inadimplente, terá essa microempresa o pleno acesso ao Judiciário, notadamente no que se refere ao benefício da Justiça gratuita?

Muitas vezes algumas empresas deixam de socorrer-se do Judiciário em virtude de não possuírem recursos financeiros suficientes para

pagar as custas processuais ou gastos com perícias necessárias durante o curso da ação. Há de se perquirir se o princípio do acesso ao Judiciário, direito fundamental consagrado no Texto Constitucional, estaria sendo deferido em sua completude à empresa.

O Supremo Tribunal Federal respalda o benefício da Justiça gratuita à pessoa jurídica, desde que comprovada a hipossuficiência financeira, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência majoritária, manifestou-se no sentido de somente conceder esse direito para a pessoa jurídica sem fins lucrativos, apenas para entidades beneficentes, filantrópicas ou morais.⁷ Observa-se que o Judiciário brasileiro, na teoria, caminhou num mesmo sentido, o de reconhecer o benefício, mas não raro observa-se, na prática forense, indeferimentos desarrazoados desse direito fundamental.

6.1.1. Dano moral da pessoa jurídica

Além de possuir patrimônio, as pessoas jurídicas também possuem bens extrapatrimoniais, como a reputação, confiança, credibilidade, imagem, etc. Se a empresa vier a sofrer uma lesão nesses bens, dependendo do grau dessa lesão, a empresa pode ser levada à ruína. Há empresas que valem bilhões, mas possuem um pequeno patrimônio; ora, há empresas cuja marca ou nome vale mais que todo seu patrimônio material. É lógico que a construção desse nome ou dessa respeitabilidade no mercado não foi feita da noite para o dia, levou anos, e gastou-se muito em propaganda, pagamentos pontuais, eficiência organizacional, proteção ambiental, etc.

Esses entes podem sofrer acusações inverídicas, ser considerados poluidores ambientais, maus pagadores, perder a credibilidade e reputação, que, de uma forma ou outra, afetará toda sua existência. A ofensa à honra da pessoa jurídica, a sua reputação, através de um processo difamatório, gera o ressarcimento pelo dano. Mas seria este dano moral?

⁷ STJ – REsp 557181 / MG. Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI .Primeira Turma. Data do julgamento 21/09/2004. Data da publicação no DJ 11.10.2004 p. 237 , REVPRO vol. 126 p. 185.

STF - AI-AgR 667523/RJ. Relator Ministro EROS GRAU. Segunda Turma. Data do Julgamento, 04/03/2008. Data da publicação no DJe-065 11-04-2008.

O antigo Código Civil brasileiro de 1916 estabelecia vários dispositivos indenizatórios a título de dano moral, sem necessariamente utilizar essa nomenclatura, a exemplo do artigo 1.550 (ofensa à liberdade pessoal). No entanto, foi o Texto Constitucional atual que introduziu de forma expressa o conceito de dano moral:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes fora do País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O novo Código Civil de 2002 possibilita a reparação do dano moral em face do cometimento de ato ilícito (art. 186), além de tutelar os direitos da personalidade, cuja relação com o dano moral é umbilical. O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 37, concluindo pela concessão do dano moral, inclusive sua cumulação com os danos materiais: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

É inquestionável o ressarcimento pelo dano moral no Direito brasileiro, no entanto, após sua reafirmação, surgiu a celeuma doutrinária sobre a possibilidade de concessão desse direito à pessoa física. Poderia ela sofrer dano moral, padecer de dores, sofrimentos espirituais exclusivos do ser humano?

Parte da doutrina nega o dano moral⁸ à pessoa jurídica, e parte também lhe nega os direitos a personalidade. Afirmam ainda que não é possível o dano moral, visto que nome, honra, intimidade e liberdade são direitos patrimoniais e não extrapatrimoniais desse ser, considerando impossível que um ente criado pelo Direito tenha moral.

A doutrina que defende o dano moral afirma poder haver dano moral patrimonial distinto da dor, a exemplo a boa fama e reputação de uma empresa. Sustenta que o dano moral pode atingir a pessoa jurídica em sua imagem ou “honra externa” e não em seus sentimentos. Nesse sentido o código penal não excluiu a pessoa jurídica de ser sujeito passivo do crime de difamação do artigo 139.

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente a possibilidade de reparação do dano moral, não fazendo nenhuma distinção entre pessoa física e jurídica, como já demonstrado. Ainda o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 2º, define como consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviço ou produto como destinatário final e, em seu artigo 6º, inciso VI, dispõe como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais. E para reafirmar esses posicionamentos, o Superior Tribunal de Justiça editou em 1999 a Súmula 227, esclarecendo que “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Mesmo o direito moral de autor pode ser atribuído à pessoa jurídica, nos termos da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programas de computador, quando esses programas forem desenvolvidos pelos empregados de uma empresa, contratados para tal finalidade.

7. Função social da empresa

A empresa assumiu grande relevância nos dias atuais e não pode mais ser considerada ou utilizada apenas como uma ferramenta de produzir lucro. Tem-se observado ao longo dos últimos anos uma promissora e crescente consciência social da empresa. Essa consciência tanto pode estar relacionada a obrigações de cunho existencial no mercado,

⁸ Ver Malheiros (2008).

ligados ao desenvolvimento sustentável e acordos empresariais, como pode estar relacionada a sugestões de natureza estratégicas.

Não há limites para a atuação da empresa. Como dito anteriormente, ela assumiu atividades estatais, a exemplo da crescente privatização de presídios no sistema norte-americano, como também desempenha papéis sociais principalmente na comunidade onde se encontra instalada (oferecimento de cursos gratuitos, programas assistenciais de auxílio educacional, de saúde etc.). Há empresas que desenvolvem toda gama de atividades alheias ao seu fim social, desempenham papéis de escolas, creches, hospitais, ONGs de proteção ambiental, patrocinador cultural, agência de recrutamento de empregos, etc.

A empresa que desenvolve programas de atuação comunitária ganha a simpatia e cumplicidade da comunidade em seu entorno. Funciona como uma excelente propaganda e faz um enorme diferencial competitivo no momento de expandir-se territorialmente ou buscar incentivos fiscais. A empresa responsável socialmente é taxada de empresa cidadã, alcunha que confere a ela um aspecto humanitário.

Mas não se deve confundir desenvolvimento sustentável e ações voltadas para esse fim com função social. O desenvolvimento sustentável é uma obrigação da empresa, prioritariamente pelos princípios da dignidade humana do artigo 1º e proteção ambiental do artigo 225, ambos da Constituição Federal. Os programas de cunho assistencial desenvolvidos pelas empresas é um *plus* em relação a sua atuação. Há empresas que são extremamente poluentes e que não cumprem a obrigação de sustentabilidade, mas que desenvolvem programas sociais na comunidade, muitas vezes para camuflar o crime ambiental.

A receita para a empresa ganhar o mercado globalizado e fazer a diferença ante a concorrência não se detém, nos dias atuais, na qualidade de seus produtos e no preço. Muitos consumidores estão observando com mais afincos, no momento de escolha, o impacto social e ambiental daquela atividade. É necessário que os poderes públicos e a sociedade estejam atentos para cobrar da empresa a obrigação pelo desenvolvimento sustentável independentemente da função social desempenhada por ela.

Algumas atitudes predatórias e de exploração do homem e do bem comum podem ser vedadas pelo ordenamento. Mas seria necessário que as empresas assumissem uma postura positiva, saindo da neutralidade de “não poluir” para a positivação de “limpar”. Incentivos fiscais devem ser utilizados, não para levar a empresa a cumprir a obrigação de proteção do meio ambiente, mas para incentivar a solidariedade. A empresa, além de cumpridora de seus deveres ambientais, ainda pode vir a fornecer o *plus* da função social.

A princípio, poder-se-ia dizer que a função social não poderia ser cobrada como uma obrigação, embora tenda a ser exigida pelo próprio mercado. Porém, o dever de solidariedade, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CF), deve ser entendido como uma norma-princípio dotada de efetividade. Assim como a empresa se fez reconhecida no mundo jurídico, igualada à pessoa física para fins de ser sujeito de direito de personalidade, dotada da capacidade de sofrer dano moral, deve também ser conduzida à República para fins de cumprir a solidariedade como um dever.

A empresa cumpridora da função social, em um conceito muito mais amplo que proporcionar o bem-estar de seus empregados, cumprirá esse dever de solidariedade não apenas para obter um diferencial competitivo ou por uma questão de sobrevivência mercadológica mas visando ao bem comum de toda a sociedade, como uma nova fonte de inspiração para o desempenho de suas atividades.

Até por ser uma atividade de risco em potencial, a atividade empresarial tem a obrigação de buscar o desenvolvimento sustentável, compatibilizando produção e crescimento com proteção ambiental, e de relacionar-se solidariamente com a sociedade. A busca do bem comum deve constituir uma obrigação, uma consciência, muito mais que uma estratégia de mercado. As empresas têm, no mínimo, a responsabilidade de impedir ofensas aos direitos fundamentais de todo ser vivo, humano ou não humano, e de contribuir para que a sociedade se torne mais igualitária – que a produção de bens e riquezas que a empresa propicia não seja transformada em um muro feudal de desigualdades.

8. Considerações finais

A sociedade pós-moderna complexa e multifacetada inicia um adeus aos paradigmas da modernidade, marcada por individualismo e sistematização, que lhe conferem segurança jurídica, e abraça os da pós-modernidade, marcada pela perda crescente da importância de valores fundamentais de justiça e dignidade humana.

Surgem verdadeiros microssistemas ao redor do novo Código Civil, que já nasce desatualizado para sua época. A hermenêutica volta a ser uma importante ferramenta jurídica, uma vez que inúmeras normas do Direito Civil passam a incorporar o texto constitucional (publicização) e este se irradia por todo o ordenamento (constitucionalização), amparando a legislação infraconstitucional através de seus princípios, que ganham, cada vez mais, força normativa.

A Constituição atribui aos direitos fundamentais natureza de núcleo essencial do sistema jurídico e fundamento de sua legitimidade. Surge uma nova visão biocentrista dos direitos fundamentais, para conferir a titularidade destes, e a personalidade *sui generis* à pessoa não humana. Nesse diapasão a pessoa jurídica tem reconhecido seu direito de personalidade e, embora ainda controverso, o dano moral.

A horizontalização dos direitos fundamentais surge como uma necessidade em face das novas relações jurídicas entre particulares e do enorme poder da empresa e de sua ingerência positiva e negativa nos direitos humanos.

A empresa ganha enorme relevância no mundo contemporâneo em todas as áreas, não somente econômica, e não pode mais ser considerada ou utilizada apenas como uma ferramenta de produzir lucro. A cada dia, nota-se uma crescente e promissora consciência da função social desse ser que pode desenvolver-se como um *plus* aliado à sua obrigação de buscar o desenvolvimento sustentável.

9. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*. Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. 5. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

_____. O Direito civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003b.

BARROSO, Lucas Abreu. A demonstração da função social da propriedade como pressuposto da concessão de tutela de urgência em ação possessória. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do poder judiciário*: decisões inovadoras e mudanças de paradigma. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a. p. 277-291.

_____. Fundamentos constitucionais da política agrária no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 61, p. 137-150, out./dez. 2007.

_____. Situação atual do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 5, p. 236-242, jan./jun. 2005b.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. Direito de Empresas. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Taking rights seriously, 1997. In: BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil: Introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAYSON, D.; HODGES, A. *Compromisso social e gestão empresarial*. São Paulo: Publi-Folha, 2002.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445&p=2>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

PESSOA, Maiana Alves. *A função social da empresa como princípio do direito civil constitucional*. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2008.

MALHEIROS, Pablo da Cunha Frota. *Dano moral e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman de V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Introdução. São Paulo: RT, 2004.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. A função social da empresa e o novo código civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>>. Acesso em: 24 jun. 2008.

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

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Almedina: Coimbra, 1982.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Situação atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Direitos humanos, políticos e criminosos*. Disponível em: <<http://de.wordpress.com/tag/empresas-e-direitos-humanos/feed/>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. A Dimensão Dialética do Novo Código Civil em uma Perspectiva Principiológica. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1-14.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Os direitos da personalidade no novo código civil*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_personalidade.doc>. Acesso em: 12 set. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. Temas de direito civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Artigo enviado em: 27/11/2009

Artigo aprovado em: 30/07/2010

DIREITO CIVIL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

CASO CONCRETO: EMENDA DO DIVÓRCIO (EC Nº 66/2010) E SEPARAÇÃO JUDICIAL EM ANDAMENTO – PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIMAS MESSIAS DE CARVALHO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Professor na UNIFENAS e membro do IBDFAM, autor de obras jurídicas.

A recente EC nº 66/2010 deu nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal, passando a dispor que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Com a nova regra constitucional, diversas interpretações para sua aplicação surgiram, destacando-se três entre elas:

a) não existe mais separação jurídica, aplicando-se o divórcio direto sem exigência de prazos e discussão de causas;

b) continua existindo a separação jurídica, judicial e administrativa, coexistindo com o divórcio direto sem exigência de prazos;

c) aplica-se a legislação ordinária no divórcio e a separação jurídica, exigindo-se os mesmos requisitos (prazos e causas), já que a EC nº 66/2010 apenas prevê que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

Os defensores de cada uma das correntes apresentam fundamentos consistentes para suas conclusões e, enquanto não ocorrer um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em última instância ou alteração na legislação ordinária, a questão certamente não será pacificada.

Na Comarca de Lavras/MG, atendendo requerimento do Ministério Público, o juiz da 1ª Vara Cível, Núbio de Oliveira Parreiras, determinou nas ações de separação judicial em andamento a intimação das partes autoras para readequarem o pedido para divórcio, em razão da EC nº 66/2010. Numa das ações a autora da separação litigiosa manifestou desinteresse no divórcio e requereu o prosseguimento da separação judicial.¹

Diante da situação posta é necessário, para conclusão, um breve histórico do divórcio no Brasil.

No Brasil Império o casamento era disciplinado pela Igreja Católica, religião oficial do Estado, denominado “casamento católico”, regulado pelas normas do Concílio de Trento e pelas Constituições do Arcebispado da Bahia. Somente com a Lei de 11 de setembro de 1861 (regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863) foi permitido oficialmente o *casamento dos não católicos*, obedecendo-se às regras de suas religiões.

A partir do advento da República o Estado Brasileiro tornou-se laico, em razão do Decreto 119-A, de 17 de janeiro de 1980, que determinou a separação entre a Igreja e o Estado. Pelo Decreto 181 foi instituído o casamento civil no Brasil como único ato válido para a celebração de casamentos, promulgado em 24 de janeiro de 1890, de autoria de Ruy Barbosa.²

O Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, promulgou a *Lei sobre Casamento Civil*, que possui 125 artigos dispondo sobre formalidades preliminares, impedimentos e oposições, celebração, casamento de brasileiros no estrangeiro, provas, efeitos, nulidade e anulação, divórcio, posse de filhos e disposições penais. No capítulo IX tratava do *Divórcio Consensual e Litigioso*, entretanto, o divórcio naquela época não dissolvia o vínculo, mas apenas o regime de bens e autorizava a separação de corpos, tratando-se do chamado “divór-

¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 0044793-59.2010. Relator: Des. Núbio de Oliveira Parreiras.

² VIEGAS, Suzana. A nova Emenda Constitucional do divórcio: é o fim da família? Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 1 set. 2010.

cio de cama e mesa”; tanto assim é que o art. 88 dispunha: “Art. 88. O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida de corpos e faz cessar o regime dos bens, como se o casamento fosse dissolvido.”³

A Constituição Federal de 1891 foi silente quanto ao divórcio, mas manteve a separação entre a Igreja e o Estado ao dispor no art. 72, § 4º, que “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

O Código Civil de 1916 reproduziu as disposições do Decreto nº 181/1890, entretanto substituiu a expressão “divórcio”, que possuía no exterior a conotação de extinção do vínculo do casamento, por “desquite”, mais apropriada e de conotação precisa para identificar o fim da sociedade conjugal, mantendo-se íntegro o vínculo conjugal.

A Constituição Federal de 1934 atribuiu efeitos civis ao casamento religioso e, pela primeira vez, elevou a dissolução da sociedade conjugal à matéria de interesse constitucional, ressaltando no art. 144 a indissolubilidade do casamento civil e prevendo o desquite no parágrafo único, ao dispor: “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento”.

Duas questões são relevantes na norma constitucional de 1934 para interpretação da EC nº 66/2010:

A primeira foi *elevar a interesse constitucional a indissolubilidade do casamento*, considerando-se, desde aquela época, que as questões de família, e notadamente o casamento, são matérias constitucionais;

A segunda foi, depois de tratar no texto constitucional sobre o desquite, *delegar para a legislação infraconstitucional a regulamentação dos casos e seus requisitos*.

³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo de acordo com a EC 66/2010*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 1-2.

Oportuno, ainda, registrar as razões que levaram o legislador de 1934 a inserir a indissolubilidade do casamento e o desquite no texto da constituição: *impedir que o divórcio ao vínculo fosse introduzido no Brasil pela lei ordinária*, dificultando o acolhimento desses princípios na nossa legislação, como já ocorria em alguns países.

A indissolubilidade do casamento prevista na constituição de 1934 e nas que se seguiram não desanimou os divorcistas, antes minoria, capitaneados pelo Senador Nelson Carneiro.

Os não divorcistas, apoiados especialmente pela Igreja Católica, fundamentavam que o divórcio enfraqueceria a família e causaria uma enxurrada de ações no judiciário. Existia, além disso, como ainda existe, a consciência religiosa de que o casamento é um sacramento indissolúvel.

Após embates calorosos e muitas resistências, finalmente o divórcio ao vínculo foi introduzido no direito pátrio pela EC nº 09, de 28 de junho de 1977.

A aprovação da EC nº 09/1977 exigiu muitas negociações e concessões. Para possibilitar sua aprovação, foram impostas muitas dificuldades para decretação do divórcio, incluindo prazos excessivos e o famigerado sistema dualista de prévia separação judicial para posterior divórcio, impondo sofrimentos e desgastes desnecessários para as partes, em razão da longa espera e do comparecimento duas vezes ao Judiciário.

O art. 2º da EC 09/1977 permitia o divórcio direto apenas aos casais separados de fato por cinco anos, desde que anterior à sua promulgação, ou seja, apenas aos casais já separados de fato até 27 de junho de 1977 e por cinco anos, o que teve pouco alcance. O art. 1º deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, que passou a dispor: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à prestação dos Poderes Públicos. § 1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Naquela época, em 1977, a nova norma constitucional restou autoaplicável, ocorrendo pedidos de divórcio direto e conversões de desquites em divórcio com fundamento apenas na EC nº 09/1977, sem nenhum questionamento da necessidade de lei ordinária para regulá-la, como tem ocorrido sem justificativas atualmente. Somente no dia 26 de dezembro de 1977 foi aprovada a Lei nº 6.515/77, impondo requisitos, definindo espécies e regulando processualmente os pedidos de divórcio e a separação judicial, incluindo a maléfica separação litigiosa uma sanção em seu art. 5º, *caput*, para possibilitar discussão de culpa.

O art. 38 da Lei nº 6.515/1977 ainda trouxe uma inovação ao limitar o divórcio a uma única vez, ocorrendo a esdrúxula situação de uma solteira casar-se com um divorciado e depois não poder divorciar-se.

A EC nº 09/1977 também trouxe três questões importantes para interpretação da EC nº 66/2010:

A primeira *refere-se à aplicação imediata* e ao acolhimento do divórcio no ordenamento brasileiro, *perdendo eficácia os artigos 315 a 325 do Código Civil de 1916*, que tratavam da dissolução da sociedade conjugal (desquite), antes mesmo de serem revogados pela Lei nº 6.515/1977;

A segunda *ratifica a opção do legislador em prever constitucionalmente a existência da separação judicial* e regular constitucionalmente a dissolubilidade do casamento;

A terceira *demonstra a intenção expressa do legislador constitucional em remeter para a lei ordinária a previsão dos casos de dissolução do casamento*.

O temor dos não divorcistas de que o divórcio enfraqueceria a família e importaria em enxurrada de pedidos não se concretizou. A família, ao contrário, fortaleceu-se.

Os casais que viviam em concubinato, às margens da lei, apenas por ser um deles desquitado, puderam casar-se e constituir uma família

considerada legal na época, inclusive legitimando os filhos havidos da união.

Os pedidos de divórcio, na imensa maioria, tiveram por objetivo regularizar uma situação de fato consolidada, em que o casamento não mais existia.

O divórcio trouxe ainda a possibilidade da busca de felicidade no casamento, especialmente quanto à mulher, que não mais se via obrigada a carregar a eterna pecha preconceituosa de desquitada caso se separasse do marido, obrigando-a a viver um casamento infeliz. Com o divórcio a mulher poderia casar-se novamente e reconstruir sua família.

O acolhimento do divórcio pela população brasileira diminuiu a resistência dos não divorcistas e permitiu abrandar o rigor para concessão do divórcio na Constituição Federal de 1988. A nova carta *constitucionalizou o direito de família*, ao inserir, no Título VIII – DA ORDEM SOCIAL, o Capítulo VIII – DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO.

Os diversos princípios inseridos no Capítulo VIII, como igualdade de direitos e deveres dos cônjuges no casamento, igualdade dos filhos e pluralidade das famílias, tiveram aplicabilidade imediata. O reconhecimento de filhos de pais casados, havidos fora do casamento, foi amplamente permitido, mesmo antes de o artigo 358 do Código Civil, que vedava o reconhecimento, ser revogado pela Lei nº 7.841/1989.

No que se refere ao divórcio, a Constituição Federal de 1988 continuou a regulá-lo, abrandando os requisitos, ao dispor no art. 226, § 6º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Novamente premissas importantes foram mantidas na Constituição Federal de 1988 quanto ao divórcio, podendo-se destacar pelo menos quatro delas:

A primeira demonstra que *o divórcio continuou sendo regulado constitucionalmente*;

A segunda estabelece que *a separação judicial e a conversão em divórcio também são previstas constitucionalmente*;

A terceira *prevê a exigência de prazos* de separação judicial ou de fato para decretação do divórcio;

A quarta determina que *a norma constitucional é autoaplicável*.

Apesar de a Constituição Federal utilizar as expressões “pode” e “nos casos expressos em lei”, o § 6º do art. 226 foi imediatamente aplicado, independente do que dispunha a Lei do Divórcio, antes de ser adequada pela Lei nº 7.841/1989. Foram decretados divórcios de pessoas que já tinham se divorciado uma vez (apesar de o art. 38 da Lei nº 6.515/1977 ainda não estar revogado e vedar essa disposição); das pessoas que estavam separadas de fato por apenas dois anos e após a EC nº 09/1977; e das pessoas separadas judicialmente há apenas um ano.

Na ocasião também não existiu questionamentos quanto ao disposto na lei ordinária, que possuía requisitos e prazos diversos da nova ordem constitucional, aplicando-se o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, inclusive aos processos em andamento.

O Código Civil de 2002 acolheu integralmente a previsão constitucional quanto aos prazos e requisitos para o divórcio.

A recente Lei nº 11.441/2007 trouxe grande inovação no direito de família, afastando a intervenção do Poder Judiciário em assuntos tradicionalmente judiciais, como a separação e o divórcio. Ao permitir a separação e o divórcio de casal sem filhos incapazes, a legislação sinalizou de forma contundente o propósito de não interferir na família para manutenção do casamento.

Numa progressão lógica e sistemática, desde a Constituição Federal de 1934, as Constituições Brasileiras assumiram em seu texto as hipóteses de dissolução da sociedade e depois do vínculo conjugal. A partir da indissolubilidade do casamento (CF/1934), o legislador constitucional evoluiu sistematicamente para introduzir e depois facilitar o divórcio, até excluir a separação judicial e permitir o divórcio sem causa e prazos na recente EC nº 66/2010, dando nova redação ao art. 226, § 6º, que passou a dispor: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Inequívoco que *a EC nº 66/2010 é autoaplicável, sem necessidade de legislação ordinária*, como ocorreu ao longo da história com a EC nº 09/1977 e a CF de 1988.

Duas inovações constitucionais resultam da referida emenda: a primeira *exclui do ordenamento brasileiro a separação judicial*; a segunda dispõe que, *para decretação do divórcio, não se exigem prazos ou causas*.

As consideráveis opiniões divergentes que sustentam a permanência da anacrônica separação judicial, aplicando-se a legislação infraconstitucional, com todo o respeito aos autores, não se sustentam diante da interpretação histórica e lógico-sistemática já demonstrada.

O conceituado Luiz Felipe Brasil Santos, desembargador do TJRS, alerta que qualquer norma será formalmente constitucional pelo só fato de ser inserida na Constituição Federal, mas nem todas serão materialmente constitucionais. Ressalta que muitas regras não precisariam constar na Constituição, sendo nela inserida por simples conveniência do legislador, tratando-se de leis travestidas de Constituição ou normas constitucionais meramente formais. Ressalta que é esse exatamente o caso do texto modificado pela EC nº 66/2010, que mantinha como condição para o divórcio a existência de prévia separação judicial, um dispositivo de segurança inserido para atender as correntes conservadoras. Conclui que a eliminação das referências aos requisitos para a obtenção do divórcio na EC nº 66/2010 não eliminou aquelas condicionantes previstas na legisla-

ção ordinária, que não deixaram de ser constitucionais, vigorando até serem modificadas.⁴

Ainda que a regulamentação do divórcio não seja materialmente constitucional, o certo é que a tradição jurídica e legislativa em nosso País o elevou, por conveniência política ou importância da matéria, a norma de interesse constitucional, tanto que sempre foi regulado constitucionalmente, sem exceção.

A expressão “pode”, que consta da EC nº 66/2010 e é muito utilizada para justificar a permanência da legislação ordinária, é de simples explicação. O casamento sadio não se dissolve apenas pelo divórcio, mas também pela morte de um dos cônjuges, enquanto o casamento defeituoso pode ser nulo ou anulado. Assim, o casamento *pode* ser dissolvido pelo divórcio, pela morte, anulação ou nulidade.

Por outro lado, *a legislação ordinária comprovadamente não foi recepcionada pela EC nº 66/2010, em razão da exclusão de sua referência no texto constitucional.*

Não se trata de simples omissão da separação judicial no texto ou de não ser inserida por não dissolver o casamento, o que autorizaria sua permanência no sistema brasileiro, coexistindo com o divórcio.

A referência à legislação ordinária foi excluída do texto da emenda constitucional com o objetivo expresso de abolir a separação judicial.

A proposta original de emenda constitucional resultou das conclusões do plenário no Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, realizado em Belo Horizonte/MG, em 2005. Apresentada pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005), foi reapresentada em 2007, pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007), com o seguinte teor: “§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do divórcio: cedo para comemorar. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 5 ago. 2010.

Aprovada a emenda constitucional em sua redação original, remetendo para a lei ordinária regular sua forma, mesmo excluindo a separação jurídica de seu texto, poderia proporcionar interpretações diversas e minimizar a mudança pretendida, razão pela qual a expressão “na forma da lei” foi suprimida posteriormente, passando a constar na última votação a redação atual da EC nº 66/2010. A supressão revestiu-se de grande significado jurídico, evitando qualquer dúvida de que a separação jurídica havia sido abolida.⁵

Na justificativa da proposta de emenda constitucional consta:

[...] Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o artigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade superficial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e anti-divorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação do divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosas ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. [...] Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.⁶

Zeno Veloso alerta que a PEC nº 28/2009 (que substituiu a PEC nº 33/2007) teve o determinado e explícito objetivo, com forma bem definida, de terminar com a separação jurídica e simplificar o divórcio, sem deixar dúvida alguma ou entredúvida, de forma clara, franca e leal, como pode ser constatado na justificativa da PEC, nos pareceres dos relatores, discussões, debates e até nas votações. Quis o legislador constitucional que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorressem pelo divórcio, sem a separação de direito, que persistia no sistema com o objetivo de

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 3 set. 2010.

⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2007. Deputado: Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/450217.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

viabilizar o divórcio, como um veículo, um meio, um caminho para tal. Conclui que, numa interpretação histórica, sociológica, finalística e teleológica do novo texto constitucional, a separação judicial ou administrativa foi abolida em nosso direito.⁷

A imensa maioria dos juristas em direito de família concluiu que a separação jurídica não foi recepcionada pela EC nº 66/2010.

Maria Berenice Dias, com sua autoridade, lembra que como toda novidade a EC nº 66/2010 assusta e não faltam vozes contrárias às mudanças, mas leciona que eliminou o instituto da separação e produziu a mais importante alteração no Direito de Família.⁸ (DIAS, 2010, p. 13-27).

Paulo Lôbo ressalta que somente uma interpretação literal da EC nº 66/2010 poderia levar à conclusão de que a separação de direito permaneceria, enquanto não revogados os dispositivos que tratam da matéria no Código Civil, mas a conclusão não sobreviveria a uma interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma.⁹ Orienta ainda que o Código Civil de 2002 regulamentava os requisitos da separação e divórcio estabelecidos pela redação anterior do art. 226, § 6º da Constituição Federal. Desaparecendo os requisitos determinados pelo comando constitucional, os dispositivos do Código Civil foram automaticamente revogados. Entendimento contrário importa tornar inócua a decisão do constituinte derivado e negar aplicabilidade à norma constitucional.¹⁰

Rodrigo da Cunha Pereira leciona que a Constituição Federal excluiu totalmente de seu texto a única referência que se fazia à separação judicial, como ocorria na redação anterior do art. 226, § 6º, não exis-

⁷ VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 02 set. 2010.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 13-27.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto apud CARVALHO, Cimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo*: de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11698/2008 (Guarda Compartilhada). Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 14-15.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Separção era instituto anacrônico*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 2 set. 2010.

tindo motivos para mantê-la. A interpretação das normas secundárias deve ser compatível com o comando maior da Constituição, não podendo estender o que o comando constitucional restringiu.¹¹

Os juízes, na imensa maioria, também concluíram pelo fim da separação judicial.

Maria Luiza Póvoa Cruz, juíza da 2ª Vara de Família de Goiânia/GO e jurista renomada, sob o fundamento de que o ordenamento jurídico não contempla mais a possibilidade de separação, determinou a intimação de todas as partes que estavam em processo de separação a transformarem suas ações em pedido de divórcio. O fim da separação também já foi acolhido nas varas de família nas comarcas de Salvador, Maceió e Belo Horizonte.¹²

O juiz da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte, professor Newton Teixeira de Carvalho, uma das maiores autoridades em Direito de Família no Brasil, leciona que não há mais separação no direito brasileiro, deixando de ser um estágio necessário ao divórcio. Uma interpretação literal e apressada da EC nº 66/2010, no sentido da manutenção da separação, é revogar a própria Constituição, que elegeu como princípio maior das entidades familiares o afeto. O desamor antecede ao divórcio. Existindo afeto, nenhum dos cônjuges pensará em se divorciar. Não existindo afeto, o caminho único e natural é o divórcio e quanto mais rápido, menos traumatizante será. Orienta ainda que, quanto às ações de separação em andamento, deve o juiz facultar às partes, no prazo de dez dias, requererem a conversão do pedido de separação em divórcio. Caso não modificado o pedido de separação para divórcio, os autos deverão ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido. Nos novos pedidos de separação, ajuizados após a EC nº 66/2010, os autos também deverão, de plano, ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido, visto que não há mais separação no direito brasileiro.¹³

¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha apud CARVALHO, 2010. p. 17.

¹² CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Juízes e cartórios têm três interpretações para emenda do divórcio. Folha de S. Paulo. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 9 ago. 2010.

¹³ Carvalho, N. apud Carvalho, D. (2010, p. 16-19).

A corrente minoritária que defende a manutenção da separação jurídica apresenta três justificativas para sua existência: a crença religiosa de que o casamento é indissolúvel; a possibilidade de reconciliação; e a necessidade de um prazo de reflexão para o casal decidir se quer mesmo dissolver o casamento.

A crença religiosa não pode ser confundida com o casamento civil, dissolúvel no Brasil desde 1977. O que juridicamente se extingue é o vínculo do casamento civil e não o religioso. O Brasil desde a proclamação da República é um Estado laico, não podendo a legislação ser governada por regras religiosas, sem adentrar no fato de que manter um casamento que já se findou de fato por ausência de afeto é hipocrisia. Aqueles que por convicção religiosa não querem se divorciar, também não devem se separar, já que a separação jurídica dissolve a sociedade conjugal e põe fim ao casamento, apenas não extingue o vínculo. Assim devem os religiosos, sem nenhuma conotação crítica, viver juntos até que a morte os separe para atenderem os princípios de suas religiões, restando incabível até a separação jurídica.

A decretação do divórcio, por outro lado, não veda aos ex-cônjuges a reconciliação, casando-se novamente nas mesmas condições do casamento anterior, o que seria até mais romântico, reafirmando o compromisso de cumprir os deveres conjugais. Não se justifica a manutenção da separação jurídica apenas em razão da reconciliação, diante da possibilidade de casarem-se novamente.

Por fim, o prazo para reflexão pode facilmente ser solucionado pela separação de corpos, regularizando a saída de um dos cônjuges do lar, como já era amplamente utilizada quando o casal pretendia separar-se consensualmente e não possuía o lapso temporal de um ano de casados. A separação de corpos determina ainda a data em que se cessou a convivência dos cônjuges, pondo fim ao regime de bens, como expressamente dispõe o artigo 1.683 do Código Civil. A jurisprudência também, por unanimidade, já considera que na separação de fato não existe sociedade conjugal e consequente comunhão dos bens adquiridos pelos cônjuges.

Assim, sob qualquer ótica que se examine a separação jurídica em face da EC nº 66/2010, não existe outra conclusão: *a separação ju-*

ridica não foi recepcionada pela EC nº 66/2010, restando abolida do ordenamento jurídico brasileiro, devendo, no caso concreto, ser extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por impossibilidade jurídica superveniente constitucional.

Referências bibliográficas

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2007. Deputado: Sérgio Barradas Carneiro. Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/450217.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo*: de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11698/2008 (Guarda Compartilhada). Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 1-2.

CARVALHO, Newton Teixeira de. O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro. In: CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo*: de acordo com a Emenda Constitucional nº 66/2010 e a Lei 11698/2008 (Guarda Compartilhada). Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 16-19.

CRUZ, Maria Luíza Póvoa. Juízes e cartórios têm três interpretações para emenda do divórcio. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 9 ago. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 13-27.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 3 set. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração Constitucional e suas conseqüências. In: CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo*: de acordo com a EC nº 66/2010 e a Lei 11698/2008 (Guarda Compartilhada). Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 14-15.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Separação era instituto anacrônico. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 2 set. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 0044793-59.2010. Relator: Des. Núbio de Oliveira Parreiras. Lavras.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio judicial e administrativo*: de acordo com a EC nº 66/2010 e a Lei 11698/2008 (Guarda Compartilhada). Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 17.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do divórcio: cedo para comemorar. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 5 ago. 2010.

VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 2 set. 2010.

VIEGAS, Suzana. A nova Emenda Constitucional do divórcio: é o fim da família? Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 1 set. 2010.

5

Direito Processual Civil

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ARTIGO

TOQUE DE RECOLHER: UM RETROCESSO HISTÓRICO

JADIR CIRQUEIRA DE SOUZA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito Público, Especialista em Processo Civil, Professor. Autor dos livros Ação civil pública ambiental; A efetividade dos direitos da criança e do adolescente; Curso de direito constitucional. Coautor do livro Maioridade constitucional.

RESUMO: O presente trabalho destaca os principais argumentos históricos, internacionais, constitucionais e legais contra as portarias judiciais que ressuscitaram o toque de recolher em várias cidades brasileiras, consistentes em determinações de que crianças e adolescentes não poderão exercer o direito à liberdade de ir e vir sem a companhia dos pais ou representantes legais. O texto explicita que, historicamente, a justiça menorista sempre se pautou pela vigilância dos menores, a despeito da omissão das famílias. Depois identifica os principais instrumentos legislativos internacionais violados na perspectiva dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Em seguida, explica que a CF/88 somente aceita o cerceamento da liberdade de qualquer pessoa nas hipóteses de flagrante delito ou ordem judicial fundamentada, bem como que o juiz não é legislador ou agente administrativo. Na esfera do direito infraconstitucional, demonstra que os juízes da infância e da juventude, para expedir as portarias, utilizaram-se de legislação revogada. Defende a ideia de que é possível reverter os principais problemas da violência infanto-juvenil a partir do cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que determinou a adoção de políticas públicas federais, estaduais e municipais, a direta participação da sociedade e a implantação do sistema de apuração da prática de atos infracionais, o que, em várias hipóteses, se utilizado corretamente, é mais enérgico do que o sistema punitivo para adultos.

PALAVRAS-CHAVE: menor; portaria; toque de recolher; juizado; liberdade.

ABSTRACT: The present work outlines the main historical, international, constitutional and legal arguments against administrative rules, which have resurrected the curfew in many Brazilian cities, consisting in determinations that children and adolescents could not exercise the right of moving from one place to another, without the presence of parents or personal representatives. The text explains that historically minor justice has always been guided for minor vigilance despite family omission. After that it identifies the main international legislative instruments violated in the perspective of children and adolescents human rights. In sequence it explains that the actual constitution only accepts freedom restraint in cases of flagrante delicto or reasoned judicial order, likewise the judge is not a legislator nor an administrative officer. In the realm of infraconstitutional law it demonstrates that judges made use of revoked legislation in order to promulgate administrative rules. Furthermore, it supports the idea that it is possible to rectify the main problems of juvenile violence through the execution of the Child and Adolescent Statute (Law 8.069/90), which determined the adoption of federal, state and municipal public policies, society direct participation and the introduction of a system that investigates the practice of delinquent acts, which in many hypothesis is more severe than the adult system.

KEY WORDS: Minor; administrative rule; curfew; court; liberty.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Síntese histórica. 3. O Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. O retrocesso do toque de recolher. 4.1. Argumentos históricos. 4.2. Contrariedade aos postulados internacionais. 4.3. Inconstitucionalidade das portarias. 4.4. Ilegalidade das medidas administrativas. 5. Rede municipal de proteção integral dos novos direitos. 6. Rede punitiva dos atos infracionais. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No âmbito da América Latina, o Brasil possui uma das leis mais modernas, atualizadas e adequadas aos avançados paradigmas internacionais de defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, segundo Mendez & Costa (2004, p. 121).

Após mais de vinte anos da reabertura democrática, o país vive período de franca democratização e busca de eficiência na atuação das instituições públicas, sendo que o Poder Judiciário, por conta da credibilidade recebida do poder constituinte originário, despontou como um dos mais fortes protetores dos direitos fundamentais, principalmente de crianças e adolescentes,¹ em decorrência das ações e omissões do próprio Estado. Em suma, a sociedade, o Estado e as instituições brasileiras caminham em direção à plenitude da cidadania e da democracia, embora esse caminho esteja no seu início, nos termos descritos por Carvalho (2003).

Em sentido contrário aos indiscutíveis avanços democráticos, como uma espécie de permanente e teimoso fosso intangível, percebe-se que centenas de milhares de crianças e adolescentes permanecem na condição de vítimas da mortalidade precoce, da institucionalização em abrigos e orfanatos, dos maus-tratos familiares e da evasão escolar, das drogas, da prostituição, do trabalho infantil, dos crimes² etc. É fato que milhares de crianças e adolescentes não possuem acesso à educação de qualidade, que o sistema de saúde infanto-juvenil continua com sérios problemas estruturais, que os programas de proteção social, jurídica e psicológica e o princípio da municipalização da rede de proteção constituem vagas utopias legislativas.

¹ Nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, considera-se criança o indivíduo até os doze anos de idade incompletos e adolescente o indivíduo com idade entre doze e dezoito anos. Diferentemente, o Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, no art. 1º, não trazia nenhuma distinção de tratamento em decorrência da faixa etária.

² No dia 21 de julho de 2009, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Observatório das Favelas e a Secretaria Especial de Direitos Humanos, em parceria, divulgaram extensa pesquisa científica denominada IHA – Índice de Homicídios na Adolescência, a qual mediu os índices de mortalidade de jovens de 12 a 18 anos, destacando-se que: 48% dos jovens brasileiros são vítimas de homicídios; entre 2006 e 2012 serão mortos mais de 33 mil adolescentes; os negros têm três vezes mais chances de morrer. Disponível em: <<http://www.unicef.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

A partir da dicotomia acima, sem a moderna compreensão do novo sistema jurídico-democrático de proteção infanto-juvenil, os denominados operadores do Direito que atuam, principalmente, na Justiça da Infância e da Juventude ainda executam ou cumprem suas principais atividades funcionais, de acordo com o revogado sistema menorista, sendo facilmente descobertos, exemplificativamente, pelo reiterado uso da vetusta expressão jurídica: *menor*, em vez dos termos técnicos corretos: criança ou adolescente.

Os paradigmas constitucionais e estatutários da garantia de prioridade absoluta e o da proteção integral dos novos direitos ainda não foram totalmente incorporados na prática forense diária. Porém, mais grave do que a continuidade dos problemas infanto-juvenis e o desconhecimento da nova sistemática garantista, pode-se dizer que são as tentativas, algumas vezes veladas e outras explícitas, de retorno ao ultrapassado sistema menorista que permaneceu em vigor no séc. XX, principalmente com o ressurgimento das práticas autoritárias do *toque de recolher* e, quem sabe, mais no futuro, do estado de defesa, depois, do estado de sítio, estado de guerra e, finalmente, a convocação das Forças Armadas para conter a violência praticada pela juventude carente das periferias, das favelas e das pequenas cidades.³

Com forte apelo sensacionalista, eloquentes aplausos populares, muita desinformação técnica⁴ e pouca discussão científica, a imprensa nacional divulgou recentemente que mais de 27 cidades brasileiras já aderiram à prática do *toque de recolher*, tonificadas

³ O estado de defesa, o estado de sítio e o estado de guerra são situações graves, atípicas e que rompem temporariamente com os pilares da normalidade democrática do país. São decretadas na ordem crescente de gravidade acima, sempre que as circunstâncias restritivamente fixadas no art. 137, 138 e 142 da Constituição Federal restarem demonstradas, como, por exemplo, nos casos de invasão externa por tropas estrangeiras. Para melhor compreensão das situações atípicas, o livro de Ferreira Filho (1999) é de leitura obrigatória para o entendimento da legalidade extraordinária.

⁴ O texto publicado no sítio eletrônico UOL, com o título: *Mesmo com toque de recolher, ocorrências policiais envolvendo menores aumentam 44% em Patos de Minas-MG* é um exemplo do uso de uso incorreto de termos técnicos que provocam desinformação, apesar da interessante notícia no sentido de que o *toque de recolher* não reduz a criminalidade. Basta conferir os seguintes termos: menores, toque de recolher, portaria judicial aprovada pela Câmara Municipal. Disponível em: <<http://www.uol.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

na expedição de portaria judicial que determina o recolhimento de crianças e adolescentes que estejam nas ruas das cidades no período noturno, além de trazer a expressa determinação para que os órgãos do sistema protetivo infanto-juvenil e do sistema de segurança pública também recolham os *menores* e levem-nos para suas casas ou que os submetam à medida de abrigo, em que pese a clara recomendação/parecer contrário do Conanda contida na 175ª Assembléia Ordinária.⁵

Ultrapassada a provocação para a leitura, pertinente e, ao mesmo tempo, contraditória, pelo fato de o escritor do presente artigo ter sido militar da ativa, nas funções de instrutoria militar, por mais de onze anos, no Corpo de Fuzileiros Navais no Estado do Rio de Janeiro, o texto apresentará inicialmente as bases históricas do atual sistema garantista, os ultrapassados fundamentos do sistema menorista e, a partir do confronto de ambos, promoverá a defesa da ideia central da necessidade de colocar em prática os princípios da prioridade absoluta à proteção integral da família e, principalmente, dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Em penúltimo lugar, à guisa de conclusão, não se pode deixar de enaltecer a sincera preocupação de milhares de magistrados, promotores de justiça, policiais, conselheiros tutelares, vereadores, pessoas do povo etc. com o futuro e a segurança das crianças e adolescentes e da própria sociedade.

No entanto, sem descuidar-se dos sérios problemas, será demonstrado pontualmente que existem melhores formas ou medidas de enfrentamento da violência urbana e rural, em seus complexos matizes, sem a necessidade de medidas de natureza militar, exceto nas hipóteses de ocorrência de crimes, contravenções penais ou atos infracionais, conforme já sedimentado no Código Penal e no Código de Processo Penal.

O que se deseja, na verdade, sem causar nenhuma espécie de melindre, discórdia ou constrangimento com aqueles que defendem

⁵ O inteiro teor do documento pode ser obtido no sítio eletrônico do MPMG: <<http://www.mp.mg.gov.br>>.

o *toque de recolher*, ou o eufemístico⁶ *toque de acolher*, é mostrar que o retorno do caminho militar para a proteção dos jovens é ultrapassado na história, inconstitucional na sua formatação, ilegal pelos vícios administrativos na execução e, acima de tudo, perpetua a secular desigualdade na busca da proteção dos novos direitos infanto-juvenis e, a partir dessas perspectivas, agregar os esforços de todos na efetividade dos direitos de crianças e adolescentes.

Em resumo, serão buscadas respostas para as seguintes indagações: é inconstitucional e/ou ilegal a expedição de portaria judicial que determina o *toque de recolher*? Se positivas as respostas, constitui meio necessário e/ou imprescindível para a defesa infanto-juvenil; se negativas, existem meios judiciais, administrativos e sociais de proteger os direitos e exigir os deveres de crianças e adolescentes?

2. Síntese histórica

A história da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes encontra-se marcada por equívocos, ao longo de mais de quatro séculos, segundo a obra organizada por Del Priore (2004, p. 7-17).

A compreensão dos aspectos históricos ganha importância pela necessidade de impedir, que a sociedade repita, na atualidade, os erros do passado ou, pelo menos, de alertá-la sobre essa possibilidade, uma vez que, entre o descobrimento do Brasil e a presente conjuntura democrática, ainda é possível constatar facilmente gritantes diferenças existentes entre a qualidade das normas constitucionais e estatutárias vigentes e a dramática realidade social vivida pela juventude brasileira.

A primeira fase da proteção dos direitos das crianças brasileiras começa com a catequização das crianças e mulheres indígenas pelos padres jesuítas. Durante os dois primeiros séculos de existência da Colônia, observou-se que os ensinamentos religiosos constituíam as bases iniciais da proteção da infância indígena (CHAMBOULEYRON, 2004, p. 56-83).

⁶ *Eufemismo*: figura de linguagem que consiste no uso de palavras que amenizem seu real significado.

A demonstração das bases primárias de proteção é interessante porque, até hoje, crianças e adolescentes recebem tratamento privilegiado nas principais religiões do mundo ocidental e, consequentemente, a legislação criada pelo Estado recebe clara interferência religiosa, embora o atual Estado brasileiro seja laico.

Já no séc. XVIII uma das formas mais conhecidas de proteção dos *menores* – trazida da Europa medieval – foi a adoção da *Roda dos Expostos*, tendo sido o artefato de madeira adotado nas cidades de Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738) e Recife (1789).

Pelo sistema da Roda dos Expostos, crianças abandonadas ou renegadas pelos pais eram depositadas nos cubos cilíndricos localizados nas entradas dos mosteiros. Logo após o toque de uma sineta, eram recolhidas pelas religiosas que moravam nos conventos. O mecanismo de notória dramaticidade foi defendido como solução, pois, na época, era menos danoso do que o abandono das crianças nas ruas periféricas ou nas florestas, ainda lotadas de animais perigosos, segundo Marcílio (2006).

Nessa etapa intermediária, inicia-se uma conjunção de esforços entre a Igreja e o Estado na proteção dos jovens. No entanto, a defesa da juventude não era prioridade nacional e, muito menos, interessante, sob os pontos de vista econômico, social ou político, sendo que existia clara supremacia da Igreja nessa questão, em virtude dos seus seculares fundamentos doutrinários, que, paradoxalmente, conviviam com a escravidão que perdurou formalmente até a abolição em 1888.

Durante os primeiros quatro séculos de existência da juventude, as medidas e ações protetivas foram marcadas pelas práticas religiosas e algumas frágeis ações estatais, sobretudo pelo fato de que o Brasil somente foi alçado à condição de Estado quando da entrada em vigor da primeira Constituição imperial de 1824.

A segunda fase – que tem início no começo do século XX – fundamenta-se na necessidade da forte repressão estatal, com a entrada em vigor do Código Mello Matos em 12 de outubro de 1927. Impor-

tante para o início do século, foi considerado o primeiro Código de Menores da América Latina. A lei não trazia distinção de tratamento jurídico entre o menor carente e o praticante de crimes. Buscava soluções jurídicas para o problema da criminalidade infanto-juvenil, a partir do endurecimento das penalidades e o rigor no cumprimento, inclusive com a fixação da idade penal de 14 anos.

Nessa época histórica, introduziu-se fortemente o Direito Penal na sistemática protetiva menorista como um dos instrumentos mais eficientes para o enfrentamento da complexa problemática da delinquência juvenil, sobretudo no período do primeiro pós-guerra mundial.

Passou-se, portanto, da proteção religiosa dos menores à punição pelo uso das regras penais dominantes antes de 1940, sendo que, embora a legislação penal utilizasse a faixa etária como diferencial de tratamento juvenil, na execução penal o sistema de reclusão não diferenciava adultos de adolescentes, fase denominada pela doutrina brasileira de tutela penal indiferenciada, segundo Sposato (2006, p. 27).

Numa síntese parcial, pode-se constatar que as regras penais ganharam forte projeção e apelo popular, uma vez que, insuficientes as tímidas ações sociais, filantrópicas, assistencialistas e religiosas, como os menores não eram vistos na qualidade de titulares de direitos fundamentais – fato ocorrido apenas a partir de 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição Federal (CF) – o Código Mello Matos era duramente aplicado na repressão infanto-juvenil e, ao mesmo tempo, na popular institucionalização nos abrigos, orfanatos e quartéis.

A terceira fase – ocorrida na ditadura militar – reforçou ainda mais a utilização das regras do Direito Penal, em detrimento das medidas de proteção religiosa, social e política, sendo que, na época, vivia-se no Brasil a autoritária pauta da doutrina da Segurança Nacional, iniciada em 1964, embora as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 já tivessem incorporado os fundamentos do Estado social.

A entrada em vigor do último Código de Menores, através da Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, apenas cristalizou legislativamente – no plano menorista – os valores autoritários militares do momento e a tentativa de pseudoproteção menorista.

É interessante lembrar que a lei dividia os menores em dois grupos distintos: em situação *regular* e em situação *irregular* (art. 2º). Aos primeiros – ricos – aplicava-se o Código Civil de 1916. Aos últimos – pobres e abandonados nas ruas – aplicavam-se os postulados do Direito Penal, organizados dentro do Código de Menores.

De forma singela, com apelo popular e sob o discurso de necessidade da efetiva proteção dos jovens, na época da última ditadura militar, a pobreza das famílias caracterizava uma das condições jurídicas para o recolhimento ou encarceramento dos menores de rua. Ora, pobres, desprotegidos ou abandonados, independentemente de praticar ou não infrações penais, eram considerados em situação irregular e, portanto, apreendidos na Febem, em asilos, orfanatos, abrigos, cadeias etc., por ordem judicial e sem direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que não eram titulares de direitos na ordem jurídica nacional.

Paradoxalmente, foi no período ditatorial de 1964 a 1985, ao lado da derrocada institucional dos direitos civis e políticos, que a Justiça menorista fortaleceu sua atuação, utilizando-se dos instrumentos legislativos similares, emanados das autoridades militares, para regular deveres e direitos do cidadão.

Ao lado dos decretos-leis, portarias, atos institucionais (o AI 5 é o notório exemplo) de forte cunho autoritário, com base no último código de menores, criaram-se várias portarias judiciais em cada cidade, que regulamentavam eventuais aspectos civis, penais e administrativos no tocante à defesa da juventude brasileira. À guisa de esclarecimento, não se pode deixar de considerar que, numa leitura rápida do código de menores, percebe-se um rebuscado discurso protetivo. No entanto, na prática, traduzia-se numa porta aberta para o arbítrio das autoridades judiciais, muito embora, aparentemente, todas estivessem com a melhor das intenções.

Na verdade, além dos sofismas na interpretação da lei, existia uma clara dicotomia na fase anterior à última reabertura democrática. Às crianças ricas e de famílias poderosas aplicava-se o Direito Civil, e os eventuais conflitos eram julgados nas varas de família. Já os me-

nores pobres eram protegidos pelo código de menores e ficavam sob direta tutela do Juizado de Menores, sendo, ainda, presente a dicotomia na atual conjuntura, bastando como exemplo a divisão de competências jurisdicionais entre as varas de família e as da infância e da juventude.

Como última etapa evolutiva, a fase atual teve início com a redemocratização do país em 1985, evidentemente permeada pela forte agitação popular, deflagrada pelas eleições livres e democráticas, e o rompimento do período autoritário, no movimento institucional conhecido como *Diretas Já*.⁷

Ao mesmo tempo, a cidadania começou a emergir no sinuoso compasso de idas e vindas dos regimes ditatoriais e democráticos da vida institucional brasileira. Além das demais esferas da vida nacional, sobretudo no âmbito do Poder Executivo federal, também se sentiu a inadiável necessidade de democratizar o Direito, ainda permeado de postulados autoritários, anacrônicos e diametralmente opostos à democracia participativa.

No entanto, apesar da adoção do postulado constitucional do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da CF/88, que deveria dirigir as ações, medidas e atividades dos Poderes da República, e dos avanços institucionais consideráveis, muitas práticas ou ações autoritárias ainda persistem pelos quatro cantos do Brasil, ressuscitadas de tempos em tempos, na maior parte das vezes, por falta de adequado conhecimento da história da infância e da juventude brasileira.

Nessa linha, vários órgãos da própria imprensa nacional, que, pela natureza de suas atividades, poderiam melhor esclarecer a população, inadvertidamente, acabam contribuindo para a manutenção dos dogmas autoritários ao deixarem de promover análise mais detalhada das medidas cristalizadas nas expressões *toque de recolher*, *Lei Seca*, *combate ao crime* etc., sabidamente de natureza tipicamente militar, muito usadas nos quartéis e nas casernas. Fato ainda comum

⁷ Ver Fausto (2001, p. 285-286). O autor destaca que a convocação da Assembléia Nacional Constituinte e a exclusão das leis denominadas de “entulho autoritário” foram as bases políticas que dominaram a mudança do paradigma histórico.

num país que busca o amadurecimento institucional, quando se confunde o *argumento da autoridade pela autoridade do argumento*.⁸

O Direito também não se livrou de todas as expressões, sendo o *toque de recolher* e o *combate ao crime* visíveis exemplos de termos militares, usados inadvertidamente pelos estudiosos e operadores do Direito. Porém, advirta-se que o uso da expressão militar, ciente da conotação, objetiva tão somente despertar a atenção para o problema, sendo consciente a adoção do termo na designação do título do artigo. Enfim, pode-se afirmar com Mendez & Costa (2004, p. 126) que, de 1964 a 1980, ocorreu uma *reversão autoritária* na proteção de crianças e adolescentes.

Em 1988, com a entrada em vigor da atual CF, foram modificadas radicalmente as formas de proteção da comunidade infanto-juvenil, através da adoção dos princípios constitucionais da garantia de prioridade absoluta e da proteção integral, sendo a cristalização do movimento democrático que permeou as instituições brasileiras desde o início da década de oitenta.

As novas bases principiológicas democráticas, posteriormente, foram acolhidas no ECA, em 1990, que, além de incorporar os modernos parâmetros, fixou, no plano infraconstitucional, a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado com a obrigatoriedade legal de garantir a integralidade da proteção dos direitos infanto-juvenis.

Assim, expressamente revogada a doutrina do *menor em situação irregular*, foi acolhida a doutrina das crianças e dos adolescentes, como sujeitos de direitos e deveres na nova ordem jurídica nacional, denominada de *garantista*, segundo Shecaira (2008, p. 43-47).

Entretanto, uma das maiores dificuldades para a completa implantação do sistema constitucional e estatutário vigente centra-se na

⁸ O *argumento da autoridade* consiste na forte e decisiva palavra de quem exerce o poder ou função pública. O prefeito, o juiz e advogado falaram na imprensa, então está certo e é indiscutível. Já a *autoridade do argumento* significa a projeção de argumentos, idéias e contestações a partir de bases eminentemente científicas e devidamente comprovadas. Salvo melhor juízo, o Ministro César Peluzo, do Supremo Tribunal Federal, recordou as diferenças em recente julgamento televisionado.

continua utilização da doutrina menorista, uma vez que os novos paradigmas não encontraram maior repercussão social e ainda longe estão de serem incorporados na prática forense brasileira.

É que muitos dos atuais operadores do Direito, formados com base na revogada Constituição Federal de 1967 e no último Código de Menores de 1979, ainda não incorporaram os modernos avanços democráticos ou aceitaram as novas regras e princípios do ECA e da CF. Com efeito, parafraseando Rizzini (1997), muito foi perdido no século vinte em relação à proteção das crianças brasileiras.

3. O Estatuto da Criança e do Adolescente

Restou caracterizado na fase histórica que o ECA foi o resultado de intenso e decisivo movimento popular. Trata-se de produto democrático de alto valor histórico. Sua gestação foi iniciada durante os anos oitenta e finalizada com a inclusão dos novos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes na Constituição Federal de 1988.

Em harmonia formal e material com os novos ares constitucionais pós-ditadura, o novo instrumento legislativo trouxe completo sistema de garantia e proteção dos novos direitos. Na realidade, procurou cristalizar os modernos anseios da democracia direta, participativa e pluralista. Rompeu, enfim, com a doutrina do menor em situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral e da garantia da prioridade absoluta na proteção infanto-juvenil na exata extensão do art. 227 da CF.

O estatuto encontra-se dividido em duas partes estruturais, sendo a primeira, geral e a segunda, especial. Inicialmente, trata dos direitos e princípios fundamentais, individuais e coletivos, em perfeita sintonia com aqueles previstos anteriormente na CF. Em seguida, organiza os sistemas integrados de garantia e proteção social, administrativa e jurisdicional. Delimita organicamente os sistemas de apuração das infrações penais, civis e administrativas praticadas contra crianças e adolescentes.

Além da parte relativa à proteção integral dos direitos fundamentais das novas gerações, também adota um forte sistema repressivo que, se colocado em prática pelas instituições de segurança pública, reduziriam o clamor popular e a assertiva demagógica e equivocada de que o *ECA somente trouxe direitos*, conforme ensina Saraiva (2006, p. 24-36). Primeiramente, define o ato infracional como todo crime ou contravenção penal, sendo que, claramente, determina a utilização dos parâmetros do Direito Penal no sentido de coibir e punir condutas contrárias à legislação penal. Depois, determina a utilização mitigada de regras e princípios processuais penais na apuração e eventual punição pela prática de atos infracionais, inclusive determina a utilização analógica das regras da execução penal, sempre que necessário. Em nenhum momento, portanto, pactua com a impunidade ou a estimula.

Finalmente, reforça, de modo contundente em todos os dispositivos legais, os novos postulados da democracia participativa e específica, pontualmente, todas as bases e etapas para o cumprimento do Estado Democrático de Direito. Como base de atuação responsável de todos, destaca a obrigatória e prioritária atuação da família, da sociedade e do Estado.

Não se pode deixar de destacar o fato de que o estatuto em questão ainda é pouco estudado e conhecido nos meios jurídicos. O ECA não é discutido, como deveria, nas universidades brasileiras. Normalmente, é ensinado como matéria eletiva ou agregado de forma suplementar ao Direito de Família. Apesar de sua importância histórica e do grande contingente de jovens na sociedade, o Direito brasileiro ainda discute à exaustão questões civis e comerciais, tais como falências e concordatas, cédulas rurais, remissão etc. Ora, sem desmerecer os fundamentos do direito privado, é preciso discutir o direito público e, particularmente, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente para assimilar os novos fundamentos doutrinários da infância e da juventude.

Além de revogar a política menorista com o *desfazimento do juiz de menores*, o ECA trouxe importantes inovações, segundo Saraiva (2006, p. 29). Primeiro, retirou a competência ou as atribuições do

outrora Juizado de Menores e, na forma do art. 262 do ECA e da legislação municipal possivelmente em vigor em cada cidade, repassou-as, integralmente, para o Conselho Tutelar (CT) e para o Conselho Municipal de Defesa das Crianças e dos Adolescentes (CMDCA).

Ao retirar do Poder Judiciário as antigas funções assistenciais, filantrópicas e menoristas, prestigiou muito mais as atividades jurisdicionais típicas, resguardando-as, em sua plenitude, para a defesa integral e prioritária dos novos direitos e interesses individuais e transindividuais ou coletivos, sempre que provocado dentro das regras legislativas do devido processo legal.

Portanto, a título exemplificativo, fora os casos específicos de alvará para ingresso em estabelecimentos comerciais ou autorização para viagem internacional, nos estreitos limites do art. 149 do ECA, o juiz de Direito da Infância e da Juventude somente deverá agir, no plano da proteção jurisdicional, quando provocado dentro do devido processo legal.

Não existe mais, assim, apesar do seu ressurgimento de tempos em tempos, a figura do juiz de menores, que expedia portarias proibitivas genéricas, além de apreender adolescentes pobres ou abandonados, em evidente desacordo com as novas bases constitucionais e estatutárias do novo sistema garantista.

Como segunda inovação, criou o Conselho Tutelar – eleito pela sociedade – para agir com autonomia no plano administrativo, direcionando-lhe para a missão específica de proteger e impedir a violação dos direitos individuais de crianças e adolescentes. Esse órgão, de natureza colegiada, independente, não jurisdicional e autônomo, não é subordinado, administrativamente, ao juiz de Direito, ao promotor de justiça, aos secretários estaduais e Municipais ou ao delegado de polícia.

Enfim, o Conselho Tutelar possui adequada e necessária independência administrativa para exigir o cumprimento do ECA, tendo como base de atuação os arts. 136 e 101, inclusive com possibilidade de denunciar eventuais ilicitudes praticadas com base no sistema menorista anterior.

Outra novidade trazida pelo ECA foi a criação dos Conselhos de Direitos na estrutura estatal federal, na estadual e na municipal – metade deles composta, voluntariamente, de integrantes do poder público e a outra metade de integrantes da sociedade civil –, outorgando-lhes a função deliberativa. Isso significa dizer que todas as políticas públicas – a federal, as estaduais e as municipais – de proteção e defesa dos novos direitos das crianças e dos adolescentes, sob pena de nulidade, deverão ser formuladas e coordenadas pelo novo órgão colegiado e não mais pelo Juizado de Menores.

Além disso, a partir da leitura dos art. 204 e 205 da CF, conjugados com o art. 88, I e II, do ECA, restou fixada a obrigatoriedade de maior participação da sociedade e da municipalização da proteção infanto-juvenil. Dentro do novo espectro constitucional e estatutário, as políticas públicas foram canalizadas para o Município e, supletivamente, para o Estado e para a União.

O ECA também determinou a criação dos programas e das entidades de proteção e defesa, em substituição às antigas Funabem e Febem. Inverteu, portanto, toda a sistemática menorista ao dividir entre os conselhos comunitários – tutelar e municipal – a proteção dos novos direitos, aliando-os à atuação do Ministério Público e da sociedade civil com equitativa divisão de responsabilidades e funções.⁹

Assim, a significativa maioria das ações e medidas administrativas, que eram realizadas sob a tutela ou direção exclusiva do Juizado de Menores, passou para o rol de atribuições dos dois conselhos comunitários, sendo dever do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, bem como da sociedade, zelar pelo correto funcionamento de ambos, bem como pela implantação da rede municipal de proteção, com a possível utilização do processo coletivo, nos casos em que isso seja necessário.

Urge, enfim, que sejam colocados em prática os novos postulados democráticos do ECA e da CF no confronto com o *toque de recolher*.

⁹ Ver Beloff e Mendez (2001). A obra traz um panorama completo do direito latino-americano, bem como apresenta as principais características entre a doutrina menorista e a doutrina garantista.

4. O retrocesso do *toque de recolher*

Antes de demonstrar, pontualmente, os principais argumentos contrários à volta do *toque de recolher*, determinado pelas respectivas portarias judiciais nas conhecidas 27 comarcas brasileiras, torna-se preciso considerar alguns aspectos preliminares.

Primeiro, observa-se que as portarias foram produzidas por juízes de Direito e fiscalizadas, algumas vezes incentivadas, por vários promotores de justiça, jovens, atuantes, responsáveis e abnegados, em sua maioria, segundo notícias de jornais e revistas jurídicas especializadas.

É possível que, em virtude do exaustivo trabalho diário nas comarcas e, sobretudo, pela maior proximidade com as famílias e demais pessoas da comunidade, seja nas audiências diárias e no atendimento ao público, os operadores do Direito sentiram-se impotentes e incomodados com a situação de penúria da juventude, principalmente aquela parcela da população juvenil naturalmente vitimizada pelo crime organizado, pelo tráfico de entorpecentes e pela secular omissão do Estado, e resolveram reagir de forma dura, direta e objetiva, com a imediata retirada dos *menores das ruas* no período noturno.

Segundo, é preciso admitir que a sociedade possui razão em reclamar ações e medidas mais efetivas, objetivas e diretas das autoridades constituídas no tocante à violência, principalmente urbana. Embora se saiba cientificamente que os atos infracionais praticados por adolescentes são em menor quantidade que os crimes praticados pelos adultos, pela pouca informação disponibilizada, pelo forte clamor popular e pelo sensacionalismo decorrente, quando os *menores praticam crimes graves*, acaba-se com a falsa impressão de que, com a publicação do ECA, realmente aumentou a violência juvenil.

Terceiro, em decorrência das poucas ou insuficientes informações científicas sobre os paradigmas do ECA e da CF, da história dos direitos infanto-juvenis e, em sentido oposto, o forte apelo e pressão popular fazem surgir ações e medidas de todas as ordens, normalmente imediatistas, infrutíferas e pouco estudadas para a notória extensão dos problemas.

Na verdade, mesmo com o notório saber jurídico dos operadores do Direito, dizer que o *toque de recolher* constitui medida suficiente para reduzir a violência juvenil ou aquela praticada contra crianças e adolescentes simplesmente desconsidera todas as pesquisas científicas realizadas no campo da segurança pública e a dimensão plurissubjetiva da temática infanto-juvenil. É que pelo menos os principais problemas relativos à proteção de crianças e adolescentes, tais como pedofilia, trabalho escravo, prostituição etc., constituem ainda um campo sujeito a altas indagações científicas, e uma portaria judicial, por mais boa vontade que tenha, não conseguirá reverter os índices de violência nacional e, em pouco tempo, cairá no descrédito popular.

Quarto, o *toque de recolher* constitui uma medida de natureza essencialmente militar, normalmente utilizada pelas Forças Armadas em tempos de guerra e/ou de graves insurreições políticas etc. Não se coaduna, de qualquer forma, com os atuais ventos democráticos brasileiros.

Trata-se de típica ação militar que obriga os moradores de uma determinada cidade, estado ou país a permanecerem no interior de suas residências, durante determinado período noturno, para preservação da segurança e o andamento de operações militares de defesa. Para caracterizar o horário, utilizam-se cornetas, tambores, apitos ou expressas ordens verbais ou escritas, naturalmente do oficial superior mais importante da operação de guerra.

Ou seja, são características essenciais do *toque de recolher* a iminência de ataques bélicos e o eventual *estado de guerra*. Ora, usar inadvertidamente o termo militar ou expressões ambíguas, porém equivalentes, constitui evidente retrocesso autoritário, inadmissível no Estado Democrático de Direito.

No entanto, mais grave é a utilização da expressão eufemística *toque de acolher*, como se o nome mudasse a essência da ilegalidade da medida militar adotada por juízes de Direito, exatamente encarregados de julgar os conflitos de direito relativos a crianças e adolescentes.

Fixadas as premissas acima, é possível organizar os argumentos contrários ao *toque de recolher* e a quaisquer medidas semelhantes,

pelo menos em época de paz, tais como *estado de defesa*, *estado de sítio*, *estado de guerra* ou a possível utilização das Forças Armadas, na seguinte seqüência lógica: a) fundamentos históricos; b) contrariedade aos postulados internacionais; c) inconstitucionalidade das portarias; d) ilegalidade das medidas administrativas; e) a falta de aplicação do ECA.

Aliás, o argumento da utilização das Forças Armadas, embora seja claramente inconstitucional, conta, no plano da segurança pública interna, com respeitáveis adeptos, inclusive doutrinadores da área jurídica, certamente, pouco acostumados, ainda, com a atual Constituição Federal. Daí, convocar as Forças Armadas, como já tem sido feito com a Polícia Militar, para auxiliar os Juizados de Menores em questões eminentemente sociais não é hipótese descartável, de plano, apesar da inadequação e do desvio de funções institucionais.

a) Argumentos históricos

Como visto na parte inicial, o Brasil alternou momentos institucionais de democracia e ditadura no decorrer de sua história. As Constituições Federais dos respectivos períodos demonstram os regimes autoritários: 1824, 1937, 1967 e 1969, sendo, as seguintes, relativas aos períodos democráticos: 1891, 1934, 1946 e 1988. Ficou evidente e pontuado que a CF/88 foi a primeira Constituição Federal que determinou o tratamento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

Sabidamente, o atual Texto Constitucional, em vigor desde 1988, encontra-se no vértice da pirâmide legislativa. Deve, portanto, direcionar todos os demais aspectos judiciários, legislativos e executivos da vida nacional.

A atual fase legislativa constitucional encontra-se no mesmo diapasão da vida democrática nacional. Existe uma identidade entre os paradigmas constitucionais e os fundamentos da vida em sociedade. Legislação democrática e sociedade democrática se complementam e coexistem em harmonia, apesar dos seguidos retornos às práticas autoritárias seculares.

Admitida a existência e a validade dos fundamentos constitucionais em vigor, tanto no plano legislativo superior como na vida em sociedade, torna-se claro que buscar a solução da criminalidade infanto-juvenil tão somente a partir do mero recolhimento dos menores das ruas das cidades simplesmente retrocede no recente passado histórico e, ao mesmo tempo, faz ressurgir ações autoritárias, que deixaram profundas seqüelas na sociedade brasileira.

Basta lembrar a escravidão, o trabalho infantil nas primeiras fábricas, o preconceito racial, a violação dos direitos das mulheres e o tratamento desrespeitoso aos idosos para perceber que, sempre, torna-se prudente tentar a defesa dos princípios democráticos e da cidadania.

A partir da CF/88, pela primeira vez no Brasil, garantiu-se às crianças e aos adolescentes, além da piedade humana, das ações religiosas e das medidas assistencialistas, a titularidade de direitos e de deveres na ordem jurídica nacional. Retirar um adolescente da rua, sem a prática de um ato infracional grave, previamente tipificado no Código Penal, constitui um abominável retrocesso histórico.

É que, historicamente, partia-se, sempre, da ultrapassada idéia de que os menores eram os responsáveis exclusivos pelos problemas sociais. Porém, com os novos ares democráticos, as responsabilidades foram partilhadas entre todos: família, sociedade e Estado. Nessa perspectiva histórica, inadvertidamente, a portaria judicial ataca a parte mais frágil e desprotegida das relações sociais, pois acaba fragilizando o poder familiar e passa a titularidade do poder familiar dos pais para o juiz.

Ora, se a violência aumenta no Brasil, admitida essa hipótese pelas estatísticas recentemente publicadas, não é somente pela repressão infanto-juvenil que se vai resolver um histórico problema brasileiro e mundial, e sim pela adoção de políticas públicas e ações institucionais, sejam políticas ou sociais, que devem ser ditadas e exigidas pela sociedade e, jamais, por meio de portarias, decretos-leis, medidas provisórias, por melhores que sejam as intenções de seus autores.

Exatamente como em muitas escolas brasileiras, em que normalmente se responsabilizam apenas os alunos pelo insucesso do sis-

tema de ensino, as portarias judiciais cometem o mesmo equívoco, ou seja, tratam severamente a parte mais frágil das relações jurídicas estatutárias, em vez de buscar as soluções pelo sistema garantista, exigindo-se uma ação mais contundente e efetiva da família e do próprio Estado.

Portanto, se, do ponto de vista histórico, por mais de quatro séculos, sempre se projetaram as soluções na parte mais frágil, na verdade, o *toque de recolher* apenas reitera os mesmos comportamentos ou condutas institucionais inadequadas de outrora, em vez de aplicar os modernos paradigmas internacionais da proteção integral e da garantia de prioridade absoluta.

Enfim, não é justo que, depois de sofrer por mais quatro séculos, novamente, crianças e adolescentes sejam cerceados em seu direito de ir e vir dentro do território nacional, sem as hipóteses específicas de flagrante ou ordem individualizada de apreensão judicial, em virtude da ausência ou precariedade das políticas públicas federais, estaduais e municipais e da omissão, negligência ou falta de competência dos pais.

b) Contrariedade aos postulados internacionais

Além de historicamente inadequado e inoportuno, o *toque de recolher* viola os princípios e as regras internacionais de proteção dos novos direitos de crianças e adolescentes, adotados pelo Brasil ao ratificar internamente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, por meio do Decreto nº 99.710/90 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Aliás, depois de o País ser amplamente aplaudido no mundo pela excelência do ECA e da CF/88, sendo modelo na América Latina, a nova institucionalização do *toque de recolher* coloca o Brasil em notório confronto com os respeitáveis organismos internacionais, sobretudo a Organização das Nações Unidas (ONU), que produziu a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹⁰

¹⁰ Ver Beloff e Mendez (2001, p. 96).

O Brasil acolheu ainda as Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de *Beijing*) e as Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Diretrizes de Riad).

Em síntese, segundo Beloff e Mendes (2001, p. 118), as regras e os princípios relativos à apuração e punição de adolescentes deve apresentar as mesmas garantias dos adultos envolvidos na prática de crimes. Portanto, antes de restringir a liberdade de crianças e adolescentes – no plano internacional e incorporado ao sistema jurídico brasileiro –, deve-se garantir o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

As normas internacionais adotam dois paradigmas clássicos ao Direito infanto-juvenil. Responsabilizam o Estado, a família e a sociedade pela proteção das crianças e adolescentes e somente permitem a privação da liberdade em decorrência da prisão em flagrante ou ordem judicial escrita e fundamentada.

O *toque de recolher* comete duas ilegalidades internacionais. Primeiramente esquiva-se de proteger os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, pois em vez de buscar a celeridade e a efetividade das decisões judiciais que discutem a proteção dos direitos básicos da cidadania infanto-juvenil, na verdade, atinge a parte que precisa de proteção de direitos e não de medidas punitivas ou sancionadoras do direito à liberdade.

Em segundo lugar, permite e exige que as autoridades policiais e os conselheiros tutelares, fora de suas funções institucionais, cumpram mandados genéricos de suposta apreensão em flagrante e criem tipos penais de natureza administrativa, fixando-se como conduta inadequada tão somente o direito de ir e vir, em qualquer parte do território nacional, nos horários que entenderem adequados, numa inaceitável e extremamente elástica discricionariedade administrativa.

Ora, na América Latina, o Brasil foi o primeiro país a incorporar e assumir a defesa dos modernos postulados internacionais de pro-

teção aos direitos de crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, expressamente revogou a doutrina do menor em situação irregular a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, repita-se, em absoluta consonância com os modernos paradigmas constitucionais e internacionais.

A adoção do *toque de recolher* apenas irá permitir que, mais uma vez, possivelmente, o Brasil seja cobrado pela Organização das Nações Unidas, pois existe clara e evidente lesão aos direitos humanos das crianças e adolescentes, cerceados em seu direito fundamental à liberdade, produto sagrado da *afirmação histórica dos direitos humanos*, na expressão de Comparato (2004). Constitui, assim, expressa violação da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, incorporada à legislação constitucional relativa à proteção dos direitos fundamentais, por força do art. 5º, §2º, da CF/88.

c) Inconstitucionalidades das portarias

Historicamente indevidas e com claros indicativos de violação das principais regras e princípios no plano legislativo internacional, observa-se que as portarias judiciais que criaram o *toque de recolher* são formais e materialmente inconstitucionais ao fazer o controle de constitucionalidade dos respectivos atos administrativos.

Diz-se que determinado ato jurídico ou administrativo é inconstitucional quando se choca direta ou indiretamente com as regras e os princípios constitucionais em vigor. Assim, sempre que um ato não for compatível com a respectiva norma constitucional de regência, deverá ser evitado, sob pena de ser anulado por decisão judicial superior, pois a Constituição Federal é o instrumento legislativo mais importante do país.

Como sabido no Direito brasileiro, existem quatro espécies de inconstitucionalidades: por ação, por omissão, material e formal. Inconstitucionalidade por ação significa fazer algo contrário à CF; por omissão é o deixar de fazer ou agir quando existe regra expressa determinando-se agir; a inconstitucionalidade formal ocorre quando o legislador viola os passos ou as etapas do procedimento legislativo;

a inconstitucionalidade material ocorre quando determinada norma constitucional recebe o confronto indevido, direto ou indireto, de uma lei ou ato administrativo.

Conhecida a base do sistema de controle de constitucionalidade, já de início, torna-se possível afirmar que uma portaria judicial que fixa horário genérico para que todas as crianças e adolescentes possam permanecer em determinados lugares e horários viola frontalmente o princípio constitucional da tripartição de Poderes da República, que determina ao Executivo a tarefa de execução das leis e das políticas públicas ou governamentais; ao Legislativo o dever de fixar em normas jurídicas as principais regras do comportamento social e ao Poder Judiciário a função precípua de julgar os conflitos sociais que lhe são apresentados, dentro das bases do devido processo legal.

É certo que, em algumas hipóteses excepcionais, os Poderes da República exercem funções atípicas, ou seja, o Judiciário legisla (atos administrativos internos dos tribunais), o Legislativo julga (nas comissões parlamentares de inquérito) e o Executivo também legisla (expedição de medidas provisórias).

Porém, em todos os casos, torna-se imprescindível verificar se existe expressa ou tácita autorização constitucional ou legislativa prévia para que o Poder Judiciário possa emitir decisões genéricas, como, por exemplo, na defesa dos interesses difusos ou coletivos de crianças e adolescentes, por força do art. 16 da Lei nº 7.347/85.

Mello (2000, p. 302) é taxativo em afirmar que somente por lei emanada do Congresso Nacional pode-se cercar a liberdade:

Só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõe obrigação de fazer e não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei [...].

Ora, sendo o direito de ir e vir tratado como direito fundamental de qualquer pessoa, independente de idade, sexo, cor, raça etc., somente por lei emanada do Congresso Nacional poderia restringir-se a liberdade do cidadão.

Observa-se que o juiz da Vara da Infância e da Juventude, no exercício de função tipicamente administrativa, pode cercear a liberdade de qualquer adolescente, desde que este tenha sido acusado da prática de ato infracional que exija a restrição de sua liberdade – função tipicamente jurisdicional e indelegável.

Porém, ao editar portaria que restrinja a liberdade sem a prévia existência de crime ou contravenção penal, usurpa função tipicamente legislativa que, excepcionalmente, abona a restrição à liberdade nas hipóteses de flagrante delito ou ordem judicial escrita e fundamentada dentro dos respectivos processos.

Portanto, por violação do princípio da teoria da tripartição de Poderes, lesão ao direito fundamental à liberdade, ausência de respeito ao devido processo legal e usurpação das funções típicas do Congresso Nacional, eventuais portarias judiciais podem ser questionadas perante o Tribunal de Justiça de cada estado-membro e perante o Supremo Tribunal Federal, tanto no controle difuso como no controle concentrado de constitucionalidade, inclusive perante o Conselho Nacional de Justiça, em virtude da caracterização do ato administrativo, nos termos do art. 103-B, §4º, da CF/88.

d) Ilegalidades das medidas administrativas

Superadas as inconstitucionalidades apontadas, observa-se que a portaria judicial também não resiste ao direto confronto com as regras e os princípios do ECA, sabidamente legislação federal, uma vez que os nobres magistrados utilizaram os parâmetros de uma lei expressamente revogada.

Assim, o equívoco na elaboração das portarias judiciais genéricas decorre da ausência de amparo legal, embora sejam utilizados desavisadamente os arts. 16, I, 148 e 149 do ECA como suportes legislativos.

Pela expressa revogação do Código de Menores pelo ECA, é evidente a ausência de regra legal permissiva de edição de provimentos ou portarias genéricas, conforme era autorizado pelo art. 8º do Código de Menores de 1979:

A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

A atenta leitura do art. 16, I, do ECA demonstra que a liberdade, em suas diversas formas, constitui direito estatutário de crianças e adolescentes, que somente pode ser contrariado nas hipóteses legais, ou seja, apreensão em flagrante, internação provisória ou definitiva.

Analizando-se com mais cuidado o art. 149 do ECA, conclui-se também que a emissão de portaria ou alvará judicial pode restringir a entrada e permanência de crianças e adolescentes – sem a companhia dos pais ou representantes legais (tutores, guardiões etc.) – em situações específicas e individualizadas no tempo e no espaço territorial, sendo restrita a interpretação do dispositivo legal, uma vez que, sendo ato administrativo, obrigatoriamente deverá restar caracterizada a autoridade competente.

Não existe, portanto, a possibilidade de regulamentação genérica de direitos e deveres de crianças e adolescentes, acompanhados dos pais ou representantes legais, exceto nas duas hipóteses do art. 149, II, *a* e *b*, do ECA, ou seja, em espetáculos públicos e seus ensaios e nos certames de beleza.

Significa dizer, a partir da leitura atenta dos dispositivos legais, que os Juizados da Infância e da Juventude não poderão mais publicar portarias genéricas, impedir o acesso e a permanência de crianças e adolescentes, por exemplo, em bailes, se acompanhados dos pais ou representantes legais, uma vez que o ECA expressamente revogou a possibilidade de emissão de portarias de cunho genérico dentro de cada comarca.

A razão é simples. É dever dos pais (pai e mãe) zelar ou cuidar dos filhos no exercício regular dos deveres inerentes ao poder familiar, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa pela entrada e permanência em locais contrários à boa formação moral dos filhos, e não mais dos Juizados de Menores, extintos desde 1990.

O ECA, o Código Penal e o Código Civil possuem regras bastante elucidativas sobre os direitos e deveres paternos. A troca da autoridade dos pais pela do juiz, além de ser um procedimento antiquado, transfere o exercício regular de um direito, em total confronto com os deveres familiares.

Na verdade, não se compreende a vontade na confecção e expedição de portarias, por serem regras de conteúdo nitidamente legislativo e de difícil produção técnica, sobretudo pelos vazios, pelas inconsistências e inconseqüências que produzem na vida social, quando as autoridades judiciárias que atuam na esfera infanto-juvenil encontram-se talhadas e, naturalmente, preparadas institucionalmente para proferirem julgamentos rápidos e objetivos em ações civis – individuais e coletivas – que lhes são submetidas, diariamente, à apreciação.

Além da ausência de permissão legal, as portarias judiciais acabam contribuindo, em tese e de forma inadvertida, para a ocorrência de diversas ilicitudes civis, penais e administrativas praticadas pelo próprio Estado.

Primeiro, como a CF e o ECA utilizaram as regras do Direito Penal para definir os atos infracionais, e os adolescentes somente poderão ser apreendidos dentro de determinado procedimento para apuração de ato infracional, cercear o direito à liberdade termina por induzir a autoridade policial a praticar o crime de abuso de autoridade, nos termos do art. 230 do ECA, uma vez que a portaria genérica não possui o poder de criar tipos penais, como dito, função precípua do Congresso Nacional.

Segundo, é de fácil percepção legislativa, porém de difícil aceitação forense, que os conselhos tutelares não são vinculados, administrativa ou hierarquicamente, aos Juizados da Infância e da Juventude e, assim sendo, não são obrigados a cumprir a respectiva portaria, embora se saiba que muitos conselheiros tutelares adoraram a edição dos atos administrativos. A autoridade judiciária poderá, no entanto, sempre que provocada, rever decisões administrativas dos conselheiros tutelares. Porém, diferentemente dos comissários de menores, que são hierarquicamente submetidos ao poder adminis-

trativo do Juizado, os conselheiros tutelares não devem receber ordens escritas ou verbais de juízes, promotores de justiça, policiais, prefeitos e vereadores, fora das hipóteses legalmente permitidas, sob pena de abuso de poder das respectivas autoridades.

Terceiro, as medidas de restrição à liberdade acabam punindo duplamente crianças e adolescentes. Apenas como exemplo, a pedofilia ocorre, na maior parte das vezes, dentro das próprias residências e é quase sempre praticada por parentes etc. Exigir o retorno da vítima à sua casa significa perpetuar a amargura pelo fato de ser vítima e, ao mesmo tempo, fazê-la retornar às mãos escondidas dos seus algozes.

Por último, é interessante questionar se as portarias judiciais conseguiriam prever todas as hipotéticas situações. Somente para exemplificar: adolescentes que trabalham nas madrugadas, nas portas das festas, bailes etc. cuidando de veículos são enquadráveis? O que deve ser feito quando a cidade não possui o programa de abrigo ou rede de proteção psicossocial ou quando os adolescentes são de outras cidades? Adolescentes vítimas de crimes, ou seja, que ingerem bebidas alcoólicas, devem ser punidos? E, como fica a punição dos donos de bares que fornecem as bebidas?

Enfim, o sistema legislativo já existe. Mais atos legislativos somente dificultariam a atuação do sistema de proteção integral. Basta cumprir a lei!

Finalizados os certos argumentos – fáticos e jurídicos – contrários ao *toque de recolher*, cristalizado em portarias judiciais, por amor ao debate, torna-se fundamental, pelo menos, colocar em dúvida a falácia dos argumentos utilizados na defesa das portarias, sempre respeitando o zelo, o esforço e a dedicação da magistratura brasileira que atua nas varas da infância e da juventude.

A primeira falácia é a de que a sociedade exige a edição de portarias judiciais. Para ter certeza da veracidade das afirmações, seria necessário divulgar aos órgãos de controle judicial e administrativo como foi obtido o consenso social: quem participou dos debates; quem esclareceu o alcance e as conseqüências das medidas; quais os meios de divulgação dos resultados; enfim, quais os meios técni-

cos ou científicos utilizados para demonstração de que determinado grupo social almeja a edição de portarias.

Na verdade, a impressão pessoal que se tem, pelo menos pelas informações disponibilizadas na imprensa nacional, é que, pressionadas por pequenos grupos sociais, determinadas autoridades judiciárias e ministeriais, sem medir as reais consequências de seus atos, sucumbem aos louros momentâneos da fama, ou seja, aos malfadados e conhecidos 15 minutos de TV.

A sociedade, em longo prazo, sabe que medidas adotadas sem maior critério jurídico e desatentas aos postulados constitucionais, mais cedo ou mais tarde, serão revistas e permanecerá, como sempre ocorre nas medidas sensacionalistas, a sensação de clara frustração e reforçadora da visão popular de que nada é feito na defesa da cidadania, sendo que existem milhares de advogados, promotores de justiça e juizes trabalhando na forma preconizada pela legislação brasileira e, mais importante ainda, com o objetivo de garantir o cumprimento do ECA.

A segunda falácia é a de que onde o toque de recolher foi instituído, em pouco tempo, diminuiu a violência infanto-juvenil. A afirmativa, além de desconsiderar todas as pesquisas científicas sobre segurança pública, visivelmente, leva em consideração apenas a percepção pessoal das autoridades envolvidas e os números oficiais da Polícia Militar ou do Conselho Tutelar.

É público e notório que os registros policiais militares não identificam nem um terço dos crimes que ocorrem nos países, inclusive no Brasil. Existe significativa quantidade de crimes, conhecidos como *cifras ocultas da criminalidade*, que não são levados aos registros policiais ou judiciais.

Várias são as razões para que os crimes não sejam registrados. As vítimas preferem o silêncio; alguns crimes não deixam provas; outros são praticados pelo próprio Estado.

Enfim, afirmar que a violência diminui pela adoção do toque de recolher merece sérias reservas.

Expostos os argumentos e contrariados os fundamentos da edição das portarias judiciais, torna-se necessário mostrar as principais soluções legais, encontradas a partir do correto e eficiente funcionamento dos sistemas protetivo e punitivo de crianças e adolescentes, muito embora os temas sejam muito mais profundos e complexos, sendo que se objetiva, tão somente, destacar que a lei brasileira é adequada e pode, se utilizada corretamente, reduzir a criminalidade de adultos e de adolescentes.

Doravante, serão detalhados, unicamente, os principais aspectos inerentes ao funcionamento da rede de proteção integral, a partir da adoção do princípio estatutário da municipalização, e o procedimento para apuração de atos infracionais, passando-se ao largo do processo penal contra adultos que violam direitos infanto-juvenis e do processo civil – individual e coletivo de proteção infanto-juvenil.

5. Rede municipal de proteção integral dos novos direitos

Visto o ECA em sua parte estrutural e após a exposição dos argumentos contrários ao *toque de recolher*, torna-se imprescindível demonstrar o que deve ser feito, a partir do material legislativo e da escassa doutrina e jurisprudência disponível.

A CF e o ECA determinaram a municipalização da política de proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Trata-se de uma clara aposta no fato de que é no território municipal que a juventude brasileira possui melhores condições de ser protegida e, ao mesmo tempo, também sofre mais de perto os nefastos efeitos das ações ou omissões da família, da sociedade e do Estado.

Assim, o cumprimento do ECA exige a cabal assunção – principalmente pelos municípios – dos compromissos legais fixados pela CF e pelo ECA.

Entretanto, no quadro geral, depois de quase vinte anos de vigência do ECA, observa-se que milhares de municípios nem sequer possuem legislação regulamentadora do novo sistema constitucional, apesar da autonomia.

Muitos daqueles que possuem legislação aprovada ainda não implantaram os conselhos (CT e CMDCA). Aqueles que possuem a lei municipal e os conselhos comunitários criados não implantaram ou não estruturaram a rede de proteção integral, sendo que no Estado de Minas Gerais foram deflagradas centenas de ações civis públicas para obrigar os municípios a elaborarem a lei, implantarem os conselhos comunitários e organizarem os programas de proteção.

A criação e o adequado funcionamento dos programas de proteção constituem uma excelente pauta de atividades nas comarcas, em vez da portaria que cria o *toque de recolher*. Aliás, a publicação de portarias judiciais deixa os municípios numa posição confortável, uma vez que é atribuída ao Poder Judiciário a solução dos problemas da juventude pobre.

Da mesma forma, as decisões colegiadas dos conselhos tutelares – quando aplicam as medidas específicas de proteção – são taxativamente descumpridas pelos poderes públicos municipais, seja pela falta, seja pela insuficiência dos programas de proteção infanto-juvenil.

Assim, critica-se a atuação do conselho tutelar quando, na verdade, o mais adequado seria cobrar dos prefeitos e das secretarias municipais a disponibilização, em tempo integral, dos programas de proteção das vítimas da violência, principalmente da violência sexual.

Sabidamente, tornaram-se obrigatórias a descentralização administrativa, a municipalização, a participação da sociedade e a criação e o funcionamento da rede de proteção integral e prioritária, com a completa implementação dos programas previstos no art. 90 do ECA, porém existe um longo e difícil caminho a ser percorrido na defesa dos novos direitos.

É importante relembrar que a falta dos programas municipais da rede integralizada, a precária atuação dos CTs e do CMDCA e a pouca participação da sociedade nos processos decisórios, ainda impregnados pela vetusta doutrina menorista, prejudicam a comunidade infanto-juvenil e violam a vontade do legislador constituinte originário e do estatutário.

Na prática diária nos juízos especializados, por conta do desconhecimento das funções do CT e do CMDCA, muitos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, que deveriam fiscalizar, acabam exercendo atividades próprias dos órgãos e das entidades públicas e privadas da rede municipal de proteção e os conselhos comunitários não recebem estímulos institucionais para agir no cumprimento de suas respectivas finalidades. Inverte-se a lógica do novo sistema garantista, uma vez que o Estado, o juiz e o promotor de justiça continuam executando atividades assistenciais, psicológicas e filantrópicas, próprias de assistentes sociais, psicólogos, pedagogos etc.

O correto funcionamento e a implementação da rede municipal excluirão da apreciação do Poder Judiciário questões próprias de outros setores da sociedade civil, realçarão as funções eminentemente jurisdicionais e, ao mesmo tempo, reforçarão a atuação do Ministério Público, do CT e do CMDCA, uma vez que permitirão que suas decisões administrativas ou resolutivas sejam integralmente implementadas, sem a necessidade do socorro às vias jurisdicionais, liberando-se o Poder Judiciário para as questões que realmente exigem a intervenção jurisdicional.

Assim, com a implantação de todos os programas municipais, será possível permitir que o Poder Judiciário, em vez da publicação de portarias, canalize seus esforços e recursos administrativo-jurisdicionais para sua finalidade específica: decidir com a necessária presteza os conflitos – individuais e coletivos – que lhe são submetidos à apreciação, que já são bastantes.

Antes da discussão judicial ou administrativa, nos casos de lesão ou eventuais ameaças a direitos, observa-se que o ECA, como visto, além de determinar a municipalização do atendimento, também obrigou a criação da rede municipal integralizada de proteção, fato facilmente percebido a partir da atenta leitura do seu art. 90.

O dispositivo legal trata de dois tipos de programas que devem ser desenvolvidos, obrigatoriamente, dentro de cada município. Os primeiros incisos têm conteúdo nitidamente preventivo, ou seja, fixam as regras e os princípios de ação protetiva com o objetivo da

reinclusão social, econômica e jurídica das famílias na sociedade. Os três finais têm conteúdo claramente repressivo, uma vez que estabelecem as formas de cumprimento das medidas socioeducativa. A completa operacionalização do sistema exige, portanto, a criação dos programas fixados no art. 90 do ECA, segundo SÊDA (2004).¹¹

O primeiro – programa de orientação e apoio sociofamiliar – tem como objetivo prestar atendimento e tratamento social, psicológico, jurídico e pedagógico às famílias carentes e que necessitem dos serviços da rede, em qualquer dia e horário, sempre que caracterizado o *estado de necessidade social*.¹² A idéia do programa concentra-se na disponibilização de recursos humanos e materiais ou meios de proteção das crianças e adolescentes vitimizadas pelo abandono familiar, maus-tratos, uso de drogas, trabalho e prostituição infantil, crimes etc.

É o programa municipal adequado para que as famílias sejam orientadas em seus direitos e deveres básicos, na busca da sadia qualidade de vida, ou seja, em vez do sistema de Justiça e da polícia, as famílias deveriam receber ajuda e proteção de advogados, psicólogos e assistentes sociais, inclusive nas residências, se necessário.

O segundo – programa de apoio socioeducativo em meio aberto – objetiva a proteção das crianças e dos adolescentes que apresentem dificuldades diversificadas nas escolas, sobretudo em relação à falta de vagas, evasão escolar, qualidade do ensino e à própria violência ou rebeldia nas escolas. A base do programa centra-se no apoio à sociedade infanto-juvenil naquilo que concerne à sua formação profissional e intelectual no ambiente escolar – público ou privado.

¹¹ Seja para concordar ou discordar, a leitura do prof. Edson Seda, quem participou das discussões relativas à criação do ECA deveria ser obrigatória para quem atua nas varas da infância e juventude.

¹² Estado de necessidade social significa, para Edson Seda, a situação de milhões de crianças sem acesso à escola, à saúde, vítimas da prostituição, do trabalho infantil e de crimes cometidos por adultos. Ao invés da repressão, as vítimas deveriam receber proteção integral. As crianças e as famílias em estado de necessidade social são duplamente vitimizadas. Primeiro, pelo crime; segundo, pelo tratamento desumano que recebem nas estruturas administrativas de muitos municípios brasileiros.

A repetência, a expulsão e a violência escolar recebem poderoso antidoto administrativo e poderão ser erradicadas ou pelo menos haveria diminuição da incidência dos principais problemas escolares com a implantação do programa. Novamente, advogados, psicólogos e assistentes sociais prestariam indispensável apoio às escolas brasileiras, dentro de um programa coordenado e organizado pelo município.

O terceiro – programa de colocação familiar – tem como missão preparar as famílias-substitutas, organizar o sistema de tutela, guarda e adoção e, além disso, fazer o acompanhamento dos pretendentes ou inscritos à adoção judicial. Trabalha com todas as formas e mecanismos capazes de impedir ou pelo menos reduzir a institucionalização das crianças e dos adolescentes em abrigos, orfanatos, casas-lares etc.

Sua implantação impediria a demora ou a desistência nos processos de adoção judicial, uma vez que as famílias seriam orientadas sobre seus futuros deveres e direitos e, a longo prazo, pelo menos, reduziria o número de crianças institucionalizadas em abrigos, que, em vez de um lugar e/ou espaço físico, deveriam constituir um programa de proteção.

O quarto – programa de acolhimento institucional – objetiva ser um espaço físico gerenciado pela municipalidade em conjunto com a sociedade civil, com o escopo de abrigar – de forma temporária e excepcional – crianças e adolescentes que necessitem de imediato socorro ou proteção, antes da urgente inclusão em família substituta ou o posterior retorno à família biológica.

Infelizmente, em decorrência da continuidade da política menorista, as medidas de abrigo, que deveriam ser excepcionais e temporárias, tornaram-se definitivas e mantêm intacto o perverso processo de institucionalização de crianças e de adolescentes pobres, que, destituídos do poder familiar, não têm acesso a famílias-substitutas ou outros programas de reinserção social nos termos da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.

Os demais programas – liberdade assistida, semiliberdade e internação – servem para que os adolescentes condenados pela Justiça

da infância e da juventude cumpram adequadamente as medidas socioeducativas fixadas nas decisões judiciais. Possuem cunho repressivo e visam punir, recuperar ou reintegrar na sociedade, os adolescentes praticantes de ato infracional.

Para lograr êxito na implantação da rede municipal de proteção integral, o processo coletivo brasileiro, especialmente pelo uso das ações civis públicas capitaneadas pelo Ministério Público, segundo Almeida (2003, p. 460-465), pode ser uma excelente forma de proteção dos novos direitos infanto-juvenis, ao lado das ações administrativas dos conselhos tutelares e das decisões colegiadas dos conselhos de direitos.

No plano jurisdicional, é possível, portanto, mediante a instauração de inquéritos civis e, se necessário, pela rigorosa utilização das ações civis públicas, exigir dos municípios que cumpram suas funções sociais e administrativas, determinadas pelo art. 88 do ECA e 204 da CF.

Nesse aspecto, é preciso reconhecer, ainda, uma certa timidez do Ministério Público brasileiro no uso das ações civis públicas, se frustradas as tentativas de solução negociada, com o objetivo de exigir a implantação de todos os programas de proteção juvenil.

Talvez, se fossem ajuizadas mais ações coletivas, certamente os adeptos das portarias teriam condições de dar uma resposta à altura dos anseios coletivos da sociedade.

Antes da portaria judicial que cria o *toque de recolher*, salvo melhor juízo, seria de fundamental importância exigir do município, do estado, do Distrito Federal e da União, seja pela educação política para a cidadania, seja pelas ações individuais e ações coletivas, com pedidos de obrigação de fazer, nos termos do art. 213 do ECA, que produzam políticas públicas suficientes e necessárias para reverter a dramática situação de milhões de crianças e adolescentes.

O Supremo Tribunal Federal, por voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no RE Agr 410.715/SP, relativo à disponibilização de

creches para crianças de zero a seis anos de idade, reconheceu a responsabilidade dos municípios e a importância do cumprimento do ECA e da CF.

Enfim, com crianças nas escolas, pais responsáveis e programas e instituições funcionando corretamente, em pouco tempo, o Brasil seria considerado um país de primeiro mundo, em vez do eterno país em desenvolvimento.

6. Rede punitiva dos atos infracionais

O ECA não trouxe impunidade ou somente direitos para a juventude brasileira. Parece difícil à opinião pública e a parte dos operadores do Direito perceber, mas existe um rigoroso sistema de apuração da prática de atos infracionais, que, em muitos casos, é mais severo do que o sistema de Justiça criminal, conforme defende Almeida (2003). Somente para recordar, não se aplicam, nas apurações da prática de atos infracionais, os possíveis benefícios das Leis dos Juizados Especiais Criminais aos adolescentes apreendidos em flagrante delito.

Ora, se em determinada cidade brasileira, segundo as pesquisas locais ou o gosto individual das respectivas autoridades, existe o aumento da criminalidade praticada por adolescentes, apenas pela aplicação da legislação estatutária e da CF e, acima de tudo, pelo reforço da educação para a cidadania será possível iniciar o caminho da reversão dos principais problemas.

É preciso lembrar que parte da doutrina penalista discute os reais benefícios do uso exclusivo dos paradigmas penais para resolver os problemas da criminalidade em quaisquer de suas vertentes. Ultrapassando-se as correntes mais radicais, ou seja, a da total exclusão do Direito Penal da ordem jurídica e, em sentido oposto, a do Direito Penal do Inimigo, entende-se como mais viável, tecnicamente, nos estreitos limites do presente trabalho, aquela que defende possíveis punições criminais, ou seja, aplicação das medidas socioeducativas, desde que de acordo com as garantias constitucionais relativas aos direitos fundamentais de quaisquer acusados, inclusive adolescentes.

Mais grave ainda é o fato de que crianças e, sobretudo, adolescentes negros são muito mais vítimas do que autores de infrações penais no Brasil, muito embora sempre seja alardeado o fato de que aumenta a violência juvenil, que, reconheça-se, é preocupante; porém, muito mais terrível é a violência praticada contra a juventude brasileira. Assim, antes do *toque de recolher*, alguns passos, ações ou medidas governamentais e administrativas são necessários; porém, ainda não foram implementados, nem sequer iniciados na maior parte do Brasil.

Duas características podem ser apontadas no sistema criminal. Em relação aos adultos que cometem crimes contra crianças, predomina evidente impunidade. Somente para se ter uma idéia, em relação aos crimes sexuais no Brasil, seguramente menos de 1% dos criminosos é punido. Aqueles que são processados e condenados, em decorrência da frouxidão da lei penal, em menos de dois anos, retornam às famílias, sem que tenham sido tratados em clínicas médicas ou acompanhados por equipes psicossociais.

De outro lado, o sistema administrativo de proteção das vítimas de crimes não possui eficiência comprovada. O sistema é desarticulado, omissivo e, muitas vezes, pelo tratamento inadequado dispensado, ocorre o fenômeno da dupla vitimização. Portanto, o infrator da lei penal não recebe a devida punição e a vítima é esquecida no processo penal e, na esfera psicossocial, não passa de mais um número.¹³

No tocante à apuração dos atos infracionais, a omissão dos estados-membros e dos municípios é patente, ou seja, o Poder Judiciário julga e condena, porém, os adolescentes não cumprem as medidas socioeducativas. Enfim, estabelecidas as principais críticas, alguns passos ou medidas políticas governamentais são necessários.

Primeiro, para atacar a violência praticada pelos adolescentes, torna-se imprescindível que sejam criadas delegacias de polícia, de-

¹³ Uma publicação da ABRAPIA (Associação brasileira multiprofissional de proteção à infância e adolescência) – 3. ed., Petrópolis: RJ: Autores&agentes&Associados, 2002 – trata a dramática situação das vítimas de crimes sexuais. Um dado é assustador; durante uma vida, um pedófilo ativo em média abuse de 260 crianças ou adolescentes.

fensorias públicas, promotorias de justiça e juizados especializados na exclusiva apuração de atos infracionais. Muitas cidades possuem apenas uma autoridade da respectiva carreira jurídica para cuidar de tudo – da briga de vizinhos ao homicídio qualificado – e, objetivamente, não possuem as mínimas condições de atuar com a eficiência e a operosidade desejada.

Apenas como reforço de convencimento, admitida a hipótese de que todos os atos infracionais fossem registrados e fossem então iniciados os procedimentos apuratórios, em pouco tempo, o sistema de apuração sofreria colapso, em virtude da falta de pessoal e de condições de trabalho, sobretudo nas principais capitais brasileiras, que não possuem estrutura e condições nem para atender as demandas relacionadas a procedimentos que envolvem maiores de idade.

Assim, a primeira ação objetiva consiste em obter lotação mínima de pessoal e condições adequadas de trabalho, fato que, infelizmente, passa ao largo das discussões populares e das portarias, pois é muito mais difícil do que determinar a apreensão de jovens das periferias e das pequenas cidades brasileiras.

A segunda ação seria a seleção de profissionais vocacionados para a atuação específica na esfera infanto-juvenil, que exige o domínio de aspectos básicos de vários ramos do Direito, sobretudo do Direito Penal e do Processo Penal, além dos fundamentos do Direito Constitucional.

Numa área do Direito essencialmente técnica, formatada num inteligente microssistema jurídico, ainda é comum a idéia de que no Direito Menorista não é necessária a utilização dos fundamentos do Direito, fato que sempre afastou os profissionais mais capacitados. Como tudo pode ser resolvido pela Justiça menorista, que não precisava respeitar as regras do Direito Material e do Direito Processual, torna-se desnecessário especializar o operador do Direito.

Felizmente, a própria formatação do ECA modificou radicalmente o sistema ao cristalizar os fundamentos constitucionais, circunstância que exige a especialização, sob pena de retrocessos históricos, como da adoção do *toque de recolher*.

Portanto, a vocação para o trabalho de proteção, a especialização jurídica dos componentes da rede bem como a vocação natural para as ações na rede constituem aspectos essenciais na defesa da infância e da juventude.

Ultrapassadas as difíceis questões relativas à quantidade e à qualidade dos operadores do Direito, de nada adianta uma atuação escorregadia de todos se o estado-membro e os municípios não criarem e implantarem os programas punitivos, desde a reparação de danos civis até a medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 112 do ECA.

A doutrina divide as responsabilidades governamentais em duas vertentes. Nas medidas socioeducativas em meio aberto, é do município a responsabilidade (reparação de danos, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida). Já as medidas em meio fechado (semiliberdade e internação) são de responsabilidade de cada estado-membro da federação.

No entanto, os regimes ou programas de prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, quando existem nos municípios, normalmente, repetem os mesmos equívocos do regime aberto para adultos, ou seja, são sistemas de autêntica impunidade, em que a maior punição, normalmente, consiste em assinar um livro no fórum ou numa delegacia de polícia.

Na maior parte das vezes, embora a doutrina infanto-juvenil demonstre que as medidas socioeducativas em meio aberto sejam as melhores e as mais eficientes, na prática, pelos menos nas cidades de menor porte populacional, quando existem, são programas municipais improvisados e sem nenhuma chance de se obter a promoção social dos adolescentes. Ora, se programas fossem criados corretamente em todos os municípios da federação e cumpridos, de acordo com as orientações do ECA, certamente, reduziriam em muito a notória sensação de impunidade juvenil.

Assim, a edição da portaria judicial, além de reduzir a importância da atuação dos municípios na aplicação das medidas socioeducati-

vas, dificulta a discussão necessária sobre a eficiência dos programas em meio aberto.

No meio fechado, sob a responsabilidade dos estados-membros, são raros aqueles que criaram ou implantaram o regime de semiliberdade. Equivalente ao regime semi-aberto dos adultos, constitui uma utopia na maior parte do Brasil.

As internações determinadas pelo Poder Judiciário não são cumpridas por falta de vagas ou, muitas vezes, são cumpridas em cadeias, penitenciárias, inclusive com maiores e adolescentes juntos, em alguns casos, de sexos diferentes, como recentemente noticiado nos estados do Pará e do Espírito Santo.

Será que as cidades brasileiras que decretaram o *toque de recolher*, antes do alarme da situação, preocuparam-se em criar as condições para o adequado e eficiente funcionamento dos sistemas protetivo e punitivo?

Novamente, é importante destacar: o CMDCA, os conselhos tutelares e o Ministério Público podem, dentro de suas respectivas atribuições, cobrar ações mais objetivas do estado-membro e do município na obrigatória implantação do sistema punitivo.

Na linha final, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é obrigatória a instalação dos centros de internação para adolescentes, sendo paradigmática, pelo alcance, a decisão do Ministro-Presidente Gilmar Mendes no pedido de Suspensão de Liminar nº 235-0, Comarca de Araguaína – TO. A decisão da Corte Constitucional indicou, de forma clara, objetiva e didática, que os estados-membros devem cumprir o ECA e a CF no plano punitivo infanto-juvenil.

Enfim, ultrapassados os aspectos preventivos, torna-se fundamental implantar o sistema punitivo para adolescentes, sempre de acordo com a lei.

7. Conclusão

À guisa de conclusão, o presente tópico será dividido em duas partes complementares.

Inicialmente e de forma exemplificativa, serão expostas as sínteses das principais ações sociais, administrativas e judiciais que poderiam ser utilizadas antes do *toque de recolher*.

Em seguida, serão abordados os aspectos inerentes à exclusão das portarias judiciais do atual ordenamento jurídico, através das ações educativas, administrativas e judiciais cabíveis.

A primeira ação relativa às duas situações deve ser educativa. A exigência básica para o começo da discussão é a atenta leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente. De nada adianta discutir o tema da violência infanto-juvenil e a implantação das redes de proteção sem o conhecimento básico da lei e de seus fundamentos históricos.

A segunda ação, que decorre do conhecimento básico dos sistemas – preventivo e punitivo –, reside na implantação da rede integrada de proteção e na implementação do sistema punitivo relativo aos atos infracionais, além da criação da justiça especializada, tanto no tocante à situação do adolescente como autor de ato infracional quanto em relação aos crimes praticados contra crianças e adolescentes.

A terceira ação consiste na deflagração de ações judiciais, individuais ou coletivas, seja pelos eventuais interessados ou pelo Ministério Público, com a utilização dos fundamentos previstos na Lei nº 7.347/85 e na Lei nº 8.069/90, na linha desenvolvida por Almeida (2008).

A utilização das regras e dos princípios do processo coletivo brasileiro traduz-se numa etapa importantíssima e inadiável para a proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

A prova inequívoca das poucas ações coletivas, particularmente das ações civis públicas, reside no baixo número de matérias ou temas relativos à infância e juventude que, até hoje, chegou ao Supremo Tribunal Federal, apesar dos mais de vinte anos da entrada em vigor da CF/88. Ademais, pelo menos em dois casos paradigmáticos, o STF deu uma resposta adequada, ou seja, acatou as teses de que é do município a responsabilidade pela adoção de providências para que nenhuma criança

fique fora da escola e destacou a obrigatoriedade legal de os estados-membros cuidarem das medidas socioeducativas em meio fechado.

Além das ações civis públicas, o STF reconhece que o Ministério Público dispõe de atribuição para, através de sindicância, nos termos do art. 201, VII, do ECA, investigar crimes praticados contra crianças e adolescentes, conforme o HC nº 82.865-5-GO, da lavra do Ministro-Relator Nelson Jobim.

Do mesmo modo, reexaminando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda se observa a diminuta quantidade de ações judiciais que discutem a validade dos fundamentos do ECA, apesar de quase vinte anos de sua entrada em vigor.

A ausência de uma jurisprudência mais robusta e sedimentada, em que pese a copiosa doutrina nacional, pode ser fruto da pequena quantidade de ações judiciais ou decorre da massificação da elaboração dos termos de ajustamento de conduta?

Malgrado os esforços, pelo menos aparentemente, dada a falta de pesquisas científicas, inclino-me à idéia de que precisamos ser muito mais arrojados na defesa dos direitos infanto-juvenis. No entanto, o tema admite intensa discussão, sobretudo científica.

Porém, antes das ações judiciais, é importante o estímulo à elaboração dos termos de ajustamento de conduta (TAC) dos agentes públicos à lei, uma vez que o ECA é desconhecido e, por isso, muitas vezes descumprido, sobretudo pelos integrantes das administrações públicas estaduais, municipais e federais, sendo que a utilização criteriosa dos TACs reduziria a carga de processos judiciais, e atingir-se-iam mais rapidamente os objetivos da proteção integral e da prioridade absoluta.

Já existe aparente pacificação doutrinária e ainda alguma discussão jurisprudencial, embora já contemos com excelentes decisões do STF, principalmente em relação às ações judiciais coletivas, no sentido de exigir que os municípios implementem todas as etapas e cumpram as fases das medidas e dos programas de proteção, bem como providenciem a organização e o funcionamento das medidas administrativas para punição dos adolescentes em meio aberto. Da mesma forma, contamos com sábias decisões do STF no sentido de exigir que os estados-membros implementem as medidas administrativas para o fun-

cionamento do sistema fechado de punição para adolescentes e que as decisões judiciais, do primeiro ao último grau recursal, coloquem em prática os fundamentos das recentes reformas do processo civil, especialmente, com a melhor utilização da tutela específica, relativas às obrigações de fazer e não fazer contra os poderes públicos.

A aceitação das teses da reserva do possível, do poder discricionário da administração pública e da excessiva judicialização das políticas públicas, além de descumprir os paradigmas da Constituição Federal, também serve como válvula de escape para a omissão ou ação indevida do Estado brasileiro, bem como para a permanência dos problemas vividos pela juventude brasileira e a pouca eficiência ou criação dos programas governamentais de proteção.

Em resumo, antes do *toque de recolher*, observou-se que o sistema administrativo e judicial de proteção dos novos direitos fundamentais das crianças e adolescentes possui um longo, difícil e lento caminho a percorrer e, acima de tudo, primariamente conhecido de todos, principalmente daqueles que atuam no sistema de proteção infanto-juvenil.

Aceitos argumentos de que o *toque de recolher* é ilegal e inconstitucional, o que deve ser feito? Primeiro, sem nenhuma dúvida, deve haver intensa discussão acadêmica e ação educativa no sentido de demonstrar o retrocesso histórico e garantir que as portarias sejam revogadas, de ofício, na difícil missão de reconhecer o equívoco histórico e que pode ser cometido por quaisquer autoridades.

Segundo, deve-se levar a discussão para o plenário do conselho municipal de direitos, autoridade competente para discutir e estabelecer as políticas públicas de proteção e punição de adolescentes, para que, através de resoluções, sejam fixadas as regras da proteção infanto-juvenil local.

Terceiro, individualmente, deve-se utilizar o *babeas corpus* sempre que qualquer criança ou adolescente sentir-se ameaçado no seu direito de ir e vir.

Quarto, com representação administrativa na Corregedoria-Geral de Justiça e do Ministério Público, respectivamente, em virtude do abuso de poder decorrente da expedição de portarias ilegais.

Quinto, deve-se noticiar os fatos ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público para o exercício do controle administrativo.

Sexto, deve-se propor ação civil pública anulatória de ato administrativo de efeitos concretos, utilizando os paradigmas do controle difuso de constitucionalidade.

Finalmente, torna-se fundamental, apesar das ações indevidas que de tempos em tempos ressurgem, como o exemplo do abominável *toque de recolher*, dos avanços e retrocessos naturais de uma democracia que se forma na vida diária do cidadão, sempre acreditar, como diz a música popular, que: “*amanhã será um novo dia*” e parafrasear Carlos Drummond de Andrade no sentido de que “*é preciso tirar a pedra do meio do caminho, pois no meio do caminho tinha uma pedra*”, que viola a liberdade das crianças e adolescentes.

8. Referências bibliográficas

ABRAPIA. *Do marco zero a uma política pública de proteção à criança e ao adolescente*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito material coletivo: superação da Summa Divisio: Direito público e Direito privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANDI, CONANDA, UNICEF. *Ouvindo conselhos: democracia participativa e direitos da infância na pauta das redações brasileiras*. Série Mídia e Mobilização Social, n. 8. São Paulo: Cortez, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Juruá, 2005.

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

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BELOFF, Mary; MENDEZ, Emílio Garcia (Org.). *Infância, lei e democracia na América Latina*: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção internacional sobre os direitos da criança – 1990-1998. Blumenau: EDUFURB, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORBA, Maria Rosi de Meira. O duplo processo de vitimização da criança abusada sexualmente: pelo abusador e pelo agente estatal, na apuração do evento delituoso. *Jus Navegandi*, Teresina, a.6, n. 59, out. 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 02 set. 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHAMBOULEYRON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil quinhentista. In: DEL PIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

CIPOLA, Ari. *O trabalho infantil*. São Paulo: Publifolha, 2001. (Série Folha Explica).

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORREA, Cláudia Peçanha; GOMES, Raquel Salinas. *Trabalho infantil*: as diversas faces de uma realidade. Petrópolis: Viana & Mosley, 2003.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiene Rose Petry. *Trabalho infantil*: a negação de ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

DEBARBIEUX, Eric; BLAYA, Catherine. *Violência nas escolas*: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

DEL PIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

_____. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: _____. (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel*: A infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil. 11. ed. São Paulo: Ática, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: a criança no Direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Ivanilda. *Políticas públicas e realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 24. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Marcos César (Org.). In: *História social da infância no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HECKMAN, James. O bom de educar desde cedo. *Revista Veja*. São Paulo: Abril, ed. 2116, ano 42, n. 23, p. 21-25. 10 jun. 2009.

HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

IOSCHPE, Gustavo. *A ignorância custa um mundo: o valor da educação no desenvolvimento do Brasil*. São Paulo: Francis, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. Trad. Walter Stonner. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizetti; CYRINO, Público Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da criança e do adolescente*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Processo penal juvenil: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; SOUSA, Sônia M. Gomes (Org.). *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*. Goiânia-GO: Casa do Psicólogo, 2004.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a Constituição Federal?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MARCÍLIO, Maria Luíza. *História social da criança abandonada*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.

MARSHALL, T. A. *Cidadania, classe social e status*. Trad. Meton Porto Gadelha. Zahar: Rio de Janeiro, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Liberdade, respeito, dignidade*. Brasília: Governo do Brasil, 1991.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTANER, Carlos Alberto; MENDONZA, Plínio Apuleyo; LLOSA, Álvaro Vargas. *Manual do perfeito idiota latino-americano*. Trad. Rosemary Moraes e Reinaldo Guarany. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e Adolescência: *uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufcs.br/arquivos/infancia-e-adolescencia>>. Acesso em: 20 mar. 2004.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PILOTTI, Francisco; Rizzini, Irmã. (Org.). *A arte de governar crianças: A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência urbana*. São Paulo: Publifolha, 2003. (Série Folha Explica).

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2004.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. Rio de Janeiro: Amaiz, 1997.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Loyola, 2004.

SALTER, Anna C. *Predadores, pedófilos, estupradores e outros agressores sexuais: quem são, como agem e como podemos proteger a nós mesmos e nossos filhos*. Trad. Antônio Francelino de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2009.

SANDERSON Christiane. *Abuso sexual em crianças: fortalecendo pais e professores para proteger crianças e abusos sexuais*. Trad. Frank de Oliveira. São Paulo: M. Books, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÊDA, Edson. *A criança e o prefeito estadista: guia do estatuto da criança e do adolescente para prefeitos municipais e sua equipe*. Rio de Janeiro: Adês, 2002. Disponível em: <<http://members.tripod.com.br/edsonseda>>. Acesso em: 10 jan. 2004.

_____. *A criança e o fiel da balança: a solução de conflitos segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Adês, 2004. Disponível em: <<http://members.tripod.com/edsonseda/criancafiel2.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2008.

SHARGEL, P. Franklin, SMINK Jay. *Estratégias para auxiliar o problema de evasão escolar*. Trad. Luiz Frasão Filho. Rio de Janeiro: Dunya, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: RT, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais*. Trad. Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

TAVARES, Patrícia. Os Conselhos dos direitos da criança e do adolescente. In: CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Resumo oficial da situação da infância*, 2003. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

_____. *Situação da Infância e da Adolescência Brasileira 2009*. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

VERONESE, Joseane Rose Petry. Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIANNA, Guaraci. *Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Artigo enviado em: 30/07/2009

Artigo aprovado em: 14/06/2010

INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO EM RAZÃO DE DÉBITO ALIMENTAR

GRACIELLY MARTINS PARREIRA PORTO

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: Fez-se a análise de uma decisão judicial que determina a inscrição do nome de um devedor de prestações alimentícias em cadastros de proteção ao crédito, tais como o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e SERASA (Centralização dos Serviços dos Bancos S. A.), demonstrando-se a necessidade e a eficácia de decisões jurisprudenciais nesse sentido, tendo em vista a atual realidade social em que alguns devedores de prestações alimentares não pagam o débito nem mesmo mediante a prisão civil.

PALAVRAS-CHAVE: inadimplimento de débito alimentar; negativação; cadastros de proteção ao crédito.

ABSTRACT: Analysis was made of a judicial decision that determines the entry of the name of a debtor in food supply records of credit protection, such as SPC and SERASA, demonstrating the necessity and effectiveness of court decisions in this direction in order to current social reality in which some borrowers do not pay maintenance payments flow through even the civil prison.

KEY WORDS: default output of food; negativity; records of credit protection.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Decisão jurisprudencial a ser comentada. 3. Comentários à decisão jurisprudencial. 3.1. Prestação alimentar e dignidade da pessoa humana. 3.2. A necessidade de negativação do nome do devedor de alimentos, apesar dos argumentos de rompimento do segredo de Justiça. 3.3. A eficácia da inscrição no

SPC e SERASA no adimplemento das obrigações alimentares. 3.4. Responsabilidade subsidiária do Ministério Público na requisição de negativação do nome do executado em ações de pensão alimentícia. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Tendo em vista a incidência de decisões judiciais acerca da negativação do nome do executado em ações de execução de alimentos perante os órgãos de proteção ao crédito, a discussão sobre tal assunto torna-se cada vez mais necessária.

Será analisada uma decisão jurisprudencial proferida no Estado de São Paulo que decide a favor da negativação do devedor alimentar, demonstrando-se que as prestações alimentares têm plena relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a inscrição em cadastros de proteção ao crédito uma das medidas tomadas para se garantir a existência digna do incapaz.

Será demonstrado que a inscrição no SPC e SERASA não atenta contra o princípio da intimidade do devedor e, mesmo se o fizesse, tal princípio deveria ser relativizado em razão da necessidade de se assegurar a dignidade da criança.

Por fim, analisar-se-á como o Ministério Público pode atuar face à inércia do representante legal do menor e de seu procurador constituído em requerer a inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito.

Objetiva-se, assim, demonstrar que tal procedimento é um meio necessário e eficaz para diminuir a inadimplência alimentar.

2. Decisão jurisprudencial a ser comentada

AGRAVO DE INSTRUMENTO 990.10.088.665-7, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante TAINÁ DE MELO OLIVEIRA (MENOR REPRESENTADA), sendo agravado AILTON BATISTA DE OLIVEIRA: ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime: 'DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO', de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

1. Agravo de instrumento interposto tempestivamente pela credora da ação execução de alimentos, insurgindo-se contra a r. decisão de fls. 19, que indeferiu a inscrição do nome do alimentante no SPC e SERASA. Alega a agravante que está passando por situação de penúria, diante da ausência de auxílio do alimentante, sobretudo porque a genitora da menor é pessoa simples, que empreende grandes esforços para sustentar sozinha a filha. A seguir, disse que o agravado está-se ocultando, tendo, inclusive, sido citado por hora certa, o que demonstra que pretende fugir das suas obrigações. Continuando, expôs que, a fim de garantir maior celeridade para o recebimento dos alimentos, postulou a expedição de ofícios ao SPC e ao SERASA para inscrição do nome do devedor de alimentos em seus cadastros, por se tratar de medida de caráter coercitivo para que o executado apareça e cumpra sua obrigação, com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil. Prosseguindo, declarou que a providência requerida é mais favorável até mesmo para o executado, se comparado com a prisão. Afinal requer a concessão do efeito suspensivo, bem como o provimento do recurso, reformando a decisão agravada, permitindo, assim, a expedição de ofícios ao SPC e ao SERASA para inscrição do nome do alimentante nos seus cadastros. Processado o agravo com a concessão do efeito suspensivo, fls. 84. Sem contraminuta, fls. 90. O Ministério Público apresentou parecer opinando pelo provimento do recurso, fls. 91/92.

É o relatório.

2. A régia decisão agravada merece reforma. Inicialmente, cumpre esclarecer que existe convênio entre a Corregedoria-Geral de Justiça e o SERASA, por conseguinte, a simples distribuição de uma ação já possibilita que a entidade de proteção ao crédito tenha conhecimento do ocorrido, ante o acesso direto ao distribuidor judicial.

A jurisprudência assim entende: 'Dano moral. Indenização. Apointamento do nome da autora junto ao Serasa em razão da existência de ação de execução que foi promovida pelos requeridos. Restrição. Comunicação feita pelo Cartório de Distribuição Judicial diante do convênio firmado. Função equiparada à de registro público. Inadimplência confessada. Resgate do débito que só ocorreu após a requerente ter sido citada na referida ação. Ônus da retirada do apontamento. Possibilidade de o devedor retificar os dados (art. 43, § 3º) interpretado de forma lógico-sistemática com o art. 4º, da Lei Federal nº 9.507/97 e analogicamente com o art. 26, da Lei Federal nº 9.492/97 (qualquer

interessado). Produção de prova oral. Desnecessidade diante das provas constantes dos autos. Responsabilidade Civil que não restou configurada. Sentença mantida. Apelação não provida.' (Apelação nº 7.362.342-2. Relator Desembargador Maia da Rocha. Trigesima Oitava Câmara de Direito Privado. J. 05-08-2009).

'Apelação. Dano moral. Inclusão dos nomes dos apelantes no SERASA. Reativação de processo executivo no sistema do Tribunal de Justiça. Distribuidor que comunica, automaticamente, ao órgão certos tipos de demanda. Convênio do TJSP e SERASA. Restrição que correspondia à realidade dos fatos. Sentença mantida. Recurso desprovido.' (Apelação nº 7.309.721-3. Relator: Des. Maurício Ferreira Leite. Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado. J. 27-05-2009). *Mutatis mutandis*, pode, sim, a dívida do alimentante ser inscrita no SPC e no Serasa, haja vista que se é permitido o mais, ou seja, a prisão do devedor de alimentos, é possível, antes disso, a inscrição do seu nome em razão da sua inadimplência em face da agravante. Desta forma, utiliza-se de um modo coercitivo menos gravoso para o alimentante, quem sabe, assim, por vias transversas, manifesta-se nos autos.

3. Com base em tais fundamentos, dá-se provimento ao agravo de instrumento. O julgamento teve a participação dos Desembargadores TEIXEIRA LEITE (Presidente sem voto), FRANCISCO LOUREIRO e ÊNIO SANTARELLI ZULIANI.

São Paulo, 12 de agosto de 2010.

3. Comentários à decisão jurisprudencial

3.1. Prestação alimentar e dignidade da pessoa humana

Observa-se que o direito do menor em perceber alimentos está intimamente ligado ao seu direito de possuir uma existência digna, com suas necessidades básicas atendidas por aqueles que têm obrigação de prover seu sustento, pois o menor ainda não tem condições do provê-lo por si.

Quando um de seus genitores, no caso, aquele que é responsável por prestar alimentos, deixa de fazê-lo, o menor fica com o sustento arcado apenas por um deles, o que, na maioria das vezes, não é o bastante para arcar com todos os custos de uma existência digna tais como alimentação, vestuário, saúde, educação e lazer.

Tendo em vista que há uma grande incidência de pessoas que não possuem consciência da necessidade e obrigatoriedade de contribuir com sua parte para o sustento do menor, surge cada vez mais a necessidade de se adotarem meios mais eficientes de coagir o devedor alimentar a adimplir sua dívida, momento em que a inscrição de seu nome em órgãos como SPC e SERASA mostra-se como um meio a mais a infligir essa coação ao executado e a garantir um mínimo de dignidade quanto à sobrevivência da criança.

3.2. A necessidade de negatificação do nome do devedor de alimentos, apesar dos argumentos de rompimento do segredo de Justiça

Há aqueles que sustentam que as ações da vara de família tramitam em segredo de Justiça e que a negatificação do nome do devedor quebra esse segredo; entretanto, há de se ressaltar que o direito à intimidade do devedor não se sobrepõe ao direito à dignidade do alimentando.

Destaca-se, ainda, que a inscrição do nome de um devedor alimentar em débito com a pensão do próprio filho no SPC não implica a divulgação de dados do processo ou do alimentando envolvido, apenas publica ao comércio e afins que o genitor deve pensão alimentícia, coagindo-o, mediante mais um meio constrangedor, a cumprir uma obrigação que ele deveria cumprir espontaneamente e com a consciência de que é dever dos genitores auxiliar material e emocionalmente o(s) próprio(s) filho(s).

Constata-se que tanto o SPC quanto o SERASA utilizam-se das informações públicas existentes em distribuidores judiciais para abastecer seus bancos de dados, verificando que tal inclusão não viola o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, o qual, embora se refira ao termo ‘consumidor’, não faz qualquer distinção quanto à natureza do débito inscrito.

Ademais, apesar de a natureza da informação acerca de débitos alimentares não constituir caráter público, em decorrência do segredo de Justiça, tal medida se faz necessária exclusivamente mediante ordem judicial, a qual determina que tal informação seja sucinta, de forma que manifeste apenas a existência de uma execução em nome do devedor, perante juízo, sem informações detalhadas acerca do tipo de ação judicial, resguardando-se a intimidade do devedor, apesar de relativizar a intimidade do devedor em razão da dignidade do menor.

3.3. A eficácia da inscrição no SPC e SERASA no adimplemento das obrigações alimentares

A inscrição do nome do devedor na lista de maus pagadores é uma ferramenta que pode pressionar o inadimplente a pagar a pensão alimentícia, pois a pessoa pode ter restrições bancárias, ser impedida de abrir empresas, além de correr o risco de não ter o cartão de crédito renovado.

Para alguns, ter o nome negativado e ser impedido de abrir contas bancárias ou adquirir cartões de crédito consistem uma privação e um constrangimento grande, além de acarretar prejuízo significativo à vida social, e, na medida em que se sentem ameaçados de serem impedidos de ter crédito no comércio, são compelidos a adimplir a dívida alimentar.

Quando o devedor recebe renda por meio de economia informal, quando não há desconto em folha, ou se a inadimplência não gera recolhimento à prisão, quer em razão de estar foragido ou de já haver expirado o prazo da prisão civil, a negativação do nome perante os órgãos de proteção ao crédito torna-se o único meio eficaz para compelir-lo a prover a sua parte no sustento da criança, já que tal indivíduo não tem a devida consciência de que o próprio filho precisa de sua ajuda.

Verifica-se atualmente que o crédito é um bem importantíssimo para o cidadão, pois a maior parte da população não dispõe de recursos para comprar tudo o que precisa mediante pagamentos à vista, muito menos aquele que afirma não poder adimplir o débito alimentar, sendo assim, a negativação do nome do devedor de prestações alimentícias se torna uma tentativa a mais para se chegar ao objetivo de diminuir tal inadimplência.

A inclusão do nome do devedor de alimentos no cadastro de maus pagadores é um meio necessário a mais para tentar aliviar o sofrimento dos credores, unindo-se a outras medidas na tentativa de se resgatar a moralidade da cobrança eficaz.

Na medida em que o inadimplente alimentar se vir restrito quanto à concessão de crédito bancário ou à renovação do cartão de crédito, ou mesmo ficar impossibilitado de abrir uma empresa e ter

um título protestado por dívida de alimentos, com certeza se terá a produção de um efeito impactante na vida do devedor, tendo em vista que, infelizmente, a prisão civil não mais assusta grande parte das pessoas que estão em débito com sua prole.

A inserção como mau pagador é uma forma de forte coação até maior do que a prisão civil, porque o devedor terá de fato problemas de crédito em sua vida pessoal e certamente isso estimulará as composições e levará à diminuição de tal tipo de inadimplência.

3.4. Responsabilidade subsidiária do Ministério Público na requisição de negativação do nome do executado em ações de pensão alimentícia

Faz-se necessário ressaltar a responsabilidade de o Ministério Público requerer a negativação do inadimplente frente aos órgãos de proteção ao crédito, tais como SPC e SERASA, quando a parte credora não o fizer.

Observa-se que o art. 127 da Constituição Federal determinou que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático *e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Dentre os interesses sociais e individuais indisponíveis está o da dignidade da pessoa humana, em especial do filho impúbere, que depende de ambos os genitores para prover suas necessidades básicas.

Quando o representante legal do menor, por intermédio de seu procurador, não requer a inscrição do executado nos cadastros de proteção ao crédito, o Ministério Público, visando zelar pela dignidade do menor e pelo interesse do incapaz em ter suas necessidades básicas atendidas o mais rápido possível e da forma mais eficiente que estiver a seu alcance, tem a obrigação de suprir a inércia do representante legal do menor.

Sendo assim, existe a necessidade de o Ministério Público, mediante a atuação na defesa dos interesses do menor – que muitas vezes não são defendidos de forma eficaz por seu representante legal e/ou por seu procurador –, bem como na proteção da dignidade da criança, requerer a inscrição do executado nos cadastros do SPC e do SERASA.

4. Conclusão

É lamentável que os tribunais tenham que buscar alternativas para compelir o genitor de uma criança a arcar com sua parte no sustento do próprio filho, mas infelizmente algumas pessoas não possuem a consciência de que aquele que coloca o filho no mundo tem o dever de ampará-lo material e emocionalmente.

Entretanto, como a realidade social demonstra, cada vez maior é a incidência de pessoas que não se importam em desamparar uma criança que delas depende e não mais se assustam com a prisão civil em razão de dívida das prestações alimentícias, constatando-se que a inscrição do nome de tal tipo de devedor em cadastros de proteção ao crédito não é apenas um meio a mais de compelir o genitor da criança em ampará-la, mas também um meio extremamente necessário.

Como se verificou, não se trata de querer afrontar a intimidade do executado, mas sim de se assegurar a dignidade do menor, a qual, infelizmente, em muitos os casos, só será atendida caso seu genitor seja impedido de obter crédito bancário ou de fazer compras parceladas no comércio em razão da negativação de seu nome no SPC ou no SERASA.

Nesse contexto, verificou-se que a atuação do MINISTÉRIO PÚBLICO mostra-se não apenas necessária, mas imprescindível quando, além de tudo, existe a inércia do representante legal do menor.

Conclui-se que a inserção do nome do executado nos cadastros de proteção ao crédito configura-se um meio a mais para compeli-lo a adimplir seu débito, tornando-se cada vez mais necessário frente à crescente perda da eficácia da prisão civil.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 21 mar. 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAGRASTA, Caetano. Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgãos de proteção ao crédito. In: Tribunal de Justiça de São Paulo, Seção de Direito Privado. Texto enviado para divulgação pelo DESEMBARGADOR CAETANO LAGRASTA, na qualidade de Presidente da Coordenadoria de Estudos, Planejamento e Acompanhamento de Projetos Legislativos, publicado pela *Revista Brasileira de Direito e Sucessões* – IBDFAM, abr.-maio 2010, p. 104-110. Disponível em: < <http://www.tj.sp.gov.br> >. Acesso em: 21 mar. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

6

Direito Coletivo

Artigo

Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

DIREITO COLETIVO

ARTIGO

AS FORÇAS ARMADAS E A GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

EMERSON GARCIA

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça, Assessor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa, Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Universidade, Membro da International Association of Prosecutors (The Hague – Holanda).

RESUMO: O aumento da violência nos grandes centros urbanos constantemente evidencia a ineficiência dos órgãos de segurança pública e realimenta o debate em torno da utilização das Forças Armadas na defesa da ordem pública interna. A análise realizada busca demonstrar a forma de efetivação dessa medida e a sua excepcionalidade, já que um aparato voltado ao combate e, *ipso facto*, à eliminação do inimigo, não está ontologicamente vocacionado ao policiamento ostensivo e à repressão à criminalidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: defesa da paz; Forças Armadas; ordem pública; polícia administrativa; segurança pública.

ABSTRACT: The increase of violence in the large urban centers constantly evidences the inefficiency of the public security bodies and nourishes the discussion about the utilization of Armed Forces in the defense of the internal public order. One aspires to demonstrate the form of accomplishment of this measure and its exceptionality, since a body utilized for combat and, *ipso facto*, to the elimination of the enemy, is not ontologically prepared to ostensible policing and to the repression of the civil criminality.

KEY-WORDS: Defense of peace; Armed Forces; public order; administrative police; public security.

SUMÁRIO: 1. Aspectos introdutórios. 2. Polícia administrativa. 3. Contornos essenciais da ordem pública. 4. A defesa da paz e a funcionalidade da força pública. 5. A sistemática legal para o emprego das Forças Armadas. 6. Epílogo. 7. Referências bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

A linha evolutiva do Estado de Direito, marcada por períodos de instabilidade institucional e uso abusivo da força, culminou com o surgimento da dicotomia entre poder militar e poder civil. A subordinação de um ao outro no âmbito da organização política permite que se fale, conforme o caso, em regime militar ou em regime civil, com distintos reflexos na subsistência da própria democracia. Os Estados contemporâneos, em sua grande maioria, adotam regimes civis, cabendo normalmente ao Chefe de Estado o controle das Forças Armadas, com maior ou menor influência do Parlamento ou de outros órgãos colegiados (*v.g.*: Conselho de Defesa).¹

¹ No direito francês, o Presidente da República é o *chefe das armadas*, presidindo os conselhos e comitês superiores de defesa nacional (Constituição de 1958, art. 15), colegiados que tomam as decisões mais relevantes nessa matéria: enquanto a segunda atribuição se dilui nas deliberações dos referidos órgãos, a primeira apresenta maior importância, o que é realçado pelo Decreto de 12 de junho de 1996 (antecedido pelo Decreto de 14 de janeiro de 1964), que conferiu ao Presidente da República a competência exclusiva de utilizar a força nuclear. Apesar do título *chef des armées*, as limitações impostas ao Presidente da República levaram Duverger (1948, p. 338) a afirmar, ainda sob a égide da Constituição de 1946, que se tratava “[...] de um humor muito saboroso, embora involuntário”. O Primeiro-Ministro é o responsável pela defesa nacional, devendo coordenar a preparação e a execução das medidas a serem adotadas (Constituição de 1958, art. 21). As forças armadas, a exemplo da administração, estão à disposição do governo (Constituição de 1958, art. 21). Ver: Prélot e Boulois (1987, p. 719; 752); Pannetier (1985); Leclercq (1987, p. 591-592) e Hamon; Troper e Burdeau (2001, p. 559-560). No direito italiano, o Presidente da República, Chefe de Estado (*Capo dello Stato*), preside o Conselho Supremo de Defesa, órgão meramente consultivo, e detém o *alto comando* da *forze armate* (Constituição de 1947, art. 87, n° 9), mas não possui qualquer poder de direção efetiva para o seu emprego concreto em operações militares específicas. As decisões de natureza político-administrativa são tomadas pelo Governo, com a apresentação de relatórios informativos ao Chefe de Estado e possibilidade de responsabilização perante a Câmara Legislativa. Ver: Di Ruffia (1989, p. 491, notas 31 e 32; p. 341); Di Celso (2002, p. 471). No direito espanhol, o Rei possui o “[...] *mando supremo de las Fuerzas Armadas*”

Não parece haver dúvidas quanto à constatação de que o princípio democrático, delineado pela participação popular na escolha dos governantes e pela contínua renovação do poder, é de todo incompatível com o regime militar. Afinal, não há democracia sem liberdade, e regimes militares, de forma nitidamente antagônica, são caracterizados pelo uso da força ou pela manipulação do sistema de modo a afastar o pluralismo político, o que inevitavelmente conduz à tentativa de perpetuação de um indivíduo ou de um grupo no poder.

Princípio democrático e regime militar, em verdade, encerram premissas antinômicas, não sendo possível a sua coexistência, conclusão clara na medida em que inexistem mecanismos aptos a apurar a responsabilidade daqueles que controlam a força e estão no poder graças a ela.² A força armada, como assinalou Benjamin Constant (1872, p. 106), não é um poder constitucional, mas é um *terrível* poder de fato.

(Constituição de 1978, art. 62, h), poder que, como assinalam Balager e outros (2003, p. 432), apresenta “[...] *dimensão mais simbólica que real*”. Em verdade, cabe ao Ministro da Defesa e, acima dele, ao Presidente do Conselho de Ministros, a direção da política militar e de defesa, observada a legislação de regência e com assessoramento da *Junta de Defesa Nacional* e da *Junta de Jefes de Estado Mayor*. No direito norte-americano, o Presidente é o *Comandante Supremo* (*Commander in Chief*) do Exército e da Marinha, isto sem olvidar a milícia, força civil somente utilizável em situações de emergência e que teve papel decisivo na Guerra de Independência (Constituição de 1787, art. II, Seção 2; e Segunda Emenda de 1791); a omissão à Aeronáutica é justificável na medida em que o avião ainda não havia sido inventado à época da promulgação do texto constitucional. O objetivo dos *framers*, como anota Hamilton (O Federalista nº 69), era atribuir ao Presidente uma posição um pouco superior à de um Primeiro General ou Almirante, mas inferior à do Rei inglês, que podia declarar a guerra, bem como recrutar e regulamentar a Armada, competências que seriam do legislativo (vide Constituição de 1787, art. I, Seção 8). Em 1866, a Suprema Corte declarou que os Poderes do Presidente alcançavam, apenas, “[...] o comando das forças e da condução das campanhas” (*Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2, 139, 1866). Posteriormente, passou-se a entender que a *Commander in Chief Clause* alcançava tudo o que fosse inerente à autoridade marcial que o Presidente deve possuir. Ver: Tribe (2000, p. 657-658); Willoughby (1938, p. 641-661); Madison (1993, p. 435-436; 1990, p. 993). Sobre os poderes do Presidente norte-americano na guerra contra o terrorismo, vide Chemerinsky (2006, p. 376-385). No direito brasileiro, como veremos, o Presidente da República exerce o *comando supremo* (na verdadeira acepção da expressão) das Forças Armadas, mas a declaração de guerra depende de aprovação do Congresso Nacional (Constituição de 1988, arts. 49, II; 84, XIII; e 142, *caput*).

² Como afirmou Ferreira Filho (2006, p. 240), “[...] não há bombeiros para apagar o fogo que bombeiros atearam e atizam”.

Não obstante os riscos que oferece, praticamente todos os regimes democráticos têm feito uso do poder militar, o que, por vezes, tem se mostrado especialmente relevante na garantia da soberania e na preservação do próprio regime. O importante, no entanto, é que o poder militar não abandone o seu papel coadjuvante, subjugando o poder civil. Além da imposição de restrições operacionais, afastando a possibilidade de atuação de ofício e exigindo a subordinação a agentes democraticamente legitimados, já se sustentou, inclusive, que o contingente das Forças Armadas deveria ser periodicamente renovado. Montesquieu (1949, p. 172-173), por exemplo, defendia que as Forças Armadas deveriam ser o povo e ter o mesmo espírito do povo, o que exigia a responsabilidade por seus atos e um serviço temporário, por prazo não superior a um ano. Esse padrão, à evidência, dificilmente poderia ser alcançado por Estados que contem com grande contingente, o que inviabiliza renovações periódicas de tamanha extensão. Enfraquecer a organização e a especialização das Forças Armadas, por outro lado, não parece ser a melhor solução para mantê-las subordinadas ao regime.

O melhor caminho, ao que parece, é investir na solidez das instituições democráticas, estimulando a ideologia participativa de modo a criar um ambiente sociopolítico infenso a rupturas. Com isto, as Forças Armadas prestarão um relevante serviço para a preservação da paz no próprio território brasileiro, medida de caráter excepcional e que será objeto de algumas reflexões nessas breves linhas. Para tanto, analisaremos alguns aspectos do poder de polícia estatal e da concepção de ordem pública que lhe é inerente, premissas que serão integradas à funcionalidade da força pública no Estado de Direito, permitindo verificar em que situações será possível o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem.

2. Polícia Administrativa

A *polícia administrativa*, também denominada *poder de polícia* ou *limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, não possui contornos propriamente finalísticos, mas instrumentais, estando essencialmente voltada à garantia da ordem pública (ou inte-

resse público³). Não designa propriamente uma estrutura orgânica, mas, sim, uma atividade que impõe restrições à esfera jurídica alheia de modo a preservar a harmônica coexistência do grupamento e a permitir que o Estado execute as atividades que lhe são características. Num Estado de Direito, essa tensão dialética entre liberdade e autoridade deve ser sempre resolvida com os olhos voltados à advertência de Waline (1963, p. 637): “[...] a liberdade é a regra, a restrição por medidas de polícia a exceção”.

Na identificação das estruturas estatais de poder competentes para o exercício da polícia administrativa, deve ser observada a divisão de competências da Federação brasileira. Essa atividade pode assumir contornos preventivos ou repressivos: no primeiro caso, o objetivo é prevenir distúrbios à ordem pública, fim normalmente alcançado com a regulamentação administrativa de certas matérias e com a fiscalização de atividades potencialmente lesivas; no segundo, por sua vez, busca-se reprimir os distúrbios à ordem pública, o que é alcançado por meio da coerção, inclusive com o uso da força pública.⁴ Como consequência dessas atividades, ainda será possível a aplicação das sanções cominadas pela ordem jurídica. Regulamentação, fiscalização e coerção são as formas de manifestação da polícia administrativa.

A existência do poder regulamentar está associada à concepção de que outras estruturas estatais de poder podem especificar, com imperatividade, as providências a serem adotadas para a integração ou o aperfeiçoamento dos comandos legais postos pelo legislador democraticamente legitimado. Como disse Chapus (p. 649): “Se não há senão um único legislador, há uma pluralidade de detentores do poder regulamentar”. Trata-se de manifestação especial do princípio da legalidade, permitindo concluir que o *facere* estatal pode assumir contornos concretos, o ato administrativo típico, ou gerais, aqui se enquadrando o regulamento.⁵ A generalidade é uma característica indissociável dos regulamentos, apontando para a impes-

³ Código Tributário Nacional, art. 78.

⁴ Ver HAURIU, 1932, p. 549.

⁵ MAYER, 1903, p. 115-116.

soalidade dos seus comandos.⁶ Observados os balizamentos estabelecidos pela lei, os regulamentos podem impor restrições à esfera jurídica alheia, exigindo a prática de atos comissivos (*v.g.*: definindo requisitos de ordem sanitária a serem observados pelos estabelecimentos que comercializem gêneros alimentícios) ou omissivos (*v.g.*: obstando a venda de produtos que não observem as especificações sanitárias). No âmbito da polícia administrativa, os regulamentos, como dissemos, assumem contornos eminentemente preventivos.

A fiscalização, como instrumento preventivo de proteção à ordem pública, ocupa uma zona intermédia entre a regulamentação e a coerção. Em outras palavras, reflete a atividade administrativa que verifica o cumprimento dos comandos legais e regulamentares, e, em caso de inobservância, adota as providências necessárias, quer à imediata cessação da ilicitude, o que faz incidir a coerção estatal, quer ao sancionamento dos respectivos responsáveis, o que pode ocorrer nas instâncias cível, criminal, política e administrativa, nesse último caso com a aplicação das denominadas “*sanções de polícia*” (*v.g.*: multa). Existem, ainda, atos administrativos intimamente ligados à atividade fiscalizatória desenvolvida pelo Poder Público, indicando a observância das normas legais e regulamentares incidentes no caso (*v.g.*: a concessão de licença ou autorização para o exercício de certa atividade).

A coerção, em sentido lato, pode ser vista como um mecanismo de execução forçada dos atos administrativos, isto em relação àquelas situações que comportem providências dessa natureza (*v.g.*: apreensão de mercadorias comercializadas sem autorização legal), não quanto às demais (*v.g.*: atos meramente declaratórios). A partir da auto-executoriedade inerente aos atos administrativos, que independem de chancela por outro Poder,⁷ permitindo que a Administração os implemente tão logo identifique a presença dos requisitos legais que os justifiquem, são adotadas as medidas necessárias à sua efetividade. É importante ressaltar que não se identifica uma linearidade entre os sistemas jurídicos quanto à matéria, havendo grandes oscilações sobre a possibilidade de execução forçada dos

⁶ WALINE, 1963, p. 117.

⁷ Ver: MEDAUAR, 2001, p. 155; CARVALHO FILHO, 2006, p. 74.

atos administrativos (*v.g.*: enquanto o direito espanhol⁸ a reconhece como princípio geral, o direito francês só a admite em situações específicas, expressamente previstas em lei⁹).

Nem toda situação de fato ou ato voluntário dissonante da lei permitirá que a Administração Pública promova a sua execução forçada (*v.g.*: a satisfação de créditos da Fazenda junto aos particulares). Num Estado Democrático de Direito, atos dessa natureza devem estar necessariamente amparados pela lei, sendo de todo descabida a realização de intervenções na esfera jurídica alheia à margem de qualquer balizamento estabelecido pelo órgão legislativo competente. A lei, assim, há de definir as ações ou omissões a cargo do administrado e a amplitude da coerção estatal (*v.g.*: o Código de Águas, em seu art. 33, autoriza a apreensão de equipamento de pesca de uso proibido).¹⁰ À míngua de previsão normativa, ainda que a medida seja conveniente, a tutela jurisdicional, em regra, será imperativa. Em situações excepcionais e que exijam ação imediata da Administração para a proteção de relevante interesse público, a coerção, estando caracterizada a urgência, é igualmente admitida, ainda que não haja previsão legal expressa e não seja possível assegurar o contraditório e a ampla defesa de modo prévio (*v.g.*: demolição de construção prestes a ruir).¹¹ Nesse último caso, sobre a Administração recairá o ônus argumentativo voltado à demonstração da correção do seu proceder, arcando o responsável com os excessos que venha a cometer.

Assim, apesar da autoexecutoriedade que acompanha os atos administrativos, sendo inerente à regra de competência e à presunção de veracidade que ostentam, a coerção exige um *plus*. Para que a

⁸ Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2004, p. 782-784.

⁹ Ver: WALINE, 1963, p. 641.

¹⁰ Como afirmam Garcia de Enterría e Fernández (ano, p. 793), “[...] la coacción administrativa es, por de pronto, como ya nos consta, una manifestación jurídica de la Administración y por ello resulta sometida a la misma regla de la legalidad que las restantes manifestaciones de la misma. Esa legalidad, como en todos los casos, ha de habilitar la acción administrativa, definir una potestad de obrar (aquí de obrar coactivamente forzando o supliendo voluntades ajenas) más o menos amplia, pero nunca ilimitada”.

¹¹ Ver: GASPARINI, 2006, p. 77-78; 135 e PINHEIRO MADEIRA, 2000, p. 51 e seg.

coerção administrativa seja cabível é necessário que (1º) o comportamento omissivo ou comissivo a cargo do particular decorra, ainda que mediatamente, de imposição legal; (2º) haja inobservância dessa imposição legal; e (3º) estejam presentes, no exercício do poder de polícia, os requisitos de todo e qualquer ato administrativo (competência, forma etc.), em especial que a providência adotada pela Administração, além de necessária (*rectius*: proporcional¹²), encontre amparo na lei “[...] *em seu objeto, em seu alcance e em seu procedimento*”¹³ (v.g.: interdição de estabelecimento). O ato de coerção, além disso, deve render estrita obediência aos direitos fundamentais, em especial o direito à igualdade, evitando que grupos específicos sejam perseguidos ou privilegiados com a ação do Poder Público, isto sob pena de caracterização do desvio de finalidade.

A coerção, como forma de manifestação da polícia administrativa, reflete o emprego da força para a obtenção de um dado resultado de fato (v.g.: apreensão de mercadorias), que pode consubstanciar a execução forçada de atos administrativos ou de normas jurídicas direcionados a esse objetivo. A dicotomia aqui referida, no entanto, deve ser objeto de um prévio esclarecimento: toda coerção será antecedida por uma decisão administrativa, ainda que verbal e não reduzida a termo, que aproximará a abstração da previsão normativa às especificidades do caso concreto, concluindo pela necessidade de consecução de um fim (*rectius*: recomposição da ordem pública) a ser racionalmente alcançado. Conquanto o ato administrativo sempre se faça presente na coerção, num caso assume a feição de simples *ordem de execução*, refletindo reação instantânea a uma situação de fato dissonante do comando normativo; no outro, tem-se o fluxo normal de um processo administrativo formal, com teses e antíteses, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.¹⁴

Nas hipóteses de cumprimento de ordem judicial, a situação é diversa.¹⁵ Aqui não se tem um ato de natureza administrativa, mas órgãos administrativos garantindo a efetividade de um ato judicial.

¹² Ver: LAUBADÈRE, 1963, p. 513.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2004, p. 793.

¹⁴ Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2004, p. 790.

¹⁵ Ver: HAURIU, 1932, p. 578.

A polícia administrativa, aliás, não se confunde com a polícia judiciária, atividade voltada à apuração das infrações penais e que busca viabilizar a sua persecução judicial, atuando como órgão auxiliar do *dominus littis* da ação penal, do Ministério Público ou, se for o caso, do particular, e, num segundo momento, do órgão jurisdicional competente.¹⁶ Acresça-se que a polícia administrativa atua voltada para si própria, ainda que sua atividade possa vir a balizar a apuração de responsabilidades na esfera criminal. Polícia administrativa e polícia judiciária, conquanto sejam atividades distintas, podem ser realizadas pelos mesmos agentes e estruturas orgânicas: o ponto nodal de distinção entre ambas é a existência de uma *infração penal determinada*.¹⁷ Além disso, enquanto a primeira é regida por normas puramente administrativas, a segunda também é alcançada por normas processuais administrativas.¹⁸

Enquanto a regulamentação e a fiscalização possuem um caráter continuado, a coerção é eminentemente temporária, deixando de existir tão logo cesse o distúrbio à ordem pública que motivou o seu aparecimento. Essa tensão dialética entre um *status* contínuo e outro temporário guarda correlação direta com os conceitos de eficácia e efetividade da norma: enquanto a regulamentação e a fiscalização devem ser deflagradas só com a vigência do comando normativo, a coerção exige um *plus*, a sua inefetividade, a sua falta de eficácia social.

A forma mais drástica de coerção, não só pelos riscos que enseja, como por sua potencialidade lesiva, é aquela realizada com o emprego de armas de fogo, a carga da força pública. A coerção armada é medida excepcional, último recurso a ser utilizado. Não há liberdade para o seu emprego; há necessidade.¹⁹ Liberdade haverá, unicamen-

¹⁶ Ver: HAURIUO, *ano*, p. 549; CHAPUS, *ano*, p. 737; e WALINE, *ano*, p. 639.

¹⁷ CHAPUS, *ano*, p. 737.

¹⁸ VER: GASPARINI, *ano*, p. 132.

¹⁹ Convenção Européia dos Direitos Humanos, art. 2º: “A morte não será considerada infringida com infração do presente artigo quando se produza como consequência de um recurso à força que seja absolutamente necessário: a) em defesa de uma pessoa contra uma agressão ilegítima; b) para deter uma pessoa de acordo com o direito ou para impedir a evasão de um preso ou detido legalmente; c) para reprimir, de acordo com a lei, uma revolta ou insurreição.”

te, para que o agente público, iluminado por ideais morais ou teológicos, não obstante, compelido pelas circunstâncias e colocando em risco sua própria integridade física, deixe de utilizá-la para preservar a integridade alheia. Caso a ação armada resulte em danos a terceiros, restará ao autor demonstrar a presença de uma das excludentes de antijuridicidade contempladas na legislação penal.

3. Contornos essenciais da ordem pública

A concepção de ordem pública, cuja preservação é o fim último da polícia administrativa, assume feições nitidamente voláteis, apresentando variações que acompanham os referenciais de tempo e lugar utilizados. Sob o prisma etimológico, o designativo ordem, do latim *ordine*, sempre estará associado ao conceito de correção, que pode ser analisado em diversos planos, como (1) o normativo, onde ordem se assemelha à lei (ordem jurídica), ou o (2) sociológico, onde ordem aponta para a paz e a tranqüilidade públicas (ordem pública).

Na medida em que tanto a realidade social, como a normatização utilizada para regulá-la, são extremamente cambiantes, apresentando variações conforme a época e o local objeto de análise, é fácil intuir que a essência da ordem pública não permanecerá indiferente a esses circunstancialismos, não sendo uniforme e muito menos invariável. Na definição de Hauriou (1932, p. 549), “[...] a ordem pública, no sentido da polícia, é a ordem material e exterior considerada como um estado de fato oposto à desordem, o estado de paz oposto ao estado de problemas”. Reprime-se o que afeta a ordem, protege-se ou tolera-se o que não a perturba.

No direito francês, a concepção de ordem pública é tradicionalmente formada pela necessidade de manutenção da segurança, da tranqüilidade e da salubridade públicas,²⁰ o que pouco a pouco vai se ampliando para alcançar a salvaguarda de outros interesses de indiscutível relevância para a coletividade, como o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural,²¹ ou, mesmo, a dignidade da pessoa

²⁰ Ver: LAUBADÈRE, 1963, p. 506.

²¹ Ver: CHAPUS, p. 705-706.

humana ou a própria *ordem moral*, vedando a realização de condutas que as afetem.

Especificamente em relação à dignidade da pessoa humana, merece lembrança o polêmico caso *Commune de Monsang-sur-Orge (lancers de nain)*, em que o Conselho de Estado francês decidiu que ela deveria ser vista como componente da ordem pública, justificando que os poderes constituídos adotassem as providências necessárias à sua proteção.²² Na situação concreta, o Prefeito de *Monsang-sur-Orge* havia interditado os espetáculos de *lançamento de anão* que seriam realizados nas discotecas da referida cidade, tendo tomado sua decisão não com base no poder de polícia especial relativo aos espetáculos, mas com base no poder de polícia geral, que se destinava a garantir a segurança do público ou a prevenir eventuais turbações à ordem pública. O Prefeito, no entanto, fundamentou sua decisão no fato de o espetáculo ser atentatório à dignidade humana.

Apesar de a ordem pública ser associada à clássica trilogia segurança, tranquilidade e salubridade públicas (alcançando, em alguns casos, também a moralidade pública), o Conselho de Estado, pela primeira vez, enquadrou a dignidade humana no conceito. Entendeu-se que o lançamento de anão pelos freqüentadores da discoteca terminava por utilizar, como projétil, uma pessoa afetada por uma deficiência física e apresentada como tal. Assim, a redução do homem à condição de objeto seria manifestamente degradante e atentatória à sua dignidade.²³

A ordem pública, num sentido mais amplo, alcança não só aquele estado de fato imprescindível à preservação da paz social (*v.g.*: garantia da segurança pública), como aquelas situações que aumentam a comodidade ou a qualidade de vida do grupamento, fins a serem sempre perseguidos pelo Estado (*v.g.*: proibição de comércio

²² J. em 27/10/1995, *Rec. Lebon*, p. 372.

²³ MOUTOUH (1999, p. 159; 187-188), no entanto, após colocar em dúvida o enquadramento do *lancer de nain* como atentatório à dignidade humana, adverte para o risco de considerações de moralidade pública tornarem prevalecentes as próprias concepções morais da autoridade competente, com sério risco para a liberdade individual. No mesmo sentido: JEROIN, 1999, p. 224-231.

ambulante na via pública). Em alguns casos, pode alcançar medidas que busquem proteger o indivíduo contra si próprio (*v.g.*: a obrigação do uso do cinto de segurança), evitando resultados que mediatamente poderiam afetar a coletividade (*v.g.*: despesas financeiras para o atendimento de acidentados e manutenção de hospitais).

A polícia administrativa está voltada ao restabelecimento da ordem material, com abstração das causas de natureza político-social que podem ter influenciado a sua formação (*v.g.*: situações de pobreza extrema, políticas públicas equivocadas *etc.*). Não deve ser motivada por interesses financeiros do Poder Público,²⁴ ou pessoais da autoridade competente, isto sob pena de caracterização do desvio de finalidade.

Cada quadrante da ordem pública será objeto de proteção por órgãos específicos. Naquilo que diz respeito ao nosso estudo, vale dizer, à segurança pública, identifica-se a atuação dos órgãos de segurança pública e, subsidiariamente, das Forças Armadas. Não obstante a terminologia empregada pela Constituição brasileira de 1988, que admite o emprego das Forças Armadas, no âmbito interno, para a proteção da *lei e da ordem*, cremos que a primeira é absorvida pela segunda, sendo possível falar em *ordem jurídica* ou em *ordem pública*. Considerando que a ordem jurídica está finalisticamente voltada à garantia da ordem pública, parece claro que esta última noção absorverá todas as demais.

4. A defesa da paz e a funcionalidade da força pública

O primeiro dever de qualquer governo é a defesa da paz, que deve ser compreendida em seu sentido lato, abrangendo tanto a paz interior, como a paz exterior.²⁵ A análise das situações de risco e do *status* do opressor permite afirmar que a força pública possui quatro objetivos fundamentais: (1) defender a soberania brasileira, garantindo suas fronteiras e reprimindo o inimigo externo; (2) atuar no cumprimento das obrigações internacionais, de caráter militar, assumidas pelo País; (3) defender a ordem interna em situações de anormalidade institu-

²⁴ Ver: WALINE, 1963, p. 642-643.

²⁵ Ver: HAURIOU, 1929, p. 421.

cional e (4) defender a ordem interna em situações de normalidade institucional. Os três primeiros objetivos devem ser outorgados, primordialmente, à força pública permanente militar, que é justamente a força armada ou simplesmente armada, e o último à força permanente civil,²⁶ função que pode ser desempenhada por agentes meramente administrativos ou por agentes armados, atribuição que recai, nesse último caso, sobre os órgãos de segurança pública.

A atuação das Forças Armadas na garantia das fronteiras e na repressão ao inimigo externo são atribuições que emergem de sua própria *ratio essendi*. As profundas mutações verificadas na sociedade internacional, pautadas na concepção de coexistência pacífica entre os povos, culminaram com a abolição do *jus belli* (*direito à guerra*), legitimado pelo direito internacional clássico e que, constantemente, integrava a pauta das relações externas dos Estados mais fortes. O argumento de que o direito à guerra refletia mera projeção da soberania estatal, integrando-se às competências discricionárias do Estado, que poderia fazer uso das armas sem qualquer preocupação em justificá-lo, mostrou-se especialmente preocupante com o aumento da força lesiva dos artefatos de guerra.²⁷ Daí as construções voltadas à distinção entre guerras justas e injustas, ofensivas e defensivas. Após a Primeira Guerra Mundial, prevaleceu a concepção de que o uso da força deveria ser precedido de uma causa de justificação (*v.g.*: a legítima defesa), bem como que uma organização internacional, a Sociedade das Nações, sucedida pela Organização das Nações Unidas, desempenharia um papel primordial na resolução dos conflitos. O Pacto de Paris, conhecido como Briand-Kellog, de 27 de agosto de 1928, condenou o recurso à guerra para a solução dos conflitos internacionais e vedou a sua utilização como instrumento de política nacional.²⁸

²⁶ Ver: DUGUIT, 1911, p. 410.

²⁷ REUTER, 1973, p. 358-360.

²⁸ A sedimentação de uma ideologia pacifista é especialmente percebida na Constituição japonesa de 1946 (art. 4º), em que o Constituinte, além de renunciar à guerra *como direito soberano da nação*, afastando qualquer *ameaça ou uso de força como meio de solucionar litígios internacionais*, vedou *a manutenção de forças de terra, mar e ar com aquele objetivo*.

A segunda forma de atuação das Forças Armadas está relacionada ao cumprimento de obrigações internacionais de natureza militar assumidas pelo País, que podem derivar imediatamente de tratados ou convenções internacionais de natureza bilateral ou multilateral ou decorrer de deliberações adotadas por alguma organização internacional de que faça parte. É nesse último contexto que se inserem as operações de manutenção da paz mantidas pela Organização das Nações Unidas, utilizadas com frequência apesar da ausência de qualquer referência na Carta da ONU. São formadas por combatentes cedidos por alguns Estados membros e buscam alcançar a paz e a segurança internacionais influenciando na não deflagração ou na cessação de uma disputa armada.²⁹

A terceira forma de atuação das Forças Armadas é essencialmente voltada ao âmbito interno, manifestando-se em situações de anormalidade institucional.³⁰ As Constituições modernas costumam autorizar a imposição de limitações aos direitos fundamentais em decorrência de graves crises institucionais, com a correlata necessidade de se atribuírem poderes reforçados aos órgãos de soberania: os poderes do órgão executivo são ampliados e a divisão entre as funções estatais atenuada, tudo com o objetivo de assegurar a *paz pública*.³¹ Daí se falar em *estado de sítio*,³² *estado de defesa*,³³ *es-*

²⁹ Ver: MOTA DE CAMPOS, 1999, p. 291-296.

³⁰ No direito português, a atuação das Forças Armadas no âmbito interno somente é admitida quando decretado o estado de sítio ou o estado de emergência (art. 275, 7, da Constituição de 1976). No entender da doutrina, “[...] fora disso, estariam em perigo tanto o papel institucional das Forças Armadas, como o princípio do Estado de Direito democrático (como a experiência histórica, portuguesa e de outros países, demonstra, são regimes autoritários e totalitários que se servem das Forças Armadas para, em nome da segurança interna, se perpetuarem)” (MIRANDA; MEDEIROS, 2007, p. 684). Sobre a materialização desse perigo na realidade brasileira, vide: (RIBEIRO BASTOS; ROCHA. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, p. 241).

³¹ HAURIOU, 1929, p. 705.

³² Constituição brasileira de 1988, art. 139; portuguesa de 1976, art. 19, 6; espanhola de 1978, art. 55, 1; francesa de 1958, art. 36; e moçambicana de 2004, art. 282.

³³ Constituição brasileira de 1988, art. 136, § 1º; e moçambicana de 2004, art. 282; bem como a *Grundgesetz* alemã de 1949 (art. 115a).

tado de emergência,³⁴ estado de exceção³⁵ e estado de urgência³⁶. Os poderes emergenciais, como anota Loewenstein, poderiam ser considerados *atributo natural* do governo, utilizáveis sempre que uma crise institucional delineasse um quadro sociopolítico distinto daquele que direcionou a elaboração da ordem jurídica.³⁷ No entanto, como construções desse tipo contribuíram para que Estados democráticos se transmudassem em arbitrários e ditatoriais (vide o famoso art. 48 da Constituição de Weimar, que consagrava o *Notrecht* – direito de emergência –, permitindo que o Presidente do *Reich* suspendesse direitos fundamentais sem autorização prévia do parlamento³⁸), sua utilização passou a ser precedida de grande cautela, inclusive com a previsão de mecanismos parlamentares e judiciais de controle. Poderes excepcionais que são, como tais hão de ser exercidos. São meios de garantia constitucional, não de ruptura, devendo manter-se adstritos aos delineamentos traçados na Constituição, sempre com o objetivo de preservar o Estado e o regime político vigente.³⁹

³⁴ Constituição portuguesa de 1976, art. 19, 6.

³⁵ Constituição espanhola de 1978, art. 55, 1.

³⁶ O estado de urgência encontra-se previsto numa lei francesa de 3 de Abril de 1955, decidindo o Conselho Constitucional no sentido de sua recepção pela Constituição de 1958 [*Décision* nº 85 -187 DC, de 25/01/1985 (*Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*), *Recueil*, p. 43, JO de 26/01/1985, p. 1137]. Como principal linha argumentativa, aduziu o Conselho que o art. 34 da Constituição autoriza o legislador a impor restrições ao exercício dos direitos fundamentais. A decisão foi analisada por: (FAVOREU; PHILIP 2003, p. 620-632). Vide, ainda, (PRELÔT; BOULOUIS, 1987, p. 882. A Constituição francesa de 1958 (art. 16) também prevê a possibilidade de o Presidente da República instituir um regime de exceção, passando a dispor de poderes excepcionais, inclusive o de limitar os direitos fundamentais. Ver: FAVOREU, 2002, p. 137.

³⁷ *Political Reconstruction*, New York: The Macmillan Company, 1946, p. 322.

³⁸ Constituição de Weimar, art. 48: “[...] se no Reich alemão houver alteração ou perigo grave da segurança e da ordem públicas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias ao seu restabelecimento”. A doutrina do *notrecht* foi encampada pela Carta brasileira de 1937, dispondo que a declaração do *estado de emergência* (1) era faculdade privativa do Presidente, (2) não podia ser suspensa pelo Congresso, (3) podia resultar na suspensão das imunidades de qualquer membro do Congresso, (4) afastava a apreciação do Judiciário e (5) pressupunha a mera *ameaça externa*, a *iminência de perturbações internas* ou a *existência de concerto, plano ou conspiração*. Na ditadura de Vargas, “[...] o País viveu em permanente ‘estado de emergência’” (JACQUES, 1977, p. 524).

³⁹ Ver: MIRANDA, 2000, p. 342-344.

Em situações de anormalidade institucional, a força permanente civil (*rectius*: os órgãos de segurança pública) não se mostra apta a preservar o Estado e o regime político vigente, o que justifica a intervenção das Forças Armadas. Nesse caso, a dicotomia entre poder militar e poder civil sofre atenuações, permitindo-se ao primeiro o exercício da polícia administrativa no âmbito interno do território.

Quanto à defesa da ordem interna em situações de normalidade institucional, trata-se de atribuição a ser primordialmente exercida pela força permanente civil, estrutura formada por órgãos e agentes vocacionados à manutenção da paz interna. Essa força está mais “[...] *acostumada a perseguir que a combater, a vigiar que a conquistar*”.⁴⁰ A necessidade de a força permanente militar permanecer apartada da ordem interior, isto em razão da especificidade de suas características existenciais, há muito foi realçada pelo Abade Sieyès (2008, p. 64-65), expoente do movimento revolucionário francês,⁴¹ *verbis*:

A liberdade, enfim, pode ser atacada por um inimigo estrangeiro. Daí a necessidade de um exército. É evidente que ele é estranho à ordem interior, que não é criado senão na ordem das relações externas. Com efeito, se fosse possível que um povo permanecesse isolado sobre a terra, ou si se tornasse impossível aos outros povos atacá-lo, não seria certo que não teríamos nenhuma necessidade de um exército? A paz e a tranquilidade interiores exigem, em verdade, uma força coercitiva, mas de natureza absolutamente diferente. Ou, se a ordem interior, se o estabelecimento de uma força coercitiva legal pode se passar por um exército, é de suma importância que, lá onde é um exército, a ordem interior tenha uma independência tal que jamais haja alguma espécie de relação entre um e outro.

É então incontestável que o soldado jamais deve ser empregado contra os cidadãos, e que a ordem interior do Estado deve ser de tal modo estabelecida que, em qualquer caso, em qualquer circunstância possível, não haja necessidade de recorrer ao poder militar, a não ser contra o inimigo estrangeiro.⁴²

⁴⁰ CONSTANT, 1872, p. 110.

⁴¹ Tradução de Emerson Garcia.

⁴² No mesmo sentido: CONSTANT, 1872, p. 109.

Em situações pontuais, no entanto, onde a coerção estatal deve assumir proporções extremas, a atuação das Forças Armadas na ordem interna, mesmo em situações de normalidade institucional, tem sido admitida.

No direito espanhol, por exemplo, as *fuerzas armadas* e as *fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado* têm atribuições bem definidas: às primeiras compete “[...] garantir a soberania e independência da Espanha, defender a integridade territorial e o ordenamento constitucional”⁴³; às segundas compete “[...] proteger o livre exercício dos direitos e liberdades e garantir a segurança cidadã.”⁴⁴ Em qualquer caso, a força pública atua sob autoridade e direção do Governo, que poderá, em situações extremas, pleitear a declaração dos estados de alarme, de exceção e de sítio.⁴⁵ A política militar e de defesa, apesar de essencialmente ligada à política exterior, o que se verifica nas hipóteses de conflito bélico com Estado estrangeiro, também alcança a política interior, assegurando a defesa da ordem constitucional em caso de rebelião interna.⁴⁶ Na Itália, situa-se no âmbito das funções presidenciais a possibilidade de determinar o emprego legítimo das forças armadas em caso de crise internacional ou interna.⁴⁷ Na Alemanha, do mesmo modo, admite-se que as Forças Armadas, em caso de defesa ou tensão,⁴⁸ apoiem as medidas policiais, atuando em regime de cooperação com as autoridades competentes.⁴⁹ Tratando-se de perigo imediato para a existência ou o regime fundamental de liberdade e democracia da Federação ou de um Estado, e não estando o Estado afetado disposto ou em condições de combatê-lo com suas forças de segurança, o Governo Federal o fará com o emprego das Forças Armadas, assumindo o controle da polícia desse Estado ou, se necessário, também de outros.⁵⁰

⁴³ Constituição espanhola de 1978, art. 8º.

⁴⁴ Constituição espanhola de 1978, art. 104.

⁴⁵ Constituição espanhola de 1978, art. 116.

⁴⁶ BALAGUER, *ano*, p. 432.

⁴⁷ DI CELSO; SALERMO, *ano*, p. 341.

⁴⁸ As Forças Armadas (*Streitkräfte*) poderão ser utilizadas, inclusive, no caso de catástrofe natural (*Naturkatastrophe*). Ver: ROBERTS, 2006, p. 76.

⁴⁹ *Grundgesetz* de 1949, art. 87a, 3.

⁵⁰ *Grundgesetz* de 1949, arts. 87a, 4; e 91, 2.

Como se percebe, a atuação das Forças Armadas pode ocorrer em situações de guerra ou de paz, no exterior ou no interior do seu território de origem. Essa atuação, no entanto, tanto pode ocorrer a título principal, refletindo um dever jurídico imediato, como a título acessório, que surgirá quando constatada a impossibilidade de os órgãos de segurança pública remediarem a situação de injuridicidade que abala o Estado e a sociedade. Nesse último caso, uma interpretação teleológico-sistemática da Constituição brasileira de 1988 exige seja observado um referencial de subsidiariedade. No plano administrativo, o princípio da subsidiariedade parte da premissa de que o interesse público será melhor tutelado com a descentralização administrativa: o poder administrativo, assim, deve ser exercido no plano mais baixo possível, aproximando os centros de decisão dos sujeitos destinatários da ação administrativa; somente quando o exercício do poder se mostre ineficaz no plano inferior é que será acionado o órgão de escalão superior, e assim sucessivamente.⁵¹

Enquanto “[...] *a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”⁵² é atribuição específica dos órgãos de segurança pública, as Forças Armadas somente atuarão em defesa da *lei e da ordem* por iniciativa dos poderes constitucionais,⁵³ claro indicativo de que sua atuação está condicionada à realização de um juízo valorativo pela autoridade competente, caracterizando um dever jurídico meramente mediato. Conclui-se, assim, que a intervenção das Forças Armadas, no âmbito interno, em situação de normalidade institucional, há de ser devidamente motivada pela ineficiência dos órgãos que, por imposição constitucional, possuem, como dever jurídico imediato, a obrigação de zelar pela segurança pública.

⁵¹ Ver: BASSI, 2003, p. 66-67.

⁵² Constituição brasileira de 1988, art. 144, *caput*. As Constituições de 1934 (art. 162), 1946 (art. 177) e 1967 (art. 92, § 1º), bem como a EC nº 1/1969 (art. 91) previam expressamente, como atribuições das Forças Armadas, a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. A Constituição de 1891 (art. 48, 3º) falava em *defesa da ordem interna ou externa*.

⁵³ Constituição brasileira de 1988, art. 142, *caput*.

5. A sistemática legal para o emprego das Forças Armadas

O legislador infraconstitucional, valendo-se da liberdade de conformação deixada pelo art. 142, § 1º, da Constituição de 1988, editou a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, diploma normativo que “[...] *dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas*”.⁵⁴ As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, estão subordinadas ao governo civil e apresentam linhas verticais de comando: cada Força dispõe de um Comandante,⁵⁵ todos os Comandantes estão subordinados ao Ministro da Defesa⁵⁶ e este ao Presidente da República.

Cada Comandante, além da responsabilidade pelo preparo de seus órgãos operativos e de apoio,⁵⁷ tem competência para, no termos de decreto baixado pelo Executivo, dispor sobre a criação, a denominação, a localização e a definição das atribuições das organizações integrantes das estruturas da respectiva Força.⁵⁸

O Ministro da Defesa exerce a direção superior das Forças Armadas,⁵⁹ traçando a política a ser observada pelos respectivos comandantes no preparo de seus órgãos operativos e de apoio. É assessorado pelo Conselho Militar de Defesa, pelo Estado-Maior de Defesa e por outros órgãos previstos em lei. Especificamente em relação ao Estado-Maior de Defesa, compete a esse órgão, além de outras atribuições que lhe sejam outorgadas, elaborar o planejamento do emprego combinado das Forças Armadas e assessorar o Ministro de Estado da Defesa na condução dos exercícios combinados e na atuação de forças brasileiras em operações de paz.⁶⁰

⁵⁴ A matéria fora anteriormente regulada pela Lei Complementar nº 69/1991.

⁵⁵ LC nº 97/1999, art. 4º.

⁵⁶ LC nº 97/1999, art. 3º.

⁵⁷ LC nº 97/1999, art. 13.

⁵⁸ Constituição de 1988, art. 84, IV; e LC nº 97/1999, art. 6º.

⁵⁹ LC nº 97/1999, art. 9º.

⁶⁰ LC nº 97/1999, art. 11.

No sistema brasileiro, diversamente ao que se verifica em outras plagas, o Chefe do Executivo federal é, de fato e de direito, o *Comandante Supremo das Forças Armadas*,⁶¹ detendo poderes de grande amplitude. Senão vejamos: (1) nomeia e define a competência dos seus Comandantes,⁶² (2) promove os oficiais-generais⁶³ e (3) apesar de assessorado pelo Conselho Militar de Defesa ou pelo Ministro de Estado da Defesa, conforme a natureza da matéria,⁶⁴ detém a palavra final sobre o emprego das Forças Armadas em situações de guerra ou de paz, no exterior ou no interior do território brasileiro.⁶⁵ Decidindo pela ativação de órgãos operacionais, expedirá a respectiva determinação ao Ministro de Estado da Defesa.⁶⁶

Prestigiando a unicidade de comando, dispôs a Lei Complementar nº 97/1999 que a utilização das Forças Armadas, no âmbito interno, sempre estará condicionada à decisão do Presidente da República, o que poderá ocorrer “[...] por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados”.⁶⁷ Foram estabelecidos, assim, balizamentos à *iniciativa* referida no art. 142, *caput*, da Constituição de 1988, que passa a ser vista como provocação ou

⁶¹ Constituição de 1988, art. 84, XIII. Todas as Constituições republicanas, a partir de 1891, reconheceram expressamente que as Forças Armadas estavam sob a autoridade (suprema) do Presidente da República (Constituições de 1891, art. 48, 3º; 1934, art. 56, 7º; 1937, art. 74, e; 1946, art. 176; 1967, art. 92; e EC nº de 1969, art. 90).

⁶² Constituição de 1988, art. 84, XIII; e LC nº 97/1999, arts. 4º e 6º.

⁶³ Constituição de 1988, art. 84, XIII; e LC nº 97/1999, art. 7º, parágrafo único.

⁶⁴ LC nº 97/1999, art. 2º.

⁶⁵ LC nº 97/1999, art. 15.

⁶⁶ A forma de subordinação apresentará variações conforme a natureza do comando (combinado ou único) e da operação (combinada, isolada ou de paz). Eis o que dispõem, a respeito da subordinação, os incisos do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999: “I - diretamente ao Comandante Supremo, no caso de Comandos Combinados, compostos por meios adjudicados pelas Forças Armadas e, quando necessário, por outros órgãos; II - diretamente ao Ministro de Estado da Defesa, para fim de adestramento, em operações combinadas, ou quando da participação brasileira em operações de paz; III - diretamente ao respectivo Comandante da Força, respeitada a direção superior do Ministro de Estado da Defesa, no caso de emprego isolado de meios de uma única Força”.

⁶⁷ LC nº 97/1999, art. 15, § 1º.

requerimento dos poderes constitucionais, condicionado ao juízo valorativo e conseqüente decisão do Chefe do Executivo.

A legislação de regência ainda realça a subsidiariedade da intervenção das Forças Armadas, que somente deve ocorrer “[...] após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal”.⁶⁸ O preenchimento dessa condicionante, além de uma análise detida e cautelosa dos dados disponíveis, pressupõe o reconhecimento formal, pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual, de que as estruturas de segurança pública são “[...] indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional”.⁶⁹

A exigência de reconhecimento formal, pelo Chefe do Executivo, da inaptidão dos órgãos de segurança pública para restabelecer a ordem e garantir o primado da lei, mostra-se adequada por duas razões básicas. A primeira baseia-se na ascendência hierárquica desse agente, que ocupa o ápice do funcionalismo público estadual, sendo natural seja devidamente considerada a avaliação que faz a respeito de seus subordinados. A segunda e mais importante aponta para a preservação da coerência do sistema, já que o art. 34, III, da Constituição de 1988 prevê, como causa de intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal, a necessidade de *pôr termo a grave comprometimento da ordem pública*, objetivo condicionado a um processo específico e que tem conseqüências drásticas, claro indicativo de que não pode ser alcançado por vias transversas. Uma atuação não consentida assumiria claros contornos de intervenção. A atuação das Forças Armadas ainda deverá observar os balizamentos de natureza modal, espacial e temporal fixados pelo Chefe do Executivo.

O Presidente da República, além de decidir sobre o emprego das Forças Armadas, ainda estabelecerá *diretrizes* a respeito de seu modo de atuação.⁷⁰ A possibilidade de fixação dessas *diretrizes*,

⁶⁸ LC n° 97/1999, art. 15, § 2°.

⁶⁹ LC n° 97/1999, art. 15, § 3°.

⁷⁰ LC n° 97/1999, art. 15, § 2°.

no entanto, não parece se afeiçoar com a posição de *extraneus* do Chefe do Executivo, agente que não integra qualquer das Forças e que não parece qualificado a definir estratégias ou instrumentos de atuação necessários à recomposição da ordem. No direito francês, há muito observara Hauriou (ano, p. 583-584, nota 40) que a requisição de emprego das Forças Armadas deveria indicar claramente o objetivo a ser alcançado, mas deixar ao comando militar a escolha dos meios que permitiriam alcançá-lo. Trata-se, aliás, de um imperativo de ordem lógica, pois não faz sentido que agentes estranhos aos quadros militares dirijam operações dessa natureza.

No plano temporal, a atuação deve ocorrer de forma episódica e por tempo limitado.⁷¹ A atuação, por ser episódica, deve apresentar contornos de eventualidade e acessoriedade, referenciais de todo incompatíveis com a noção de continuidade. Deve ser, tanto quanto possível, inesperada. Além disso, é imperativo que a atuação ocorra por tempo limitado, sem ultrapassar o estritamente necessário à superação da situação de injuridicidade que motivou o seu surgimento.

No plano espacial, a atuação das Forças Armadas deve ser antecedida pela delimitação da respectiva área territorial em que se desenvolverá.⁷² Essa delimitação será orientada, consoante critérios de razoabilidade, pela natureza e extensão do problema a ser combatido, podendo se estender desde pequenas parcelas de uma cidade à integralidade de um Estado ou região.

Observados esses balizamentos, os órgãos operacionais das Forças Armadas, que também deterão o controle operacional⁷³ dos órgãos de segurança pública,⁷⁴ poderão desenvolver todas “[...] as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das ope-

⁷¹ LC n° 97/1999, art. 15, § 4º.

⁷² LC n° 97/1999, art. 15, § 4º.

⁷³ LC n° 97/1999, art. 15, § 6º: “Considera-se controle operacional, para fins de aplicação desta Lei Complementar, o poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais”.

⁷⁴ LC n° 97/1999, art. 15, § 5º.

rações na garantia da lei e da ordem.”⁷⁵ Ao assegurar às Forças Armadas o exercício de todas as *ações necessárias*, o legislador infraconstitucional, como é intuitivo, não lhes conferiu uma autorização ampla e irrestrita para atuarem da forma que melhor lhes aprouver. Hão de observar os balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica, com especial reverência aos direitos fundamentais, sem se distanciar da juridicidade característica de toda e qualquer ação do Poder Público.

Acresça-se que a prescrição legal não deixa margem a dúvidas em relação ao poder de polícia outorgado às Forças Armadas, pois referidas *ações* nada mais são que as medidas a serem adotadas na consecução do objetivo almejado, alcançando os poderes de fiscalização e coerção. Apenas a regulamentação, que, além de não ser propriamente uma ação, situa-se na esfera de competência do Executivo por imposição constitucional,⁷⁶ não poderá ser exercida. Não é demais lembrar que ao exercer uma competência característica dos órgãos de segurança pública, inclusive com a assunção do seu comando operacional, as Forças Armadas necessariamente praticarão todos os atos da alçada desses órgãos, o que, à evidência, alcança o poder de polícia.⁷⁷

Ainda é oportuno frisar, isto com escusas pela obviedade, que os poderes de polícia referidos no art. 17-A da Lei Complementar nº 97/1999⁷⁸ não têm o condão de legitimar uma conclusão *a fortiori*,

⁷⁵ LC nº 97/1999, art. 15, § 4º.

⁷⁶ Constituição brasileira de 1988, arts. 84, IV, e 25, *caput*.

⁷⁷ Esse aspecto foi especialmente realçado pelo art. 3º do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001, que fixou “[...] diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem”, *verbis*: “Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico”.

⁷⁸ LC nº 97/1999, art. 17-A: “Cabe ao Exército, além de outras ações pertinentes, como atribuições subsidiárias particulares: [...] IV – atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: a) patrulhamento; b) revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e c) prisões em flagrante delito”.

de modo a excluir da alçada das Forças Armadas, mais especificamente do Exército, o exercício do poder de polícia fora das circunstâncias ali previstas. Nessas situações, tem-se um dever jurídico principal, a ser exercido em caráter continuado, não um dever jurídico subsidiário, condicionado à ineficiência dos órgãos de segurança pública.

6. Epílogo

A disseminação da violência nos grandes centros urbanos, fruto de uma exclusão social facilmente perceptível a um olhar desatento, tem desnudado a ineficiência dos órgãos de segurança pública na garantia da ordem pública interna.

O que muitos não querem perceber é que a ineficiência não é apêndice exclusivo dos órgãos de segurança. Em verdade, é um padrão de conduta do próprio Estado brasileiro, ainda preso a políticas puramente assistencialistas e que pouco tem feito em termos de inclusão social. A massa de iletrados (ou tecnicamente alfabetizados se preferirem) não alcança padrões mínimos de qualificação técnica e a cada dia aumenta o abismo entre as classes sociais.

Empregar as Forças Armadas em operações tipicamente urbanas é medida extrema, a ser adotada em situações igualmente extremas. Trata-se de dogma que jamais deve ser esquecido num País recém-saído de um regime de exceção. Além do risco mediato à democracia e à própria população civil, ainda está em jogo a credibilidade das instituições, pois um aparato voltado ao combate e, *ipso facto*, à eliminação do inimigo, não está ontologicamente vocacionado ao policiamento ostensivo e à repressão à criminalidade civil. Imaginar (ou forçar) o contrário pode desaguar num extermínio generalizado ou no descrédito de uma instituição essencial à solidez do Estado brasileiro.

7. Referências bibliográficas

BALAGER CALLEJÓN et alli. *Derecho constitucional*. 2. ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003. v. 2.

BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 7. ed. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 2003.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 6. ed. St Paul: West Publishing, 1990.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law, principles and policies*. 3. ed. New York: Aspen, 2006.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle*. 2. ed. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872.

DI CELSO, M. Mazzioti; SALERMO, G. M. *Manuale di diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 2002.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Diritto costituzionale*. 15. ed. Napoli: Jovene Editore, 1989.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1911.

DUVERGER, Maurice. *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1948.

FAVOREU, Louis; PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2003.

FAVOREU, Louis. La protection constitutionnelle des droits fondamentaux. In: FAVOREU, Louis. (Org.). *Droit des libertés fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 1.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Manuel de droit constitutionnel*. 27. ed. Paris, LGDJ, 2001.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1932.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1929.

JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Rio: Forense, 1977.

JEROIN, Benoit. La dignité de la personne humaine: ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif. *Revue du Droit Public*, n. 1, p. 224-231, 1999.

LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 1963. v. 1.

LECLERQ, Claude. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 5. ed. Paris: Librairies Techniques, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political reconstruction*. New York: The Macmillan Company, 1946.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. Os artigos federalistas (*The federalist papers*). Tradução Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAYER, Otto. *Le droit administratif allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, Charles. *De l'esprit des lois*. Paris: Éditions Garnier Frères, 1949.

MOTA DE CAMPOS, João et alii. *Organizações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MOUTOUH, Hugues. La dignité de l'homme en droit. *Revue du Droit Public*, n. 1, p. 187-188, 1999.

PANNETIER, Martin. *La défense de la France, indépendance et solidarité*. Paris: Lavoiselle, 1985.

PINHEIRO MADEIRA, José Maria. *Reconceituando o poder de polícia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PRÉLOT, Marcel; BOULOIS, Jean. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. 10. ed. Paris: Dalloz: 1987.

REUTER, Paul. *Droit international public*. 4. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

RIBEIRO BASTOS, Romeu Costa; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Os militares e a ordem constitucional republicana brasileira: de 1898 a 1964. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, p. 241.

ROBERTS, Gerhard. *Einführung in das deutsche recht*. 3. ed. Bade: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*. (Preliminaire de La Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonée des Droits de l'Homme et du Citoyen). Tradução Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRIBE, Lawrence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

WALINE, Jean. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Éditions Sirey, 1963.

WILLOUGHBY, Westel W. *Principles of the constitutional law of the United States*. 2. ed. New York: Baker, Voorhis & Co., 1938.

Artigo enviado em: 02/10/2008

Artigo aprovado em: 10/12/2009

DIREITO COLETIVO COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

GARANTIA DO ACESSO INTEGRAL À SAÚDE NA ATENÇÃO ONCOLÓGICA

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Especialista em Direito Sanitário pela
Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Professor universitário.

Contato: luciano_lmo@ig.com.br

O estudo da integralidade nas políticas de saúde voltadas para a atenção oncológica reveste-se de grande relevância no âmbito da saúde pública e do Direito Sanitário. Isso porque se examina o conjunto de ações e serviços com enfoque no usuário com câncer, denominação ampla e que contempla um número aproximado de 100 doenças, incluindo tumores malignos de diferentes espécies, mas responsáveis por 17% dos óbitos por causas conhecidas. Trata-se, com isso, da segunda causa de morte da população. (BRASIL, 2009).

Em que consiste a atenção integral ao usuário do Sistema Único de Saúde – SUS – com câncer? Qual a política pública existente para atender esse grupo de pessoas? Quais são os responsáveis pela atenção integral ao paciente com câncer? Esses são alguns dos questionamentos que se pretende responder a seguir.

A análise do tema central desta exposição – integralidade na oncologia e definição de responsabilidades – exige que se estabeleça, inicialmente, uma definição de integralidade que possa servir de referência para as discussões que serão travadas logo a seguir. Isso porque o princípio em exame, sobretudo no âmbito da análise jurídica, é polissêmico e objeto de imprecisões e distorções que podem conduzir a equívocos.

Pode-se afirmar que a integralidade é um princípio tridimensional. O primeiro viés de significado, que se pode qualificar por horizontal, extrai-se do art. 196 da CR/88. Refere-se ao acesso universal e igualitário (leia-se equitativo) às ações e serviços para *promoção, proteção e recuperação da saúde*. Em segundo lugar, acompanhando a parte final do art. 7º, II, da Lei nº 8080/90, integralidade implica acesso a um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em *todos os níveis de complexidade do sistema*. Aqui, pode-se definir integralidade sob perspectiva vertical, já que o usuário deve ter disponíveis ações e serviços dos diferentes graus de complexidade ou especialidade, ou seja, atenção primária, secundária e terciária. Finalmente, a integralidade exige ainda a mudança de olhar no cuidado do indivíduo, impondo-se acolhida humanizada e abordagem holística, que se contrapõe ao cuidado fragmentado e com enfoque na doença.

De todo modo, a visão ampla de integralidade que foi acima exposta não permite a conclusão de que atenção integral significa a disponibilidade de toda e qualquer forma de tratamento (medicamentos e procedimentos) para os indivíduos, interpretação essa que foi nominada por Gilson Carvalho (2005) de *integralidade turbinada*. Na verdade, a integralidade deve ser orientada pelas necessidades individuais e coletivas, demonstradas com base em indicadores epidemiológicos e evidências científicas. Trata-se de integralidade regulada e que assegure acesso resolutivo à saúde (art. 7º, XII da Lei nº 8080/90).

Corroborando o que se vem de expor, salienta-se que o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada – STA – nº 175, mesmo reconhecendo a existência de direito subjetivo à saúde, ressaltou que este não tem caráter absoluto e não existe independente da política pública que o concretize. Entretanto, o pedido de prestação que implique o cumprimento de política pública já existente não interfere na discricionariedade do gestor público, sendo possível afirmar categoricamente a existência de direito subjetivo.

Nessa linha, é possível afirmar, ademais, que a Constituição estabeleceu prioridade *prima facie* em favor da concretização do acesso à

saúde por via coletiva e mediante políticas públicas (art. 196), razão pela qual há necessidade de maior carga de argumentação para se obter prestações para além ou de forma diversa do previsto nas mesmas.

Feitos os esclarecimentos iniciais, deve-se destacar que o Brasil conta com Política Nacional de Atenção Oncológica, prevista na Portaria GM/MS nº 2439, de 8 de dezembro de 2005, atualmente ratificada pelo regulamento do SUS (Portaria GM/MS nº 2048, de 3 de setembro de 2009). Pretende-se

desenvolver estratégias coerentes com a política nacional de promoção da saúde voltadas para a identificação dos determinantes e condicionantes das principais neoplasias malignas e orientadas para o desenvolvimento de ações intersetoriais de responsabilidade pública e da sociedade civil que promovam a qualidade de vida e saúde, capazes de prevenir fatores de risco, reduzir danos e proteger a vida de forma a garantir a equidade e a autonomia de indivíduos e coletividades (art. 2º, I).

É possível concluir que o objetivo da Política Nacional de Atenção Oncológica é assegurar atendimento integral ao usuário. Aliás, são componentes da referida política pública ações de promoção, vigilância, atenção básica, média e alta complexidade. Além disso, exige-se o fomento à educação permanente e à capacitação dos recursos humanos, bem como à pesquisa em saúde.

Pode-se perceber que o êxito da Política Nacional de Atenção Oncológica depende da profícua atuação dos entes que compõem os três níveis da federação, já que envolve competências a serem desincumbidas por todos eles.

Relativamente ao *tratamento* do câncer, questão afeta à alta complexidade em saúde (atenção terciária), ressalta-se, inicialmente, que existem três formas de tratamento: cirurgia, quimioterapia e radioterapia. (BRASIL, 2010). Atualmente, o tratamento das neoplasias malignas utiliza-se, em geral, das três possibilidades coordenadamente, razão da qual decorre a necessidade de se assegurar a assistência integral ao usuário em centros que disponham de capacidade técnica para prestar assistência resolutiva.

Nesse sentido, a política pública para enfrentamento do câncer definiu as Unidades de Alta Complexidade em Oncologia (UNACONs) e Centros de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs) como responsáveis pela assistência integral à saúde de alta complexidade para os usuários do SUS. Pode-se afirmar que o paciente oncológico, dada a complexidade da doença e de seu tratamento, é altamente institucionalizado e dependente de atenção multiprofissional e esquema terapêutico contínuo e rigorosamente controlado.

Atualmente, as específicas características da doença em questão e seu tratamento fizeram com que o Estado permitisse às unidades de saúde grande liberdade na adoção de esquemas terapêuticos, razão pela qual a escolha de medicamentos é livre pelo médico assistente dentro das disponibilidades dos CACONs e UNACONs. Tais esquemas devem, contudo, ser submetidos e aprovados pelo gestor responsável.

Diante da política projetada para assistência aos usuários do SUS com câncer, é preciso fazer um recorte para se tratar da responsabilidade dos entes públicos e dos prestadores de serviço credenciados como CACONs e UNACONs.

Antes disso, contudo, deve-se lembrar que o câncer é a segunda causa de morte no Brasil e em Minas Gerais. De outro lado, dados hospitalares estaduais revelam que cerca de 60% dos casos de câncer tratados nos hospitais de referência são passíveis de prevenção e detecção precoce. Apresentam alta incidência o câncer de próstata (homens); de mama e de colo uterino (mulheres); e de pele (ambos os sexos).¹

Mesmo diante dessa realidade, em apenas 43,5% dos casos os usuários chegaram aos serviços de alta complexidade na condição ideal de assistência prévia. Em 31,1% dos atendimentos, os usuários não dispunham de diagnóstico e/ou tratamento.²

¹ Informações sobre neoplasias no Estado de Minas Gerais. Dados obtidos junto à Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, Programa de Avaliação e Vigilância do Câncer e seus Fatores de Risco. GVE/SE/SVS/SUSMG.

² Idem.

De outro lado, dados sobre a assistência aos pacientes com câncer no Estado de Minas Gerais demonstram que, em 24,9% dos casos, não se dispensou a assistência integral devida, isto é, diagnóstico e tratamento, o que revela a necessidade de questionamento acerca da resolutividade dos serviços de alta complexidade.

Os dados acima expostos demonstram a necessidade de intervenções na rede de atenção ao usuário com câncer visando a melhoria dos serviços ofertados, já que as condições acima relatadas interferem decisivamente na efetividade do tratamento.

Neste ponto, evidencia-se a necessidade de melhoria no atendimento de atenção primária e de média complexidade, seja no que concerne às ações de prevenção, seja no tocante ao diagnóstico precoce da doença. Assim, é clara a responsabilidade do Poder Público em proporcionar condições ao usuário para acesso adequado a serviços de assistência e diagnóstico, bem como à assistência de alta complexidade.

De outro lado, é necessário ressaltar que eventual prescrição de uso de medicamento por médico assistente deve ser dispensada pelo respectivo CACON ou UNACON que integra, não cabendo ao Poder Público o ônus de tal terapia, sob pena de se ferir o disposto no art. 7º, XIII, da Lei nº 8080/90 e de enriquecimento ilícito pela respectiva unidade de saúde. Aliás, é sabido que, quando a iniciativa privada participa do SUS, submete-se aos princípios deste, dentre eles a integralidade, como estabelece o art. 199, §1º, da CR/88.

Outra consequência relevante da política pública adotada é a impossibilidade, como regra, de se obter acesso a determinados insumos ou procedimentos de forma autônoma ou fragmentada em relação à proposta de cuidado do SUS. Esclarecendo: o usuário deve aderir ao tratamento disponibilizado pelo SUS e recebê-lo integralmente, devendo-se evitar o acesso a este ou aquele medicamento ou procedimento prescrito por seu médico assistente, não integrante de um CACON ou UNACON, sob pena de a iniciativa privada utilizar o SUS de forma complementar, invertendo-se a lógica do sistema.³

³ O referido entendimento encontra acolhida no TJMG: “FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PACIENTE PORTADOR DE LEUCEMIA MIELOÍDE CRÔNICA - EXISTÊNCIA

Finalmente, mesmo que seja realizado o credenciamento de CACONS e UNACONS, o Poder Público não se desincumbe de seu dever de prestar a assistência à saúde dos usuários do SUS com câncer. Permanece responsável pela saúde da população (art. 196 da CR/88), cabendo-lhe, pois, a regulação, a fiscalização e controle do setor. Deve, com isso, assegurar o atendimento de alta complexidade, podendo ser alvo de ação coletiva quando deficiente o serviço prestado por algum credenciado e ser acionado subsidiariamente em juízo em demandas por terapias.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução Manuel Atienza. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf?portal=4>. Acesso em: 28 out. 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde / Instituto Nacional de Câncer. *Estimativa 2010: incidência de câncer no Brasil*. Rio de Janeiro: INCA, 2009.

DE CACONS (CENTROS DE ASSISTÊNCIA DE ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA) - DESCARACTERIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DO ESTADO. O art. 196 da CR/88 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado e ainda dispõe que deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, não podendo o Judiciário impor medidas que possam dificultar essas políticas públicas, não podendo fazer prevalecer o direito individual em prejuízo do coletivo. Se o SUS disponibiliza atendimento próprio para portadores de moléstias oncológicas - por intermédio dos CACONS - Centros de Assistência de alta complexidade em Oncologia -, não é admissível que seja obrigado o Estado a fornecer medicamento e tratamento sem que, antes, fique caracterizada a ineficiência dos remédios e tratamentos que são disponibilizados por aqueles programas". (TJMG – Apelação nº 1.0024.08.134526-6/001 - Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade – Julgamento: 06/10/2009. DJ, 27/10/2009).

Poderia o paciente, usuário de plano de saúde, demandar em face deste para ter acesso à quimioterapia, ainda que se trate de medicamento via oral, utilizado no âmbito domiciliar, como já acolheu a jurisprudência: "AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - RECUSA DE COBERTURA DOS MEDICAMENTOS CORRELATOS AO TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA, MINISTRADOS EM AMBIENTE DOMICILIAR - IMPOSSIBILIDADE - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA - VERIFICAÇÃO - AGRAVO IMPROVIDO". (STJ - AgRg no Ag 1137474/SP - Relator: Ministro Massami Uyeda – Julgamento: 18/02/2010. DJe 03/03/2010). Igualmente: TJMG, Agravo de instrumento nº 1.0035.08.123782-4/001(1) - Relatora: Márcio de Paoli Balbino. Julgamento: 03/07/2008. DJ, 22/07/2008. TJMG, Apelação nº 1.0145.08.500330-2/004(1) - Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgamento: 07/10/2010. DJ, 26/10/2010.

BRASIL. Ministério da Saúde / Secretaria de Atenção à Saúde / Departamento de Regulação, Avaliação e Controle / Coordenação Geral de Sistemas de Informação. *Manual de bases técnicas da oncologia*. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 569-584, 2003.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. Saúde: o tudo para todos que sonhamos e o tudo que nos impingem os que lucram com ela. *Saúde em Debate*, v. 29, p. 99-104, 2005. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/observatorio/Arquivos/Destaque92.doc>> Acesso em: 13 jun. 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, 2. sem. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

7

Direito Processual Coletivo

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

ARTIGO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

NÍVIA MONICA DA SILVA

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre em direito público pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

RESUMO: Este artigo se propõe a discutir, no plano do discurso jurídico, os entraves à efetivação dos direitos fundamentais sociais, problematizando a ideia de que existem direitos que independem de prestação estatal. Questiona-se, assim, a aplicabilidade da teoria da reserva do possível como óbice à justiciabilidade dos direitos sociais desde que ancorada tão somente na pressuposição de que a implementação desses direitos gera custos. Pretende-se, ainda, traçar parâmetros para distinguir exigibilidade de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e afirmar a importância de se estimular a exigibilidade social e política desses direitos, que devem anteceder à exigibilidade judicial ou justiciabilidade. Para tanto, é necessário que se ampliem os espaços de deliberação e as condições para que a sociedade se mobilize em torno das escolhas alocativas de recursos que atendam às suas prioridades, destacando-se a possibilidade de ação dos membros do Ministério Público nesse processo.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; direitos fundamentais sociais; exigibilidade; justiciabilidade.

ABSTRACT: This paper aims to discuss, within the legal framework, the hindrances to the effectiveness of social fundamental rights, raise the potential problems of the idea that are rights that do not depend on state intervention. It will thus address the applicability of the bud-

getary limitation clause as a hindrance to the justiciability of the social rights based on the presupposition that the implementation of rights generates costs. This paper will also identify parameters to distinguish between enforcement and justiciability of social fundamental rights, and affirm the importance of encouraging social and political enforcement of these rights, which should precede judicial enforcement, or justiciability. To achieve this, there must be more opportunities for debate so that society can work together according to the resources available to address their priorities, while highlighting the potential for intervention by the public prosecutors in this process.

KEY-WORDS: Democracy; fundamental social rights; enforcement; justiciability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais: sociais ou liberais; positivos ou negativos? 3. Os custos dos direitos. 4. Limites e possibilidades para a construção de alternativas para a concretização progressiva dos direitos fundamentais sociais. 4.1. Exigibilidade ou justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais? 4.2. A reserva do possível como limite intrínseco à implementação dos direitos em geral. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os direitos sociais são apresentados como expectativas ligadas à satisfação de necessidades básicas de pessoas em âmbitos como o trabalho, a habitação, a saúde, a alimentação ou a educação. Conquanto seja ampla a polêmica sobre o caráter jurídico dos direitos sociais, seja pelos condicionamentos fáticos que antecedem sua implementação, seja pelas dúvidas acerca da justiciabilidade, e até mesmo sobre a nota de fundamentalidade desses direitos, é certo que os bens protegidos por eles relacionam-se diretamente com a subsistência condigna das pessoas e o gozo de condições materiais que possibilitam o exercício efetivo da autonomia privada. Assim, discutir e contextualizar adequadamente tais direitos no âmbito do sistema jurídico brasileiro é de grande interesse, sobretudo se se considerar a posição central que ocupam na consolidação do regime democrático.

Não se pretende examinar todas as objeções à natureza dos ditos direitos sociais, em virtude dos limites deste trabalho. Pretende-se, nada obstante, apreciar a objeção de índole institucional dirigida à exigibilidade jurídica dos direitos fundamentais sociais, centrada na compreensão estrita da separação dos poderes e, notadamente, no que se refere aos direitos que tutelam o acesso a políticas de saúde, educação e assistência social. Quer-se, também, apresentar argumentos que possam conduzir à conclusão de que vários dos direitos sociais gozam da mesma fundamentalidade que outras espécies de direitos assegurados constitucionalmente, como os direitos políticos, por exemplo, e, em seguida, abordar criticamente a disseminada tese que sustenta a impossibilidade da intervenção judicial na concretização dos direitos sociais em virtude da escassez de recursos à disposição do Estado. Isso porque esse entendimento amplia injustificadamente os limites do “mérito administrativo” e, via de consequência, cria um âmbito de exceção ao direito, cujo único controle parece residir na remota representatividade política do agente público gestor dos recursos.

Busca-se, nesse contexto, identificar alguns parâmetros que permitam a compatibilização entre exigibilidade dos direitos fundamentais, inclusive por meio de intervenção judicial, e o princípio democrático, evitando-se que se recaia numa espécie de proatividade do sistema jurídico que desconsidere as diferenças funcionais entre direito e política, seguindo a proposta de diferenciação sistêmica elaborada por Niklas Luhmann (2004). De início, questiona-se a classificação dos direitos sociais como direitos estritamente positivos – em oposição aos clássicos direitos liberais tidos como negativos –, a exigir atuação estatal, e cuja implementação, diferentemente dos direitos civis em geral, gera custos para os cofres públicos.

A relevância do enfrentamento dessa questão está no fato de que as repercussões dessa antiga e difundida classificação, tanto na teoria quanto na prática jurídica, não raro acarretam sensíveis incongruências na análise dos pressupostos pragmáticos, em especial os que dão sustentação à doutrina da “reserva do possível” no direito nacional. A crítica a essa visão clássica que impõe limites insustentáveis à implementação dos direitos dos direitos sociais, tem seu ponto de partida

e substrato teórico nas ponderações de Cass Sunstein (2004), cuja teoria relativa ao custo dos direitos será anotada em linhas gerais.

Do mesmo modo, pretende-se evitar, numa interpretação tábula rasa do princípio da separação dos poderes, a pura e simples adesão à posição tradicional – a anomia do Judiciário diante da concretização da prosperidade social –, impondo-se, assim, a contenção do impulso excessivamente proativo dos juízes e, em igual medida, do Ministério Público, o qual muitas vezes se materializa em decisões voluntaristas.

Por fim, com base na reconstrução discursiva do sistema de direitos apresentada por Jürgen Habermas (1997), na diferenciação funcional entre direito, política e economia enfatizada por Luhmann (2004) e na proposta de ressignificação democrática dos direitos sociais em países com baixo nível de generalização desses direitos, como o Brasil, como anota Marcelo Neves (2007). Nesse ponto, tornam-se pertinentes os apontamentos de Gerardo Pisarello (2007) pois é necessário que se distinga entre os diversos níveis de exigibilidade de direitos sociais para que sindicabilidade jurisdicional seja apenas uma das hipóteses entre outras várias que a precedam. Vale dizer, em que pese a viabilidade da exigibilidade judicial desses direitos, não se devem desconsiderar as demais vias de exigibilidade que extrapolam – e, por que não dizer, precedem – o plano jurisdicional. Isso pode se dar, por exemplo, por meio de uma ação mais contundente do próprio Ministério Público no que diz respeito ao acompanhamento da elaboração e da execução dos orçamentos públicos.

2. Direitos fundamentais: liberais ou sociais, positivos ou negativos?

Limitando a análise do tema aos fins pretendidos neste estudo, voltamos a atenção a determinada categoria de direitos fundamentais que ostentariam caráter estritamente positivo, em detrimento de outros ditos negativos – nomenclatura que teria sido cunhada originalmente por Isaiah Berlin¹ em palestra proferida em Oxford, em

¹ É desse autor a célebre assertiva: “Oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou educação antes de poderem compre-

1958, quando distinguiu os direitos fundamentais entre liberdades negativas e positivas (*apud* GALDINO, 2007). Contudo, a tipologia elaborada pelo autor, à época, pretendia ressaltar o caráter político, não jurídico desses direitos, que é a defesa da preponderância da liberdade negativa em desfavor da positiva, num contexto político bipolar imposto pela Guerra Fria. A liberdade positiva seria, portanto, uma possibilidade de autogoverno e participação, sem conexão necessária ao caráter prestacional dos respectivos direitos. Com o tempo, a nomenclatura da classificação de Isaiah Berlin foi assumindo roupagem eminentemente jurídica e acabou por se consolidar no cenário da dogmática jurídica, no Brasil, inclusive.

Habermas (2003, p. 107), ao mencionar a matriz sistêmica de Talcott Parsons, de que deriva, em parte, sua teoria discursiva do direito, põe em relevo a referência empírica à expansão dos direitos dos cidadãos que T. H. Marshall havia pesquisado no âmbito do processo de modernização capitalista:

A divisão sugerida por Marshall em ‘civil’, ‘political’ e ‘social rights’ segue uma classificação jurídica já conhecida. Segundo esta, os direitos liberais de defesa protegem o sujeito de direito privado contra intromissões ilegais do Estado na vida, liberdade e propriedade; os direitos de participação política possibilitam ao cidadão ativo uma participação no processo democrático da formação da opinião e da vontade; e os direitos de participação social garantem ao cliente do Estado do bem-estar segurança social e um rendimento mínimo. Marshall defende a tese segundo a qual esta seqüência tornou possível assegurar e ampliar sucessivamente o *status* de cidadãos nas sociedades ocidentais nos últimos dois ou três séculos.

Alerta o autor alemão, todavia, que é necessário ter claro que a ampliação dos direitos de cidadão não deixa de ser resultado das lutas e movimentos sociais. É inegável que migrações e guerras, como tipos de movimentos sociais extraordinários que são, também contribuíram para a ampliação do *status* de cidadão em variadas dimensões. Segundo Habermas (2003, p. 108), “fatores que estimulam

ender ou aproveitar um aumento em sua liberdade” (BERLIN, 2002, p. 231).

a juridificação de novas relações de inclusão têm efeitos distintos também sobre a mobilização política da população e, assim, sobre a ativação dos direitos dos cidadãos já existentes”.

O *status* de cidadão, entretanto, não pode ser considerado no plano eminentemente empírico, tampouco reduzido ao aspecto normativo. Os direitos, por outro lado, também podem ser considerados tanto do ponto de vista moral quanto do jurídico. Na esteira desse raciocínio, Habermas concebe um mundo da vida capaz de superar a dicotomia em que se insere o direito como “sistema de saber” e como “sistema de ação”.²

Destacando a constante tensão entre a facticidade e validade³ do direito e o consequente modo ambivalente em que se apresenta a validade jurídica, Habermas propõe a superação das premissas da filosofia da consciência e da herança metafísica do direito natural, em que o direito positivo subordinava-se ao direito natural ou moral, mediante reconstrução do sistema de direitos a partir da com-

² É um sistema de saber quando é entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas e é um sistema de ação quando compreendido como uma instituição que enfeixa um complexo de reguladores da ação humana. O mundo da vida centra-se na prática comunicativa cotidiana que resulta “do jogo entre reprodução cultural, integração social e socialização. Assim, o sistema de ação “direito”, como ordem jurídica que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Logo, é por intermédio das ações jurídicas que as instituições do direito se reproduzem “junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito” (HABERMAS, 2003. p. 111-112).

³ Grosso modo, a facticidade no direito corresponde ao seu aspecto coercitivo necessário à efetividade normativa; a validade, por outro lado, decorre da imputação recíproca de direitos entre as pessoas, como elemento inerente à sociedade política na qual se inserem, de modo que cada indivíduo se reconheça, ao mesmo tempo, como autor e destinatário da ordem jurídica. Assim, como corolário, tem-se a visão discursiva de que os princípios da soberania popular e da declaração de direitos, conquanto se apresentem em planos empiricamente opostos, são cooriginários e reciprocamente complementares, e o equilíbrio entre essas duas instâncias é garantido pela função de coordenação atribuída ao direito, como procedimento institucionalizado. Entre facticidade e validade instaura-se, portanto, uma tensão em que o direito, alimentando-se da legitimidade (plano da validade) que permite a generalização normativa, vê-se autorizado a valer-se do instrumental coercitivo (plano da facticidade), para prevenir o risco de dissenso ínsito à aparente oposição entre soberania popular e declaração de direitos, percebida do ponto de vista empírico.

preensão de que “o direito positivo e a moral pós-convencional⁴ desenvolveram-se cooriginariamente a partir das reservas da eticidade substancial em decomposição” na modernidade. Da mesma forma, a conjugação entre a autonomia pública e privada dos cidadãos – membros sociais típicos de uma comunidade constituída juridicamente – deve nortear o sistema de direitos que, assim orientado, deve contemplar “os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (HABERMAS, 2003, p. 154). É nesse ponto que o autor introduz o princípio da democracia que, como forma institucionalizada do princípio do discurso, aparece como núcleo do sistema de direitos. Sua incidência inicia-se pelas liberdades subjetivas de ação enfeixadas pela autonomia privada e, em seguida, alcança a institucionalização jurídica das condições necessárias ao exercício discursivo da autonomia pública que, por sua vez, retroalimenta a autonomia privada, revestindo-a de forma jurídica. É por meio da concepção de uma formatação jurídica que Habermas divide o sistema de direitos em categorias de direitos capazes de gerar o código jurídico que as orienta, “uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito” (2003, p. 159-160), a saber:

1. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

[...]

⁴ Conforme explica Neves (2008, p. 26, 28-29), Habermas acolhe a proposição construtivista de Lawrence Kohlberg segundo a qual o desenvolvimento da capacidade de julgamento moral dos indivíduos se dá em três níveis: pré-convencional, convencional e pós-convencional. A partir daí, associa-se a cada um desses níveis três tipos de perspectiva social: a concreta individual, a de membro da sociedade e a do que é prioritário no âmbito dessa sociedade. Assim, no primeiro estágio da moral pós-convencional, considera-se moralmente correto observar os direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo em caso de conflito com as regras e leis concretas do grupo a que pertence o indivíduo. Já na segunda e última fase do nível de moralidade pós-convencional, estabelecem-se os princípios éticos universais, como a igualdade dos direitos humanos e o respeito pela dignidade dos homens como pessoas individuais. Somente no nível pós-convencional da consciência moral é que a pessoa supera a automatização da prática cotidiana.

2. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito.

3. Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de *postulação judicial de direitos* e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

[...]

4. Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por intermédio dos quais eles criam direito legítimo.

[...]

5. Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).

Os direitos enfeixados na categoria 1 devem ser precedidos da especificação de quais direitos cada um pode reclamar judicialmente do outro, por isso tal categoria de direitos pressupõe outras que lhe são necessariamente correlatas. Na categoria 2, estão os direitos que regulam a participação de uma dada sociedade, distinguindo entre membros e não membros, “cidadãos e estranhos”. Na categoria 3, o autor refere-se aos direitos que garantem o acesso a “tribunais independentes e efetivos” àqueles que se sentirem prejudicados em suas pretensões.

O autor explica que essas três primeiras categorias de direitos dizem respeito à autonomia privada de sujeitos e representam a discursividade do sistema jurídico, pois possibilitam a existência de “condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral” (HABERMAS, 2003, p. 159). Em seguida, no item 4, inserem-se os direitos políticos por excelência, por meio dos quais o *status* de cidadão livre e igual encontra seu fundamento, relacionados à estrutura da autonomia pública dos sujeitos.

A quarta categoria enumerada pelo autor é que mais interessa aos objetivos desse trabalho. Isso porque os direitos fundamentais à saúde, à educação e à assistência social, por exemplo, são essenciais à fruição de todos os direitos que os cidadãos decidam atribuir-se reciprocamente. Por conseguinte, não se pode falar em autonomia pública ou em autonomia privada se não se promove o acesso ao direito elementar às condições de vida garantidas socialmente.

Assim é que, ao postular a equprimordialidade entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos, num contexto em que entre a declaração de direitos e a soberania popular predomina uma relação de cooriginalidade, Habermas atribui fundamentalidade tanto aos direitos ditos típicos do estado liberal quanto àqueles instituídos com a ascensão do estado social, afirmando que “tanto as liberdades subjetivas quanto as garantias sociais podem ser tidas como uma base jurídica para a autonomia social que torna possível uma defesa efetiva de direitos políticos” (2003, p. 109).

É com base nessas premissas que “não há como se pretender apartar os direitos individuais dos direitos sociais” (CRUZ, 2007, p. 337), uma vez que a visão sociológica da ampliação gradativa do *status* de cidadão, trazida por Marshall, assim como a noção de gerações de direitos concebida originalmente por Vasak⁵ podem ser compreendidas como instrumentos para reconstrução histórica dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, embora se valha da distinção entre os paradigmas do estado liberal e do estado social para construir sua teoria crítico-deliberativa acerca do Estado Democrático de Direito, Habermas nega-lhes a condição essencial de antagonismo. Isso porque ao estado liberal seguiu-se o estado social, sem que houvesse uma ruptura no que diz respeito aos direitos atribuídos aos cidadãos em um ou em outro caso. Se o Estado liberal pressupunha uma liberdade já afirmada filosoficamente, nos termos de uma sociedade fundada

⁵ Conforme explica Álvaro Ricardo Souza Cruz (2007, p. 337), o francês Karel Vasak foi o primeiro estudioso a apresentar, em 1979, uma classificação dos direitos humanos baseada nas fases do respectivo reconhecimento desses direitos, dividida em três gerações. A primeira dizia respeito à primazia da liberdade, a segunda dava ênfase à igualdade, ao passo que a terceira se vinculava aos valores da fraternidade em evidência quando do fim da Segunda Grande Guerra.

por um contrato de iguais, o estado social, em que pese a pretensão crítica de negar as liberdades ditas burguesas, propõe-se tão somente a concretizá-las, agora sob a tônica da igualdade assegurada pela intervenção estatal no âmbito da autonomia privada. Em suma, a contraposição entre a igualdade *formal* dos liberais e a igualdade material pretendida pelos adeptos do estado social constitui uma falsa dicotomia, uma vez que a promoção da igualdade material retoma a ideia, renovada pelas pretensões de concretude, da igual medida de liberdade para cada um dos indivíduos.

Relevante, nesse ponto, é a conclusão de que, em Habermas, um direito é dotado de fundamentalidade conforme seja essencial à afirmação da autonomia privada e pública dos cidadãos e que somente a partir de sua observância torne-se possível a pressuposição recíproca entre tais esferas, unidas pelo mesmo nexo interno que liga os direitos humanos à soberania popular. Assim é que:

O nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem uso adequado da sua autonomia política (HABERMAS, 2001, p. 148).

Interessa, aqui, um ponto em especial: a precedência que se atribui aos direitos da matriz liberal deve ser restrita ao âmbito histórico e, na esteira dessa compreensão, tanto os direitos ditos sociais quanto os direitos tipicamente liberais serão dotados de fundamentalidade para a efetiva fruição da vivência democrática.

A propósito dessa distinção, segundo entendimento aqui encampado, é necessário difundir classificações que auxiliem na compreensão da problemática que versa sobre os direitos fundamentais sem, contudo, colocar em xeque a fidelidade à contextualização eminentemente jurídica desses direitos. Classificar o direito à liberdade de crença e o direito à propriedade como direitos de defesa, o direito ao voto como direito político e o direito à saúde, *v.g.*, como direito social muitas vezes abre espaço para compreensões equivocadas so-

bre o que torna um direito fundamental e quais os limites que, em tese, incidem sobre a respectiva efetivação.

Em perspectiva diversa, ao analisar os “elementos de uma Constituição”, o cientista político Claudio Gonçalves Couto (2005) apresenta uma classificação descomplicada, objetiva e adequada sob o ponto de vista político que possibilita identificar os direitos dotados de essencialidade numa sociedade política que, não obstante, parece útil à perspectiva jurídica, qual seja a distinção entre direitos fundamentais operacionais e direitos fundamentais condicionantes do regime político. Todas as espécies de direitos fundamentais hão de ser agrupadas numa ou noutra tipologia, que considera operacionais os direitos em regra tidos como direitos de liberdade e como direitos políticos, porque são essenciais à operação do regime; e condicionantes os direitos à propriedade e à saúde, por exemplo, dado que atuam como condições externas imprescindíveis à preservação da democracia.

Se, de um lado, subtrair os direitos políticos ou os direitos de expressão dos cidadãos equivale a anular requisitos básicos para o funcionamento do regime, “na medida em que subtrairia aos cidadãos capacidades necessárias ao exercício democrático do poder” (COUTO, 2005, p. 105) – ou, para usar uma expressão de Habermas, faria com que os cidadãos perdessem de vista o “sentido democrático da auto-organização de uma comunidade política” (1997, p. 146) –, de outro, subtrair o acesso dos cidadãos às garantias sociais ameaça a própria existência da democracia. Isso porque inexistentes as condições materiais e de bem-estar, ainda que em patamar mínimo, não se pode aquilatar se há adesão consciente dos indivíduos ao ordenamento estatal vigente, o que coloca em xeque o próprio regime democrático. Vale dizer: se o Estado não assegura tais direitos fundamentais aos cidadãos – ou quando muito não se dispõe a ampliar o acesso gradativo aos direitos sociais essenciais a existência condigna – eles podem optar por abandonar o jogo democrático, “apostando no conflito aberto como forma de atingir seus objetivos e preservar seus interesses ou valores fundamentais” (COUTO, 2005, p. 106).

A crítica ora dirigida às tradicionais subdivisões dos direitos fundamentais centra-se no fato de que, ao levar em conta a espécie de bem tutelado por tais direitos ou a matriz histórica que

os conceberam, não raro geram outras classificações que tendem a limitar a importância e efetividade de alguns tipos de direitos fundamentais, como acontece com alguns dos direitos condicionantes, *v.g.*, aqueles ligados à saúde, educação, assistência social. Exemplo disso é a constatação de que à clássica diferenciação entre direitos de liberdade ou de defesa e direitos sociais seguiu-se a distinção entre direitos positivos e direitos negativos, apresentada como correlata aquela, cujo exame crítico será desenvolvido a seguir.

Incluídos em categorias diferenciadas, os direitos de liberdade são tradicionalmente compreendidos como direitos negativos, pois dependem apenas de um *non facere* do Estado e os direitos sociais são assimilados como direitos positivos, uma vez que, no âmbito dessa classificação, são os que demandam um agir estatal.

Historicamente, a preponderância do pensamento liberal haurida na modernidade fez com que se reconhecessem as liberdades individuais como direitos públicos subjetivos do cidadão em face do Estado, direitos que exigiam uma abstenção estatal em favor da livre manifestação da esfera de ação do indivíduo. Com o advento de um novo modelo estatal, sobretudo a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, a inclusão de direitos sociais e econômicos no rol dos direitos constitucionalmente assegurados fez com que o Estado começasse a intervir nas relações sociais a fim de promover a justiça nessas relações, efetuando ou determinando que se efetuassem prestações positivas. Repudiava-se, assim, a até então festejada omissão estatal (PIOVESAN, 1995).

Como se viu, Marshall inovou ao classificar o desenvolvimento da cidadania nos níveis civil, político e social, correlacionando-os com os respectivos períodos históricos em que tais direitos foram reconhecidos. Posteriormente, vários autores aprimoraram essa visão, agrupando os direitos conforme as gerações a que pertenciam. Destaca-se, aqui, a proposta de Norberto Bobbio (1992) na obra *A era dos direitos* segundo a qual seriam direitos de primeira geração aqueles de natureza eminentemente liberal, como a liberdade de expressão e de participação política; de segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais, típicos do estado social; já na terceira onda

de direitos estariam os direitos de solidariedade e fraternidade. Alguns autores, como Paulo Bonavides, incluem a quarta e a quinta onda geracional de direitos.

Pontes de Miranda (1960, p. 277), já assinalava a diferença entre direitos fundamentais positivos e negativos: “É de advertir-se, porém, que, falando-se de direitos fundamentais negativos e de direitos fundamentais positivos, não se alude ao conteúdo e sim à pretensão do Estado. É classificação que só atende a isso”. Leva-se em consideração, nessa perspectiva, qual a pretensão se espera do Estado: se se pretender que o Estado aja para concretizar o direito, ele será classificado como positivo; caso não se demande uma postura comissiva do Estado, estar-se-ia em face de um direito negativo. Percebe-se, portanto, que é bastante antiga e arraigada na cultura jurídica brasileira a ideia de que os direitos tipicamente liberais ou de defesa são negativos porque pressupõem pura e simplesmente um absenteísmo estatal sem custos financeiros, ao passo que os direitos sociais, marcadamente positivos, só se efetivam se houver um dispêndio – inclusive financeiro – do ente que se obriga a entregar a prestação devida ao indivíduo ou à coletividade.

Entretanto, a conclusão parte de premissas equivocadas e põe em xeque a plausibilidade dessa conclusão. Com efeito, “o primeiro passo a ser dado pela doutrina é a difusão de que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão negativa e uma prestacional e que todos, sem exceção ‘custam dinheiro ao erário’ ” (CRUZ, 2007, p. 335).

Conforme rememora Torres (2000, p.170), Georg Jellinek no século XIX já observava que também os direitos de liberdade ostentam status positivo: a garantia da existência da Jurisdição por si já é suficiente para caracterizar a faceta positiva desses direitos. Não bastasse a prestação jurisdicional, o Estado deve garantir também positivamente a fruição das liberdades por meio da polícia, das forças armadas, da diplomacia ou de outro serviço público. Em outras palavras, a partir desse exemplo já se observa que disponibilizar a fruição de direitos implica a existência de ações públicas – políticas públicas – que a viabilizem.

Como o ente que se obriga a prestar os direitos sociais, via de regra, é o Estado, o custo dos direitos sociais tornou-se o mais corrente óbice à correspondente efetivação. Se é certo que as demandas são ilimitadas e os recursos escassos, há que se estabelecer uma reserva do que é possível ao Estado oferecer aos seus cidadãos. Ainda que, *grosso modo*, seja essa a razão da importação da teoria de inspiração tedesca relativa à reserva do possível, não se pode perder de vista que tudo acontece na medida da possibilidade material. A questão que não fica clara nas decisões acerca do tema é que a existência ou não de recursos materiais para a concretização de um direito está associada a uma escolha de natureza política, administrativa e orçamentária que antecede a exigibilidade desse direito. Esse é o cerne da questão que se pretende discutir e ponto essencial para que se perceba a pertinência de desmistificar a ideia de que apenas a implementação dos direitos sociais onera os cofres públicos.

Pois bem. Embutida nessa classificação entre direitos positivos e direitos negativos, há uma falsa pressuposição de que os direitos negativos, como direitos que “apenas” asseguram o gozo das liberdades, são direitos subjetivos cuja efetivação independe de qualquer atuação positiva capaz de onerar o Estado. Em certa medida, essa compreensão falaciosa enfraquece a mobilização social em torno da concretização daqueles direitos ditos positivos por ocasião das escolhas políticas da Administração Pública. Isso porque, em virtude dessa compreensão, não se considera, por exemplo, que garantir o exercício do direito ao voto implica, necessariamente, o dispêndio de recursos públicos; o equívoco está no fato de não se esclarecer que o gozo de qualquer direito, seja ele tido como “positivo” ou “negativo”, implica escolhas políticas que se concretizam em orçamentos públicos. Essa questão será retomada no tópico seguinte.

3. Os custos dos direitos

Ao chamar a atenção para “Os custos dos direitos”, Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999), abstraindo os aspectos axiológicos dos direitos e buscando um enfoque meramente descritivo, preocupam-se com a inquirição empírica acerca de quais interesses uma sociedade politicamente organizada opta por proteger prioritariamente (*rights in legal sense*).

Os autores, portanto, limitados à perspectiva descritiva dos direitos em geral – até porque as obrigações morais só terão custos se estes forem reconhecidos em lei –, defendem o entendimento de que a efetivação de todos os direitos gera dispêndio de recursos materiais, não havendo como se falar em direitos meramente negativos ou exclusivamente positivos, sob ponto de vista da prestação estatal e do respectivo dispêndio financeiro. Todos os direitos, assim, são institucionalizados, justamente por dependerem da atuação estatal para que sejam implementados e deles possam usufruir os cidadãos, até porque, em última análise, a exigibilidade judicial desses direitos também depende dessa atuação.

Nessa perspectiva, os cidadãos só têm seus direitos satisfeitos, ainda que conferidos pelo ordenamento jurídico num dado contexto sociopolítico, se o governo é capaz de taxar suficientemente e entregar ao destinatário a prestação correspondente; os “direitos positivados” (*legal rights*), portanto, só existem na realidade se e quando o Estado pode custeá-los.

Os direitos havidos pela teoria tradicional como “negativos” também têm custos sociais, como, por exemplo, aqueles decorrentes da garantia dos direitos do acusado no curso do processo penal, tipo de direito que configura um custo indireto e, além disso, pressupõe dispêndio de recursos públicos.

Não se pode negar, na esteira desse raciocínio, que os direitos de liberdade em geral têm custos indiretos, mas de toda sorte há também um dispêndio financeiro para sua implementação. Um exemplo emblemático apresentado pelos autores é a exigência do uso de capacete aos motociclistas. Conquanto a regra tenha por fim preservar a segurança dos condutores em geral, sua implementação foi motivada pelas altas cifras desembolsadas pelo Estado para custear as despesas hospitalares, assistenciais e previdenciárias daqueles que se acidentavam nas vias de tráfego. Com efeito, a restrição da liberdade do cidadão em transitar pelas ruas de motocicleta sem o capacete passou a ser bastante razoável em face da economia que a medida gerou aos cofres públicos. Raciocínio semelhante chegou a ser encampado pela imprensa nacional por ocasião da aprovação da

Lei nº 11.705/2008, que ficou conhecida como “Lei Seca”. Deixando à parte os questionamentos quanto à constitucionalidade de vários de seus dispositivos, fato é que, na fase inicial de sua vigência, o número de acidentes sofreu considerável redução e algumas manchetes de periódicos de circulação nacional chegaram a noticiar a cifra que o Sistema Único de Saúde estava deixando de despendar em virtude da diminuição do número de acidentes.

Não é diferente o que ocorre com a fruição do direito à propriedade, que *v.g.*, só é possível em razão da atuação preventiva ou repressiva do Estado em prover segurança ou mesmo em dispor de aparatos contra intempéries naturais. Se os impostos são pagos por todos – inclusive por aqueles que não dispõem de propriedades cujo gozo será assegurado pela ação governamental –, o cidadão-contribuinte deve ter o direito de questionar sobre quais os bens serão objeto da tutela prioritária do Estado. Para muitos, será preferível um investimento maior em, por exemplo, saúde e educação a gastos astronômicos com os custos indiretos de outros direitos de liberdade. Assume quase o *status* de um “tabu cultural” o fato de que todos sejam onerados com os custos da proteção ao direito de propriedade quando esse direito não é usufruído por todos.

Se isso é tão óbvio, por que o mito de que existem direitos negativos se mantém? Quais motivos levam as pessoas em geral – e a grande maioria dos operadores do sistema jurídico – a acreditar que existem direitos “que nascem em árvores” e são implementados independentemente de qualquer atuação estatal?

Algumas razões são apontadas pelos autores. Numa visão conservadora, ignorar o fato de que as liberdades privadas geram custos ao Estado deixa encobertas as discussões sobre as opções políticas – e econômicas – levadas a efeito pelo poder público, o que acaba por garantir a conservação máxima desses direitos que, via de regra, referem-se à liberdade individual e à propriedade privada, em detrimento do avanço na efetivação dos direitos sociais que beneficiaria, potencialmente, toda uma coletividade. Na análise liberal-progressista, por outro lado, é interessante que se continue a ignorar o custo indireto das liberdades individuais, porque há sempre o risco

de que, desvelado o mito, as garantias subjacentes aos direitos humanos em geral sejam vulneradas, uma vez que a própria sociedade poderia se movimentar em favor da redução do compromisso com a proteção desses direitos, o que configuraria um retrocesso.

Não se pretende, entretanto, que se caminhe no sentido de reduzir as garantias liberais, mas apenas deixar à mostra que tudo depende de escolhas; escolhas que ocorrem, inicialmente, no plano social, político e orçamentário. Busca-se oferecer um contraponto crítico à proteção devotada aos direitos eminentemente liberais em detrimento de se ampliar a implementação dos direitos sociais, que lhe são complementares. Fica evidente, por outro lado, que a medida da proteção de direitos depende da situação econômica de cada Estado. Nesse particular, é inegável o fato de que aferir custos permite trazer maior qualidade às escolhas políticas sobre quais direitos proteger. Nada obstante, os autores estadunidenses deixam evidente o repúdio a uma visão estritamente economicista dos direitos ao afirmar que

[...] dessas considerações não se pode concluir que os direitos devem ser misturados com todas as outras coisas dentro de uma gigantesca máquina capaz de avaliar a relação custo-benefício criada e operada por economistas. (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 102, tradução nossa).

As escolhas sobre onde e como gastar – ou investir – o dinheiro público devem ser permeadas por um senso ético, até porque, no fundo, implicam redistribuição – ou reconcentração – das riquezas sociais. Contudo, a prevalecer essa compreensão dicotômica que distingue entre direitos positivos e negativos, prevalece também o encobrimento dos fundamentos da política distributiva ou concentradora que o país adota. Como a ação estatal é premida por contingências relacionadas a recursos financeiros, em grande parte obtidos pela via da tributação, as deliberações sobre onde esses recursos serão investidos devem estar aptas a assimilar e, por vezes, se conformar às críticas e às deliberações advindas da coletividade.

Importante notar que os direitos – todos eles – são sempre frutos de uma opção político-social e, portanto, da negociação havida, prin-

cipalmente, no âmbito político, em que nem todas as partes encontram-se em situação de igualdade, o que, não raro, gera distorções significativas na sua implementação.

Outra conclusão relevante a que nos conduz a “teoria dos custos dos direitos” é a de que não há direitos ou liberdades privadas, sob o ponto de vista de sua implementação, uma vez que o exercício de todo e qualquer direito depende fundamentalmente das instituições públicas. Isso, via de regra, torna o direito igualmente público e, por isso, nenhum deles pode ser absoluto, pois as escolhas são inescusáveis e as liberdades ditas privadas geram custos e têm caráter público.

Do que foi dito, importa a inferência de que uma das primeiras esferas de exigibilidade de um direito concretiza-se no âmbito da alocação de recursos que, por sua vez, ocorre no plano orçamentário. Seja qual for a espécie do direito a ser exigido, a observância dessa premissa é inexorável. Todavia, resta um questionamento: por que a doutrina da reserva do possível ou reserva orçamentária – cujos delineamentos serão apresentados a seguir – é em regra utilizada como argumento contrário à implementação jurisdicional apenas daqueles direitos que, embora fundamentais, são havidos pela teoria tradicional como positivos? Indo para um plano hipotético extremado, poder-se-ia questionar por que não se afirma que o direito à liberdade de culto – por exemplo – pode deixar de ser implementado na esfera jurisdicional em razão da inexistência de reservas orçamentárias suficientes para garanti-lo?

4. Limites e possibilidades para a construção de alternativas para a concretização progressiva dos direitos fundamentais sociais

Embora o raciocínio desenvolvido por Cass Sunstein e Stephen Holmes parta da análise da sociedade estadunidense, também no Brasil a dicotomia entre as liberdades individuais ou direitos civis, como direitos negativos – de implementação graciosa –, e os direitos sociais, como direitos positivos e de efetivação onerosa, têm impedido o enfrentamento do tema em toda a sua extensão. A propósito disso, os ganhos com o esclarecimento das questões trazidas a lume pelos autores – já amplamente divulgados em trabalhos publicados no Brasil – são incontestáveis. Isso porque argumentos de ordem

institucional ou pragmática têm inviabilizado, como regra, a concretização dos direitos sociais.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em pedido de suspensão de liminar ajuizado pela União (SL 228 / CE – CEARÁ), surgiu um novo olhar sobre a obsoleta classificação dos direitos sociais como estritamente positivos. Referimo-nos à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Ministério Público do Estado do Ceará, haja vista que, embora datassem de muito tempo as tentativas de composição extrajudicial, todas devidamente documentadas no bojo de um extenso inquérito civil – iniciativas que, inclusive, redundaram em incidência política sobre a elaboração do orçamento relativo às políticas públicas na macrorregião de Sobral –, o Sistema Único de Saúde, por seu gestor em nível federal, não se mobilizara para fazer valer os princípios e protocolos que regem tal sistema e que haviam sido objeto de deliberação prévia. Tampouco demonstrou estar evidando qualquer esforço para cumprir o planejamento orçamentário correspondente. Fato é que, embora houvesse, em tese, a rubrica para tanto, a União estava em notável mora para com os usuários aos quais era recomendada internação em unidade de tratamento intensivo, porque em toda a macrorregião não havia vagas nesse tipo de atendimento.

Logo no início da citada decisão, a tese do custo dos direitos, tal qual engendrada por Stephen Holmes e Cass Sunstein, foi apresentada para fazer frente às limitações dogmáticas e pragmáticas à justiciabilidade dos direitos:

Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*). [...] Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a

perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’ [...]. Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas

opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. [...] (STF/DF – Suspensão de Liminar 228-7/CE. Min. Rel. Gilmar Mendes, 14.10.2008)

Estabelecem-se, assim, duas premissas que indicarão os caminhos conclusivos deste artigo. A primeira delas diz respeito à constatação de que tanto os direitos de liberdade tanto os direitos políticos, quanto os sociais são fundamentais à preservação da democracia e à sobrevivência da própria sociedade política. A segunda premissa refere-se ao fato de que a efetivação desses direitos, invariavelmente, gera custos, demanda a elaboração de políticas públicas⁶ específicas e, também de modo inevitável, submete-se à limitação de recursos cuja alocação é precedida de escolhas políticas. Logo, se a administração de carências é inexorável, a efetivação dos direitos fundamentais depende da priorização na destinação dos recursos necessários à implementação das políticas públicas correspondentes que, por sua vez, é definida nos orçamentos públicos.

Com efeito, se o limite orçamentário corresponde à reserva do que é possível realizar, a concepção de uma “reserva do possível” como óbice à realização de direitos fundamentais deve ser estruturada a partir de uma visão sistêmica, evitando-se assim que se instaure uma total letargia do Poder Judiciário diante da negativa estatal em realizar direitos e, ao mesmo tempo, afastando os riscos de um ativismo judicial capaz de colocar em xeque o equilíbrio entre os Poderes ou, como se pretende abordar, entre os sistemas político e jurídico.

A “reserva do possível”, compreendida a partir da diferenciação funcional dos sistemas sociais proposta por Luhmann⁷, pode ser identi-

⁶ Como definição de políticas públicas, aquele formulado por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241) é objetivo e esclarecedor: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

⁷ Niklas Luhmann (2004) compreende o direito com um dos vários sistemas existentes

ficada como ponto de intersecção entre os sistemas jurídico, econômico e político e, assim, tratada como limite intrínseco à efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, na compreensão sistêmica desse autor, política, direito e economia são sistemas sociais distintos – em meio a vários outros sistemas, como a educação, a arte, a religião etc. – que se inter-relacionam por meio do que o autor denomina de acoplamentos estruturais.

Se é que é possível uma análise breve da teoria da diferenciação funcional dos sistemas sociais de Luhmann (2004), pode-se começar explicando que há diferenças funcionais entre cada um dos sistemas que lhe dotam de condições para oferecer prestações específicas para a sociedade. Isso porque com a complexidade advinda da modernidade, a evolução social deu lugar ao surgimento de vários sistemas que se especializaram para desempenhar determinadas funções no sistema social. De acordo com a respectiva função, o sistema se auto-organiza em operações internas realizadas com base num código binário exclusivo de cada sistema, o que se denomina fechamento operacional. No caso do direito, ele se auto-organiza – diz o que é direito e, conseqüentemente, o que corresponde às suas funções e o que não é – a partir do código jurídico/antijurídico. A política, por sua vez, auto-organiza-se em torno do que seja poder / não poder. Em razão das diferentes funções e dos diferentes códigos de cada um, surgem programas específicos para que as operações no âmbito interno se realizem. No caso do direito, suas operações são realizadas a partir de um programa normativo condi-

numa sociedade. Esses sistemas diferenciam-se conforme a função que desempenham, por isso se diz que a vertente sistêmica encampada por Luhmann enfatiza a diferenciação funcional. Ao direito, ou ao sistema jurídico, para usar a terminologia escolhida pelo autor, corresponde a função de promover a “generalização congruente de expectativas normativas”. A expressão generalização indica que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo, embora haja inúmeras expectativas pairando no ambiente em que o sistema se insere. O sistema jurídico só deve ser sensível às expectativas estruturadas normativamente. Expectativas normativas, a seu turno, são aquelas que persistem aos fatos, não cedem às frustrações. Se as expectativas são generalizáveis de modo congruente, ou seja, se possibilitarem ao sistema atribuir-lhes segurança, elas serão consideradas jurídicas. Assim o sistema jurídico diferencia-se dos demais por ser o único que desempenha a função de estabilizar as expectativas tornadas jurídicas pela positivização, pela institucionalização de procedimentos e pela adequação a programas condicionais de decisão.

cional, do tipo se/então. Vale dizer, se ocorre X, a regra aplicável ao caso é Y, e a decisão deve ser, então, Z. Já a política distingue-se por meio de operações orientadas por programas teleológicos, sempre voltados ao futuro.

Embora conservem a autonomia que lhes atribui a identidade funcional, os sistemas sociais mantêm inter-relações e sofrem os influxos advindos do ambiente em que se inserem. Assim, conquanto o sistema jurídico seja operativamente fechado, ele mantêm-se cognitivamente aberto às influências do meio, que funcionam como interferências intersistêmicas. Logo, não é correto afirmar, com base em Luhmann (2004), que os sistemas sociais sejam independentes entre si. Diversamente disso, eles se inter-relacionam frequentemente, sem, contudo, perder a integridade, que é assegurada pela utilização de um código e de um programa próprio, exclusivo e específico para propiciar a prestação a que o sistema se propõe a oferecer a sociedade. Assim, em termos gerais, o direito atua separando o que é jurídico do que é antijurídico, valendo-se de um programa desenvolvido a partir da idéia de se/então, ou seja, se o caso é x, subseme-se à regra y, então a decisão que poderá contribuir para a generalização congruente da expectativa jurídica apresentada ao Judiciário deve ser Z.

Pode-se dizer que o direito, a política e a economia – aqui enfocada sob a perspectiva da ordem financeira estatal – inter-relacionam-se por meio da Constituição. A Constituição, portanto, como aquisição evolutiva da sociedade,⁸ permite uma espécie de permeabilidade entre esses sistemas: “na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as” (NEVES, 2008, p. 97). Com efeito, a Constituição possibilita que os sistemas político e jurídico se abram a influências recíprocas e, ao mesmo tempo em que estabelece limites a essa abertura cognitiva ou, em

⁸ Juliana Neueschwander Magalhães (2009, p. 289) explica que, “No período em que se convencionou chamar por modernidade, a diferenciação social deu-se a partir da estruturação de sistemas sociais orientados para a realização de específicas funções sociais. [...] Essa idéia tanto jurídica quanto política de constituição surgiu, portanto, correlatamente ao incremento da visibilidade de que os sistemas político e jurídico estavam em grau de se apoiarem reciprocamente, o que significava que estavam em grau de se apresentarem como sistemas funcionalmente diferenciados.”

linguagem genérica, a essa permeabilidade desses sistemas. Disso resultarão conseqüências, ainda que indiretas, para as decisões adotadas por cada um desses sistemas. É por isso que o fechamento operacional – que impõe a cada sistema operar com base em seus próprios elementos – deve ser preservado, sob pena de a diferenciação funcional entre os sistemas deixar de existir. Sob essa perspectiva teórica, espera-se que, conquanto sofra as influências do sistema político, o sistema jurídico deve decidir levando em consideração seu próprio código e, assim, defina o que é lícito em cada situação; o sistema político, diversamente, embora se inter-relacione com o sistema jurídico, sofrendo as limitações daí advindas, deverá decidir com base na agregação de interesses e nos elementos concernentes à tomada de decisões eminentemente coletivas.

No âmbito do sistema jurídico, o dever de julgar imposto pelo *non liquet* confere-lhe a nota de completude do ponto de vista operacional: a decisão deve ser produzida no interior do sistema jurídico, conquanto leve em conta circunstâncias que lhe são externas. O sistema político, ao contrário, atua com vistas ao futuro e pode, até certo ponto, decidir quando decidir, valendo-se de adiamentos e delegações, entre outras estratégias. O sistema econômico, a seu turno, decide com vistas a obter a maior vantagem, com o mínimo dispêndio. No que diz respeito ao processo de realização dos direitos do cidadão, pode-se dizer, então, que a Constituição é a referência e o limite para os “pontos de intersecção” entre esses sistemas. Indo um pouco além, pode-se afirmar que os orçamentos públicos são, por assim dizer, a referência constitucional para que o direito possa considerar as condições políticas e econômicas que lhe são externas para decidir sobre impor ao Estado a implementação de um direito social.

Pronuncia-se, assim, a relevância dessas premissas teóricas para a análise da exigibilidade dos direitos sociais. Isso porque, ao enfatizar a diferenciação entre os sistemas, as proposições de Luhmann oferecem bons instrumentais para a construção das fronteiras entre os sistemas jurídico, político e econômico a partir do exame de como são processadas suas interferências recíprocas.

Um dos critérios para se aferir os limites da jurisdição, no que diz respeito à natureza da decisão que será proferida, é se a decisão é programática, pois elaborada para atender os anseios de uma maioria, ou se é programada, produzida de modo condicional, a partir de casos postos. A primeira é tipicamente política, alcança um universo de incidência necessariamente amplo, pois sempre diz respeito a uma coletividade e dirige-se ao futuro; a segunda integra o âmbito do sistema jurídico que, diversamente, oferece espaço mais bem delimitado para a participação dos atores, uma vez que suas decisões não visam a atender expectativas da maioria, mas a proteger expectativas jurídicas. Nada obstante, é certo que cabe ao sistema jurídico, na atividade de controle do poder, valer-se de programas finalísticos. Por outro lado, o sistema político não se exime da vinculação a programas condicionais de natureza normativo-jurídica quando elabora e operacionaliza seus programas finalísticos. (NEVES, 2008, p. 94). Em outras palavras, é dizer que, na atividade de controle da licitude das decisões políticas, o sistema jurídico pode decidir com vistas ao futuro. É o que ocorre, *v.g.*, no controle de constitucionalidade das leis, inclusive orçamentárias e a respectiva execução, assim como nas ações civis públicas que se questionam programas governamentais relativos a políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais.

No que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais e, notadamente, ao controle das políticas públicas pelo sistema jurídico, embora evidenciada a intersecção entre o direito e a política, a diferenciação funcional entre esses sistemas nos leva à construção de limites à atuação dos atores do sistema jurídico. Isso porque cabe ao sistema jurídico ter como regra a edição de decisões programáticas, tais quais as que pretendem impor uma modelagem à política pública a ser executada por um ou outro governo, conforme parâmetros construídos pelo próprio operador. Todavia, cabe ao sistema jurídico exigir que o código lícito/ilícito seja aplicado à distinção poder/não poder. Assim, no Estado Democrático de Direito, há uma interdependência⁹ entre os dois sistemas, de tal sorte

⁹ Marcelo Neves (2008, p. 89) explica que, “Assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente”.

que o poder político só é exercido legitimamente quando atende ao código do sistema jurídico: “Ao lado da distinção primária poder/não poder, o esquema binário lícito/ilícito passa a desempenhar, na perspectiva da observação do sistema político, um segundo código do poder” (NEVES, 2008, p. 89). Como implicação dessa afirmação, é possível inferir que uma decisão do sistema jurídico poderá, por exemplo, bloquear ou suspender a execução de programas de governo que não atendam à necessária licitude. Tal decisão poderá, ainda, com base em deliberações advindas de searas políticas não governamentais ou mistas, como os conselhos gestores de políticas sociais, determinar que uma política pública seja remodelada pela unidade federativa executora.¹⁰ Mais que isso, é necessário não perder de vista o poder-dever incumbido ao sistema jurídico que é fiscalizar, por meio da atuação de seus atores, a elaboração e a execução dos orçamentos públicos, fazendo com que as escolhas alocativas de recursos públicos atendam às demandas da sociedade a que devem servir, bem assim para que tais escolhas sejam respeitadas por ocasião do empenho de recursos, que se dá na execução orçamentária. Vale dizer, se devem estar consubstanciadas nos orçamentos as escolhas políticas de quais direitos terão implementação prioritizada, só pode ser considerada lícita a postura do administrador público que levar em conta essa decisão política já aperfeiçoada quando da realização do empenho correspondente. Portanto, é devida a intervenção jurisdicional em questões que, em princípio, pertenceriam à seara política, sempre que for necessário garantir a preservação da licitude – como código positivo do sistema jurídico – naquelas decisões.

¹⁰ Um bom exemplo de decisões que interferem na implementação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais, sem incorrer em ativismo, vale dizer, sem “usurpar” o código binário e o programa típicos do sistema político, é a decisão do STJ cuja ementa é: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido”. (BRASIL, STJ, RE 2002/0169619-5, Rel. Min. Eliana Calmon, 2004).

Seria lícito investir vultosos valores em propaganda institucional – que não raro sequer atendem ao caráter informativo que lhes deve ser ínsito –, por exemplo, quando os recursos destinados ao saneamento básico, à escolarização infantil e à assistência social dos hipossuficientes não fazem face às necessidades daquela sociedade? A resposta a essa indagação pelos principais interessados – a esfera pública organizada em movimentos, fóruns de debates, associações etc. – abre caminhos para um importante espaço de discussão e deliberação política e mobilização social que se oriente, por exemplo, pela busca da efetividade dos orçamentos e pela adequada eleição das prioridades numa dada comunidade sócio-política que antecederá à atuação do sistema jurídico propriamente dito. Destacam-se, assim, esferas de exigibilidade dos direitos fundamentais que precedem à exigibilidade judicial que, decerto, deve ser reservada ao momento oportuno, quando frustradas as possibilidades de discussão política tendente à resolução da questão no âmbito da sociedade e o conflito tiver sua pretensão de exigibilidade social encampada por atores do sistema jurídico que atuam, inclusive, extrajudicialmente, como o Ministério Público.

4.1. Exigibilidade ou justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais?

Como bem anota Gerardo Pisarello (2007, p. 112), uma reconstrução complexa das garantias dos direitos – tanto pelo que diz respeito aos sujeitos encarregados de protegê-las quanto pelo que se relaciona a qual nível de satisfação desses direitos se pode chegar numa determinada sociedade – deve levar em conta os variados níveis de exigibilidade que fogem à esfera estrita da justiciabilidade.

Em uma palavra: a exigibilidade dos direitos sociais não se pode ater aos limites impostos à justiciabilidade desses mesmos direitos. Partindo-se da premissa segundo a qual todos os direitos implicam custos, hão de ser feitas escolhas, em nível social e político, e somente depois de definidas as prioridades para uma dada coletividade se passará ao plano da exigibilidade jurisdicional. Mais que isso, somente depois de esgotadas as vias administrativas, políticas e sociais de exigibilidade é que se deveria buscar a exigibilidade jurídica ou a justiciabilidade dos direitos correlatos às escolhas prévias.

A exigibilidade dos direitos sociais é, nesse contexto, parte de um processo eminentemente social e político que, em regra, somente deve resvalar na instância jurisdicional em situações-limite. Essa é uma forma de escapar à falaciosa ideia de que, num Estado que assegura direitos sociais aos seus cidadãos, deve-se conviver com a supremacia do Judiciário. O ativismo judicial em matéria de direitos sociais traz em si um paradoxo: ao decidir pela sociedade sem que haja o necessário engajamento político da sociedade, enfraquece-se o poder de autotutela dessa mesma sociedade. Além disso, se é fato que todos os indivíduos não dispõem de condições idênticas de acesso à informação e à Justiça, por exemplo, a (re)distribuição individualizada de direitos sociais pode redundar no redimensionamento de velhas injustiças, a partir da reprodução da exclusão. A questão mais tormentosa, nesse ponto, ainda é aquela que diz respeito à ingestão do Judiciário em questões estritamente políticas, ou seja, em escolhas pretéritas que deveriam ter sido chanceladas ou refutadas pelo universo de pessoas por elas afetadas.

Não se está aqui a defender a omissão do Poder Judiciário em face das violações de direitos sociais não raro perpetradas pelo Estado. Apenas se pretende contribuir para que não se busquem soluções simplistas ou milagrosas para questões complexas. A intervenção judicial em matéria de direitos sociais já redundou em muitos progressos, sobretudo quando a questão é posta com a devida profundidade e os “argumentos de direito ou de princípio” – para usar a expressão de Dworkin, conforme faz Habermas (1997) – são devidamente identificados nas razões de decidir e sobrepõem-se aos “argumentos de política”.

É dizer, cabe ao Judiciário dirimir a questão quando todos os argumentos que a envolvem forem passíveis de esclarecimento por meio do processo, sendo para tanto necessário um percurso anterior, percorrido pela sociedade em seus movimentos organizados e pelas instituições e órgãos de controle, como o Ministério Público, por exemplo, no caso brasileiro.

O importante é trazer à cena os fatores que motivaram as opções legislativas, administrativas e orçamentárias para uma dada carência

social e, então, conforme o caminho apontado por cada uma das estratégias para implementação da política pública correlata, definir a estratégia de mobilização e defesa do direito violado.

A intervenção judicial voltada à efetivação de um direito social pode cair num vazio jurídico se não se analisam quais os meios necessários para sua execução e qual o nível de coercitividade que a intervenção traz consigo. Ao contrário, se aferida a omissão e identificada a escolha orçamentária preterida que culminou com a violação de um direito social, por exemplo, a intervenção judicial poderá ser de incomensurável valia para o “empoderamento” do controle social e fator decisivo na motivação dos cidadãos à participação em processos político-deliberativos que envolvem a vida cotidiana e que, no mais das vezes, são ignorados pelos maiores afetados pelas escolhas daí decorrentes. Assim:

Esta perspectiva mais complexa da exigibilidade dos direitos sociais possibilitaria apresentar de maneira menos cética a questão da tutela jurisdicional daqueles direitos. Uma vez assumido, precisamente, que as vias jurisdicionais não podem ser nem a única nem a principal via de satisfação dos direitos sociais, seria possível mostrar de maneira coerente que são, entretanto, vias possíveis e convenientes de proteção, e que todos os direitos, de forma potencialmente equivalente, apresentam aspectos que podem ser objeto de exigibilidade, controle e reparação por parte de tribunais independentes. (PISARELLO, 2007, p. 113, tradução nossa).¹¹

Num contexto essencialmente democrático, portanto, é necessário que a intervenção judicial seja legitimada pelo processo político-deliberativo que antecede a exigibilidade jurídica de um direito social.

¹¹ Esta perspectiva más compleja de la exigibilidad de los derechos sociales possibilitaria presentar de manera *menos escéptica* la cuestión de la tutela jurisdiccional de los mismos. Una vez asumido, precisamente, que las vías jurisdiccionales no pueden ser ni la única, ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales, sería posible mostrar de manera coherente que son, sin embargo, vías posibles y convenientes de protección, y que todos los derechos, de manera potencialmente equivalente, presentan facetas que pueden ser objeto de exigibilidad, control y reparación por parte de tribunales independientes.

Em nada contribui para o aperfeiçoamento das instituições democráticas desconhecer a preeminência do âmbito político e a imprescindibilidade de que os potencialmente afetados pelas deliberações assumam seu lugar nesse processo.

Longe das raias do passivismo judicial, o esforço rumo ao equilíbrio entre os Poderes e à reconstrução democrática do plano de efetividade dos direitos sociais impõe seriedade no trato da questão. Conquanto haja inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal em que a postura ativista seja notória e, muitas vezes, despida de qualquer eficácia fática, naquela decisão que mencionamos em linhas anteriores (SL 228/CE – CEARÁ) os argumentos antiativistas ou contrários ao que se convencionou chamar de judicialização da política também foram enfrentados com o necessário vigor:

Nessa perspectiva, talvez seja necessário redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. [...] (STF/DF – Suspensão de Liminar 228-7/CE. Min. Rel. Gilmar Mendes, 14.10.2008).

Cumprе observar que, quando se consideram os critérios que antecederam à formulação de uma dada política pública e se constata a inobservância dos parâmetros que os originaram ou mesmo a inércia do Poder Executivo em tornar tal política efetiva, embora seja notória a prioridade estabelecida, é dever do Poder Judiciário, atento às condições de um programa normativo condicional, apreciar

a questão que lhe é apresentada, não havendo excesso quando se controla o exercício do poder-dever de bem administrar os recursos públicos e as demandas da sociedade.

4.2. A reserva do possível como limite intrínseco à implementação dos direitos em geral

Como bem nos lembra Lopes (2008, p. 178), desde Roma é sabido que *Impossibilitum nulla obligatio est*. A expressão foi incorporada à compilação determinada por Justiniano e, ao longo dos anos, à tradição jurídica ocidental, até porque é evidente, entre nós, que não se pode esperar que outrem preste o impossível.

A sofisticação desse pensamento elementar pode ser tributada à tradição alemã, porque na década de 70 o Tribunal Constitucional passou a reconhecer que os limites postos pelas políticas públicas de educação, por exemplo, não poderiam se curvar ao interesse individual por este ou por aquele curso superior. O caso paradigmático, à época, referia-se à limitação no número de vagas oferecidas para certa formação acadêmica. Inconformado com a impossibilidade de ingressar no curso pretendido, um indivíduo buscou o Judiciário para fazer valer seu direito à livre escolha de sua profissão. Nesse contexto, argumentou-se que a ação estatal estaria delimitada pela “reserva do possível” em referência ao dever de o particular se submeter ao planejamento estatal elaborado a partir das demandas e expectativas de determinada comunidade política. Se o Estado distribuiu as vagas em entidade de ensino superior conforme a demanda profissional que pretendeu atender, a motivação clara que antecedeu à formulação dessa política pública educacional/profissional não se pode sucumbir ao voluntarismo de um ou outro cidadão. Deve-se ter em mente que falamos de um país onde o estado social foi satisfatoriamente implementado e que tal decisão foi proferida em pleno *welfare state*, contexto em que um jovem recém-formado sem perspectivas de colocação profissional decerto oneraria sobremaneira os cofres públicos.

Num contexto muito diferente, no entanto, a reserva do possível vem-se assentando como panaceia contra todas as ações dirigidas a garantir os direitos sociais dos cidadãos sob vários argumentos.

Em geral, valendo-se da tradicional concepção de que apenas os direitos sociais são prestacionais e, por isso, exigem uma contraprestação de ordem financeira do Estado para sua implementação, argumenta-se que a concretização desses direitos está a depender de previsão e efetiva disponibilidade financeiro-orçamentária. Logo, a aplicação da teoria da reserva do possível, tal como introduzida no ordenamento jurídico pátrio, tende a afastar a exigibilidade jurídica dos direitos sociais, sem maiores questionamentos quanto a cada hipótese em concreto. Nem sequer se cogita da obrigação que o ente estatal tem de, na condição de devedor de determinada prestação, comprovar a inexistência de provisionamento para executar a política pública correlata a esta prestação ou, ainda, o dever de prestar contas dos recursos já investidos nas políticas e nos programas previamente definidos como prioritários.

Não estamos a advogar no sentido de que se pode desconhecer a existência de limites orçamentários que possam configurar óbices à sindicabilidade de um direito social, “mas como orçamentos não são coisas da natureza mas frutos de decisões políticas, é bem possível que eles também estejam sujeitos a regras de elaboração e que, portanto, possam ser jurídica e judicialmente impugnados” (LOPES, 2008, p. 179).

Propor a aplicação da teoria da reserva do possível sem que sejam trazidos à tona elementos que permitam avaliar quais as escolhas foram feitas quando da decisão pela alocação de recursos e a implementação desta ou daquela política pública é fazer tábula rasa da mesma razão de ser da questão política que subjaz à reserva do possível. É privar da análise jurídica o público potencialmente interessado na eficácia das escolhas e na eficiência da execução dessas opções políticas. Se todos sabemos que o mundo contemporâneo é premido por contingências como a escassez de recursos, a qual tende a implicar desigualdade crescente, há de haver regras – regras claras e suscetíveis de análise pelo Judiciário, inclusive – que presuponham congruência no acesso ao direito cuja proteção norteou a distribuição desses recursos.

Assim é que, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável sobre sua destinação, donde

se torna premente a necessidade de aprimorar os mecanismos de gestão democrática do orçamento público, bem como do processo mesmo de administração de políticas públicas em geral, no âmbito legislativo e administrativo (LEAL, 2006).

No entendimento aqui apresentado, a doutrina da reserva do possível pode ser até eficaz no sentido de tornar claras as opções políticas que culminam com a escolha pela implementação de uma política pública em detrimento de outra, por exemplo, ou para desvelar a inoperância de uma dada política diante da falta dos investimentos previstos para sua execução e não empenhados, conquanto houvesse previsão orçamentária nesse sentido. Seria eficaz, também, se entendida como uma restrição à análise de questões eminentemente políticas, ou seja, quando a matéria submetida à apreciação judiciária esteja adstrita “à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos” (LOPES, 2008, p. 184).

Entretanto, o raciocínio inverso é igualmente válido. Invocada a reserva do possível e apresentados os argumentos técnicos inerentes à alocação de recursos, à elaboração da política pública e à distribuição dos investimentos em nível orçamentário, o próprio Executivo reconhece o orçamento como um instrumento que vincula – e não apenas orienta – toda a ação administrativa, porquanto caberá a ele empreender todos os esforços necessários para executar esse orçamento.

Embora o tema demande reflexões de maior monta, o objetivo deste tópico limita-se à anotação de algumas críticas à forma inconsistente e incoerente que a teoria da reserva do possível assumiu no Brasil. O que se vê, de fato, é sua utilização como mero argumento capaz de obstar, independentemente das contingências ou peculiaridades de cada caso concreto – o que deveria, no mínimo, ser objeto de prova produzida por quem alegar a inexistência de reservas –, a justiciabilidade dos direitos sociais, configurando uma causa legitimadora da inércia estatal ou, quando muito, uma justificativa para a não interferência nas opções legislativas ou administrativas, como se tais escolhas não devessem estar submetidas ao crivo de todos os indivíduos potencialmente sujeitos às consequências decorrentes dessas escolhas.

5. Conclusão

Após algumas considerações sobre a fundamentalidade dos direitos sociais e apresentados alguns dos óbices à sua exigibilidade, percebe-se que muito interessa, inclusive para o surgimento de uma cultura de civilidade política, desmistificar postulados que vêm sendo reproduzidos ao longo dos anos.

Se o direito é, potencialmente, um instrumento de conservação das tradições, isso não exclui a possibilidade de que seja utilizado como instrumento de transformação de uma sociedade. A mesma força que tende a manter o *status quo* pode ser usada na construção de novos caminhos democráticos.

A questão que não pode ser afastada desse raciocínio diz respeito apenas ao fato de que o poder de transformação do direito advém do potencial de transformação demonstrado por uma sociedade, seja por intermédio de seus próprios movimentos e organizações, seja por intermédio das instituições cuja atuação legítima. Não se pode esperar, tampouco acreditar, que um dos Poderes, isoladamente considerado, agirá em nome de uma sociedade que não se mobiliza e que não expressa suas expectativas de realização de direitos. Por isso é inadequada a crença de que a supremacia do Judiciário é o caminho mais curto para a progressiva concretização de direitos sociais. A situação é demasiado complexa para admitir um raciocínio assim tão simplista.

Quando se fala em justiciabilidade de direitos fundamentais sociais, embora não se desconheça os bem vindos avanços alcançados por essa vertente realizadora de direitos, faz-se referência a apenas um dos caminhos que podem ser democraticamente utilizados para a concretização progressiva dos direitos relacionados a fruição da cidadania. Contudo, perfilha-se o entendimento de que os âmbitos de exigibilidade extrajudiciais, internos ou externos ao sistema jurídico, são adequados e podem alcançar maior índice de eficiência no cumprimento desse mister. Fosse assim, como ironiza Rodolfo Arango (2004, p. 133), bastaria que, no bojo de uma determinada ação, um juiz decretasse a felicidade geral das pessoas ou um salário mínimo que, de fato, fizesse face à tarefa de proporcionar uma vida materialmente condigna ao trabalhador. Bastariam poucas decisões aqui e acolá para que todos os problemas sociais encontrassem bom termo.

Longe de advogar em prol de um Judiciário passivo, pretendeu-se apresentar a complexidade do desafio da contemporaneidade, mormente em países não centrais, com baixos níveis de efetividade de direitos essenciais à existência condigna dos indivíduos, de encontrar um equilíbrio entre os poderes e redesenhar o papel dos tribunais como instrumentos de combate à inércia ou à hiperatividade do Legislativo, além de controlar a omissão ou os desvios da administração pública.

Ter em mente que a efetivação de todos os direitos implica custos, por outro lado, deve ser impactante, na medida em que as escolhas políticas sobre como e onde alocar os limitados recursos públicos passem a ser objeto do controle social, vislumbra-se a possibilidade de que isso contribua para que os potencialmente afetados por todas essas decisões mobilizem-se para incidir e interagir nesse processo político que precede a elaboração da agenda orçamentária de um ente federativo. Se a planilha de despesas e receitas do Estado deve ser organizada num orçamento e realizada durante a execução orçamentária correspondente, que esse orçamento passe a vincular, na medida de sua concretização, as ações – ou omissões – da administração pública. O orçamento poderá, assim, ser um instrumento que favoreça a efetivação de direitos, e a vinculação da Administração aos seus postulados – não falamos de previsão orçamentária, mas em execução do orçamento com base nos recursos efetivamente disponíveis – seria, de igual sorte, um meio legítimo para que as expectativas sociais em torno desse mesmo orçamento pudessem ser realizadas.

Com efeito, a exigibilidade judicial prestar-se-ia, propriamente, para fazer valer as escolhas políticas e as prioridades identificadas num dado contexto social. Nesse modelo, nenhuma das esferas de exigibilidade é desconsiderada ou subestimada. A incidência da sociedade nos processos políticos relativos à elaboração orçamentária e o acompanhamento da execução correspondente antecedem à exigibilidade administrativa ou política que deverá ser legitimada por órgãos de controle conforme o desenho institucional de cada Estado. No contexto brasileiro, o Ministério Público possui um desenho institucional que favorece o desempenho de um papel destacado na articulação dos interesses socialmente relevantes em face do Estado, identificando demandas de um lado e buscando novas perspectivas de concretização das políticas públicas correlatas aos direitos cuja efetivação tenha sido negligenciada pelo ente estatal, de outro. Para tanto, é necessário uma progressiva

aproximação com a sociedade civil organizada, o que *v.g* ocorre por meio da atuação extrajudicial que o conecta com os mais importantes canais de discussão e deliberação da sociedade a que deve servir.

Assim, a exigibilidade jurisdicional dos direitos poderia ser, de fato, relegada ao plano da excepcionalidade. E, frise-se, a motivação para essa conclusão não são os óbices erguidos em desfavor da justiciabilidade desses direitos, mas pura e simplesmente porque a regra, num Estado Democrático, não pode ser a intervenção judicial em toda e qualquer questão política. Há de haver um caminho prévio que possibilite ao Judiciário não agir no lugar da sociedade, mas agir como instituição capaz de agregar legitimidade às várias formas de mobilização social que, embora tenham eventualmente orientado a decisão política, não tenham sido eficientes no sentido de restabelecer ou fazer cumprir o direito violado. No que diz respeito ao Ministério Público esse é o papel que lhe incumbe: estimular a transformação social fazendo valer as escolhas que atendam aos anseios dessa sociedade, no plano jurisdicional, quando necessário.

6. Referências bibliográficas

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. HARDY, Henry; HAUSHEER, Roger (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 2002/0169619-5, Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. p. 236, publicada em mar. 2004.

COUTO, Claudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Revista Lua Nova*, 65. São Paulo, 2005, p. 95-135.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

_____. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LEAL, Roberto Gesta. *Administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais*: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Law as social system*. New York: Oxford University Press, 2004.

MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*: Constituição e diferença. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

SPOSATI, Aldaiza. *Mínimos Sociais e Seguridade Social: uma revolução da consciência da cidadania*. *Serviço Social e Sociedade*, n. 55, São Paulo: Cortez, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights*: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004.

SUNSTEIN, Cass R; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*: why liberty depends on Taxes. New York: Norton, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; MARCELO Burgos. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck; MARCELO Burgos. (Coord.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ. p. 337-492.

Artigo enviado em: 25/01/2010

Artigo aprovado em: 18/08/2010

DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA: PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO E O REGIME DE PRECATÓRIOS

PRISCILLA GUEDES CASTILHO DA SILVA

Analista em Direito no Ministério Público de Minas Gerais, Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pós-graduada em Curso de Especialização em Direito Processual: grandes transformações, pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL VIRTUAL

RESUMO: O presente trabalho visa esclarecer eventual incongruência entre a exigência constitucional de indenização prévia devida pela Fazenda Pública ao expropriado, nas ações de desapropriação por utilidade pública, e a exigência, também constitucional, de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, ao regime de precatórios. O intuito principal é saber se a exigência de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, ao regime de precatórios, constitui ou não uma exceção implícita ao requisito da indenização prévia constante no art. 5º da Constituição da República.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação, indenização prévia, precatório.

ABSTRACT: This work seeks to clarify the possible incongruence in the constitutional demand for adequate compensation to the dispossessed during expropriation due to public interest in Brazil. Besides, it also intends to clarify the constitutional demand that payments owed by the Public Treasury as a result of judicial decision must be submitted to the system of judgment debt of the government. The main objective is to know whether the demand to submit

payments owed by the Public Treasury to the system of judgment debt of the government constitutes or not an implicit exception to the requirement of an adequate previous compensation as stated in the 5th article of the Brazilian Federal Constitution.

KEY WORDS: expropriation; adequate compensation; certificate of judgment debt of the government.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da desapropriação. 3. A desapropriação por utilidade pública e o requisito da prévia indenização. 4. Do regime de precatórios nas ações de desapropriação por utilidade pública. 5. A prévia indenização e o regime de precatórios. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Tratando-se a desapropriação de um “drástico” procedimento de intervenção do Poder Público na propriedade privada, por meio do qual um particular, por exemplo, é despojado de um bem, mediante indenização, em prol da coletividade, o art. 5º, XXV, da Constituição Federal determina que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou *utilidade pública*, ou por interesse social, *mediante* justa e *prévia indenização* em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. (grifo nosso).

Estabelece, ainda, o *caput* do art. 100 da Constituição da República que “os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estaduais, Distritais e Municipais, em virtude de sentença judiciária”, deverão ser feitos “exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos *precatórios* e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Em face dos dispositivos acima transcritos, pergunta-se como seria possível compatibilizar, nas ações judiciais de desapropriação por utilidade pública, o requisito da prévia indenização com a exigência de submissão do pagamento devido pela Fazenda Pública ao regime de precatórios.

Não havendo definição legal acerca de um marco específico para o estabelecimento da denominada “prévia indenização” exigida constitucionalmente, o presente trabalho pretende demonstrar a existência de eventual divergência doutrinária, esclarecendo se existe, ou não, incompatibilidade entre o disposto no art. 5º XXIV (prévia indenização) e o art. 100, *caput* (submissão ao regime de precatórios), ambos da CF/88.

2. Da desapropriação

Embora o presente trabalho tenha como foco a análise da exigência constitucional de prévia indenização nas ações de desapropriação por utilidade pública, faz-se necessária uma prévia conceituação do instituto da desapropriação, apontando-se as diversas modalidades existentes, para que seja possível visualizar a desapropriação por utilidade pública no contexto em que insere na disciplina constitucional e legal sobre o assunto.

Assim, vale iniciar o estudo através da transcrição do conceito apresentado por Hely Lopes Meirelles (1989, p. 501):

Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, *mediante prévia* e justa *indenização* em dinheiro (Const. Rep., art. 5º., XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de reforma agrária, por interesse social (Const. Rep., art. 184)”. (grifo nosso).

Complementando, segue o conceito apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 858-859):

À luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, *mediante indenização prévia*, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de

certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real. (grifo nosso).

De forma extremamente resumida, depreende-se que a desapropriação é uma das formas de intervenção do Estado na propriedade (pública ou privada), em prol de uma finalidade pública capaz de justificar o ato de o Poder Público transferir para si determinado bem, de forma discricionária¹, tendo em vista os limites traçados pela Constituição e expressos em lei.

Ambos os autores apontam a prévia indenização como uma das características essenciais deste instituto, não exigida apenas nas hipóteses previstas na própria Constituição. Sobre o assunto, destaca Mello (2009, p. 859):

Há, pois, dois tipos de desapropriação no Direito brasileiro². Em um deles a indenização é prévia, justa e em dinheiro, conforme tradição de nosso Direito. Está previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição como sendo o regime indenizatório corrente, normal. O outro é o que se efetua através de pagamento em títulos especiais da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas.

¹ Segundo Mello (2009, p. 952-963): “fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”. Para o autor, “discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez as expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. A nosso ver, a discricionariedade, nas ações de desapropriação, está, sobretudo, relacionada à decretação de utilidade pública de determinado bem, bem como à alegação de urgência para fins de imissão provisória na posse.

² José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 652) acrescenta uma terceira espécie de desapropriação, consistente naquela prevista no art. 243 da CF, “a qual podemos denominar de desapropriação confiscatória, por não conferir ao proprietário direito indenizatório, como ocorre com as modalidades anteriores”.

Segundo este entendimento, existe, pois, a desapropriação ordinária, contemplada no art. 5º, XXIV, da CF (a qual exige indenização prévia e em dinheiro); e, além desta, a desapropriação prevista no art. 182, § 4º, III, da CF (desapropriação urbanística sancionatória)³ e aquela disposta no art. 184 da CF (desapropriação rural para fins de reforma agrária)⁴. Nesses dois últimos casos, a indenização deve se dar mediante pagamento em títulos da dívida pública e não por meio de indenização prévia e em dinheiro.

Não sendo objeto do presente trabalho a análise pormenorizada de todas as modalidades de desapropriação existentes, passaremos, a seguir, à conceituação da desapropriação ordinária por utilidade pública e à exigência constitucional de prévia indenização.

3. A desapropriação por utilidade pública e o requisito da prévia indenização

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer o conceito e a legislação aplicável ao procedimento de desapropriação por utilidade pública, vejamos.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 648 e 650):

Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização. [...] Com caráter regulamentar da norma constitucional, devem ser destacadas duas leis reguladoras da desapropriação. A primeira é o Decreto-Lei nº 3.365, de 21/6/1941, considerado a lei geral das desapropriações, que dispõe sobre os casos de desapropriação por utilidade pública. [...] O outro diploma regulamentador é a Lei 4.132, de

³ Sobre esta, esclarece José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 650): “Na verdade, essa forma expropriatória é prevista como a que pode ser adotada a título de penalização ao proprietário do solo que não atender à exigência de promover o adequado aproveitamento de sua propriedade ao plano diretor municipal. Nesse caso, o Poder Público desapropria para adequar o solo às necessidades urbanísticas expressas no plano”.

⁴ Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 651): “Trata-se na verdade, de modalidade específica da desapropriação por interesse social e tem o objetivo de permitir a perda da propriedade quando esta não esteja cumprindo sua função social”.

10/9/1962, que define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.

Assim, a desapropriação por utilidade pública é regulada pelo Decreto-lei nº 3.365/41, cujo art. 5º enumera alguns casos de utilidade pública⁵.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p.163) que “há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível”.

Sobre o art. 5º, XXIV, da CF/88, entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 881):

Tendo em vista o texto do art. 5º, XXIV, da Carta Constitucional, que subordina a desapropriação à ‘prévia e justa indenização...’, desde logo *depreende-se que não se pode consumir antes do pagamento da indenização*. Em consequência, o Poder Público só adquirirá o bem e o particular só o perderá com o pagamento da indenização. Isto só é excepcionado nos casos invulgares em que a Constituição admite desapropriação paga com títulos, desde que o resgate deles se faça ao longo do tempo (arts. 182, §4º, III, c/c arts. 185 e 186). (grifo nosso)

⁵ “Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública: *a)* a segurança nacional; *b)* a defesa do Estado; *c)* o socorro público em caso de calamidade; *d)* a salubridade pública; *e)* a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; *f)* o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; *g)* a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; *h)* a exploração ou a conservação dos serviços públicos; *i)* a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999); *j)* o funcionamento dos meios de transporte coletivo; *k)* a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; *l)* a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico; *m)* a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; *n)* a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; *o)* a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; *p)* os demais casos previstos por leis especiais.”

Segundo este autor, o Poder Público só adquire o bem desapropriado após o efetivo pagamento da indenização imposta. Assim, nas hipóteses de desapropriação ordinária, a prévia indenização deve ser anterior à aquisição da propriedade pelo poder público.

Fazendo uma análise crítica do tema em face das dificuldades práticas que envolvem a concretização de tal requisito, esclarece Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p.1102):

Para que o caráter prévio tenha efetividade concreta, é preciso fixar o momento anterior ao qual o pagamento da indenização deve necessariamente se realizar. [...]

Nesse contexto, é fundamental, portanto, definir em que momento um bem incorpora-se definitivamente ao patrimônio público. *Denota-se da doutrina e da jurisprudência atualizadas o entendimento de que a desapropriação consuma-se apenas com o pagamento da indenização.* Neste sentido, Celso Antônio aduz que ‘o Poder Público só adquirirá o bem e o particular o perderá com o pagamento da indenização’.

O referido posicionamento tem repercussão significativa quando se trata do caráter prévio da indenização, ora em exame. Afinal, se é certo que a indenização tem que anteceder à consumação da desapropriação e simultaneamente se entende que a desapropriação consuma-se apenas mediante o pagamento da indenização, confundem-se os dois momentos. Aquilo a que a indenização tem de ser anterior (o momento consumação da desapropriação) só ocorre com o próprio pagamento integral da indenização. Compromete-se a viabilidade de se ter uma efetiva anterioridade quanto à indenização, tornando-se inócua a exigência do artigo 5º, XXIV, da CR. (grifo nosso).

De fato, se entendermos que a indenização deve ser anterior à aquisição originária da propriedade pelo Poder Público e que esta aquisição somente se consuma com o efetivo pagamento, o critério da anterioridade do pagamento em relação à aquisição da propriedade ficará comprometido em face da simultaneidade entre tais momentos, comprometendo-se, portanto, a ideia de anterioridade prevista no art. 5º, XXVI, da Constituição da República.

Sobre o assunto, posiciona-se José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 677):

No que respeita à indenização, a regra fundamental está no art. 5º, XXIV, da CF: a indenização tem que ser *prévia, justa e em dinheiro*. São os princípios, respectivamente, da precedência, justiça e pecuniariedade.

Indenização prévia significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem. Todavia, o advérbio *antes* tem o sentido de uma verdadeira fração de segundo. *Na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem se dão, como vimos, no mesmo momento. Só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele se operou antes desta*. De qualquer forma, deve entender-se o requisito como significando que não se poderá considerar transferida a propriedade antes de ser paga a indenização. (grifo nosso).

Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p.1102) acrescenta, ainda:

Tem-se clara gravidade do resultado desta interpretação quando se atenta para a possibilidade de imissão provisória na posse⁶, mediante depósito de valor não necessariamente correspondente ao valor do bem, ao que se acresce a comum morosidade no processamento das ações desapropriatórias. Não há dúvida quanto à necessidade de a legislação fixar um marco específico, claro e diverso ao qual o pagamento da indenização deve ser prévio, de modo a excluir interpretação que termina por comprometer a exigência constitucional.

De fato, como bem entende a autora acima, a exigência constitucional da “prévia” indenização em ações de desapropriação por utilidade pública é, na prática, difícil de ser concretizada, sobretudo em face da morosidade no processamento de tais ações, inexistindo uma fixação legal desse marco a que deve a indenização ser anterior.

⁶ A imissão provisória está prevista no art. 15 do DL nº 3365/41, vejamos: “Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.”

Cretella Júnior (1998, p. 461-462), por sua vez, estabelece a sentença como marco temporal para a concretização do requisito da prévia indenização; vejamos:

‘Prévio’ é uma anterioridade, *no tempo*, tomado em relação a algum fato. ‘Prévio a quê?’ é um ‘a priori’ temporal. É sempre um ‘prévio a algo’. Aqui é ‘prévio à desapropriação’.

A lei diz que o *pagamento* ou *indenização* que o poder público deve outorgar ao particular expropriado deve ser *prévio*.

Logo, a *previalidade* é o primeiro *atributo* ou qualificação do pagamento. Trata-se de *prius*, de pressuposto necessário para a existência e concretização do instituto da desapropriação. *Previalidade* não é *preço*, não é *consequência*. Não se *desapropria* para, depois, indenizar. Muito ao contrário, *indeniza-se* para, depois, *desapropriar*. É a *indenização prévia* ou *preventiva*. É o pagamento *prévio* ou *preventivo*.

O *poder público expropriante* tem de concretizar a prestação para que a regra jurídica adequada, que é a referente à translação da propriedade, incida sobre o suporte fático, bem como para que, tratando-se de imóvel, a transcrição da sentença origine a perda. [...]

Relativamente à sentença é que se diz que a indenização será prévia. Deposita-se primeiramente o *quantum* correspondente à indenização, para que a desapropriação se concretize, *mesmo em casos de posse provisória*. A transcrição efetua, de um lado, a perda e, de outro, a aquisição de domínio. O particular perde, o Estado adquire. (grifo nosso).

Independentemente do entendimento acima, segundo o qual a indenização deve ser anterior à prolação da sentença (para que a posterior transcrição desta origine a perda da propriedade), da análise dos entendimentos acima transcritos verifica-se, em tese, que a perda da propriedade do bem pelo expropriado deve se dar após o pagamento da indenização, admitindo-se, ainda, a imissão provisória na posse.

Sobre a imissão provisória na posse, vale destacar, de forma sucinta, que consiste esta em uma medida de urgência requerida pelo poder público no curso do processo judicial, permitindo-lhe a obtenção da posse imediata do objeto da desapropriação após depósito judicial de um dos valores previstos no art. 15 da Lei nº 3.365/41⁷. Embora a legislação infraconstitucional preveja tal possibilidade em casos de urgência, certo é que, havendo divergência entre o valor depositado – o qual pode ser levantado pelo expropriado independentemente de precatório – e aquele fixado na sentença, entende-se majoritariamente que a diferença a ser paga pela administração pública deverá ser quitada mediante precatório, assim como o montante a ser pago nos processos em que o poder público não requer tal medida de urgência, por se tratar de pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas em virtude de sentença judiciária, submetidas, portanto, aos ditames do art. 100 da CF.

Embora os autores acima mencionados não discutam a questão da prevalência da indenização em face das exigências do art. 100 da

⁷ “Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 2.786, de 1956).”

§ 1º A imissão provisória poderá ser feita, independentemente da citação do réu, mediante o depósito: (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).

a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel. (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

§ 2º A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de 120 (cento e vinte) dias. (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).

3º Excedido o prazo fixado no parágrafo anterior não será concedida a imissão provisória. (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).

§ 4º A imissão provisória na posse será registrada no registro de imóveis competente. (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009).

Constituição da República, certo é que a definição doutrinária de um marco ao qual deve anteceder a efetivação do pagamento indenizatório pelo poder público (sendo esse marco o próprio pagamento ou a prolação da sentença) mostra-se, a nosso ver, inócua diante da submissão dos pagamentos ao regime de precatórios. Para que seja possível compreender o porquê da dificuldade em se implementar tal exigência prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, passaremos a uma breve análise dos procedimentos exigidos pelo art. 100 da Lei Maior.

4. Do regime de precatórios nas ações de desapropriação por utilidade pública

A ação de desapropriação por utilidade pública resulta em uma sentença condenatória do poder público, determinando que este efetive o pagamento da indenização fixada – normalmente com auxílio de peritos judiciais – mesmo nos casos em que o depósito relativo à imissão provisória seja insuficiente para a quitação do montante fixado ao final do processo.

Diante desta situação, o requisito constitucional da prévia indenização poderia nos levar a crer que, devendo ser o pagamento anterior (e simultâneo) à aquisição da propriedade do bem pelo poder público, conforme estabelecem Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, certo seria, pela lógica, a efetivação da quitação do montante fixado na sentença (ou de eventual diferença decorrente de avaliação superior ao valor depositado para fins de imissão provisória na posse) mediante depósito judicial, sem a necessidade de submissão à ordem de precatórios determinada no art. 100 da CF.

Acontece, porém, que a Constituição é clara ao exigir que os pagamentos a que se submete a Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, devem se submeter à ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Para que seja possível compreender a efetividade da exigência do art. 5º, XXIV, da CF em face do disposto em seu art. 100, necessário se faz um esclarecimento, mesmo que superficial, dos procedimentos exigidos para a realização de pagamentos mediante regime de precatórios.

Uma pequena noção desse dificultoso procedimento pode ser apreendida do trecho abaixo transcrito, retirado de um parecer emitido em 2007 por Kiyoshi Harada (Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/27881>>. Acesso em 20 de março 2010), a pedido do Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo – SINICESP, o qual, embora anterior à emenda constitucional nº 62/09, que modificou o art. 100 da CF, mantém-se plenamente válido; vejamos:

Precatório judicial significa requisição de pagamento (solicitação com sentido de ordem) do montante da condenação judicial feita pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão objeto de execução contra a Fazenda (União, Estados-membros, DF e Municípios), por conta de verba consignada na Lei Orçamentária Anual diretamente ao Poder Judiciário. [...]

Transitada em julgado a decisão judicial condenatória contra a Fazenda, os autos do processo retornam à Vara de origem (Juízo de primeira instância).

Procedida a liquidação do julgado, por cálculo aritmético, para determinar o exato montante do débito a ser satisfeito pelo poder público vencido na demanda, o juiz oficia ao Presidente do Tribunal solicitando a requisição de pagamento.

O Presidente do Tribunal requisita o pagamento, expedindo o competente precatório judicial. Entregue esse precatório ao ente político devedor, este deverá incluir na ordem cronológica, para pagamento oportuno. Essa inclusão na *ordem cronológica* decorre do princípio da moralidade administrativa, que proíbe a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias (art. 100, *caput* da CF).

Aqueles entregues dentro do período requisitorial, isto é, até o dia 1º de julho de cada ano, além da inserção na ordem cronológica, devem ter os seus valores obrigatoriamente incluídos na Lei Orçamentária Anual do exercício seguinte, para pagamento atualizado até o final desse exercício (§ 1º do art. 100 da CF). (grifo nosso).

Tratando-se de dinheiro público, há necessidade, de fato, de um procedimento de pagamento seguro e em consonância com o princípio da moralidade. Entretanto, as dificuldades práticas que envolvem o pagamento de precatórios pelo Poder Público, sobretudo alegação de escassez de recursos, demonstram que a exigência de indenização prévia, em ações de desapropriação, cuja sentença condenatória submete-se à ordem cronológica do regime de precatórios, tem tornado inócua a determinação constitucional insculpida em seu art. 5º, inciso XXIV, conforme veremos a seguir.

5. A prévia indenização e o regime de precatórios

Ainda sobre a prévia indenização, o art. 33 do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe que “o depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização”. Sobre tal dispositivo, esclarece Kiyoshi Harada (2007, p. 158-159):

Operando o pagamento ou o depósito a que alude o art. 33⁸, tem-se por consumada a desapropriação, por isso o juiz expede o mandado de imissão definitiva e posse, caso não tenha ocorrido a provisória, valendo a sentença como título hábil à transcrição imobiliária. Preexistindo a imissão provisória, esta é convalidada em definitiva.

Essa sentença final é a que efetivamente desapropria a propriedade, segundo o preceito constitucional do prévio pagamento da justa indenização. Ela não se confunde com a decisão fixadora do justo preço, que tem natureza meramente declaratória.

Essa decisão final, como assinala Pontes de Miranda, tem natureza constitutiva-mandamental; constitutiva porque ele decreta a perda da propriedade e serve de título hábil à transcrição imobiliária.

⁸ “Art. 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização.

§ 1º O depósito far-se-á no Banco do Brasil ou, onde este não tiver agência, em estabelecimento bancário acreditado, a critério do juiz. (Renumerado do Parágrafo Único pela Lei nº 2.786, de 1956).

§ 2º O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no art. 15, observado o processo estabelecido no art. 34. (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956).”

liária; mandamental, porque manda expedir o mandado de imissão de posse.

Daí por que não tem procedência a tese, que situa o momento consumativo da desapropriação antes ou depois dessa sentença, referida no art. 29º da lei específica. A desapropriação é causa de perda da propriedade e não de sua aquisição, porque significa retirada compulsória do bem. É instituto de direito público. O expropriado nada transmite, ele perde a propriedade e por essa perda compulsória recebe a justa indenização. É certo, porém, que a desapropriação no plano da eficácia gera efeitos de direito civil. A transcrição imobiliária, hoje registro da carta de adjudicação, surte efeito negativo (perda da propriedade pelo expropriado) e efeito positivo (aquisição da propriedade pelo expropriante). (grifo nosso).

Uma leitura apressada do disposto no art. 33 do Decreto-lei nº 3365/41 nos levaria a crer que o pagamento prévio da indenização deveria se dar por meio de um imediato depósito do valor fixado na sentença, pela Fazenda Pública, à disposição do juiz da causa.

Mas como ficaria a exigência de submissão ao regime de precatórios? Sobre esse questionamento, entende Clovis Beznos (2006, p. 147 e 151) que, neste caso específico, não deve a Fazenda Pública se submeter à imposta ordem de submissão ao regime de precatórios; vejamos:

Ao termo do processo de desapropriação, estabelecido o valor da indenização em caráter definitivo, o desejável seria que o Poder Público espontaneamente efetuasse o pagamento da indenização, para que em seguida, sendo imóvel o objeto da ação expropriatória, fosse expedido mandado judicial ao Registro Imobiliário para a efetivação da matrícula em nome do expropriante. Todavia, o que se vê na prática é a promoção da execução pelo expropriado contra a Fazenda Pública, que, após tornar-se líquido o *quantum debeatur*, efetiva requerimento de expedição de precatório, com fundamento no artigo 100 da Constituição Federal, procedendo na forma dos artigos 730 e 731 do Estatuto Processual Civil. [...]

⁹ “Art. 29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis.”

A indenização devida na desapropriação não se enquadra no conceito de “pagamento devido pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária”, não se podendo sujeitá-la ao artigo 100 da Constituição Federal. Após ser fixada judicialmente a indenização, em caráter definitivo, cabe ao expropriado requerer ao juiz da desapropriação a intimação da Fazenda, para se dê prosseguimento ao processo expropriatório, praticando os atos necessários à concretização da desapropriação, entre eles o pagamento da indenização, pena de extinção do processo e da própria desapropriação. (grifo nosso).

De acordo com o autor acima, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas, decorrentes de sentenças em ações de desapropriação por utilidade pública, não poderiam se submeter ao regime de precatórios, uma vez que se trata de sentenças meramente declaratórias, as quais não condenam o Estado a efetuar a desapropriação, mas simplesmente estabelecem o valor a ser ressarcido ao expropriado (BEZNOS, 2006, p. 141-142); vejamos:

Como se vê, não existe na ação expropriatória provimento condenatório, contra o autor da desapropriação, eis que a indenização fixada pelo *decisum* é simplesmente declaratória, constituindo-se em simples *condição*, para a efetivação da desapropriação. [...]

O que aparta essa situação judicial das condenações da Fazenda Pública, sujeitas aos trâmites preconizados nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, com base no artigo 100 da Constituição Federal, é que a sentença declaratória na desapropriação, ao contrário das sentenças declaratórias, não faz surgir o título determinante de uma execução, mas tem por objetivo tão-somente, com seu trânsito em julgado, fixar o valor devido, para concretização da desapropriação.

Desse modo se pode concluir que é absolutamente equivocada a prática da execução da indenização pelos expropriados, com fundamento no artigo 100 da Constituição Federal e nos termos dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido também se manifesta Sérgio Ferraz (*apud* Clóvis Bezanos, 2006, p. 142):

No Brasil as indenizações expropriatórias, por comodismo dos advogados, por equívoco dos julgadores, por omissão da doutrina, se tem resolvido na expedição de precatórios. Esses precatórios em absoluto realizam a prescrição constitucional da justa e prévia indenização. Submeter o pagamento da indenização a precatório/expropriatório é praticar um atentado à Constituição. Nem se diga que a própria Constituição contém preceitos que mandam que as sentenças condenatórias da Fazenda Pública sejam expressas, na sua realização, em ordens de pagamento, que são exatamente esses precatórios, os quais, segundo a previsão constitucional, terão que ser pagos efetivamente na estrita ordem de sua apresentação, sob pena até de configuração de crime de responsabilidade. Nem se diga isso por uma pura e simples razão: a sentença, na ação de desapropriação, não condena o expropriante a pagar indenização; o que ela faz é declarar o valor da indenização.

Este, contudo, não é o entendimento prevalecente em nossa Corte Suprema, segundo a qual os requisitos dispostos no art. 5º, XXIV, da Constituição da República devem ser exigidos apenas em se tratando de pagamento definitivo, decorrente da sentença, e não em relação a eventual depósito inicial para fins de imissão provisória na posse¹⁰. Quanto ao pagamento definitivo, entende o STF, entretanto, que este deve sim se submeter à ordem cronológica de pagamento de precatórios judiciais. É o que se depreende do voto do Ministro Relator Carlos Britto nos autos do agravo regimental na

¹⁰ “Desapropriação. Depósito prévio. Imissão na posse. Precedentes da Corte. Já assentou a Corte que o ‘depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo conforme o artigo 5º, XXIV, da Lei Maior de 1988’, com o que não existe ‘incompatibilidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1075/1970 e do art. 15 e seus parágrafos, Decreto-Lei n. 3365/1941, com os dispositivos constitucionais aludidos [...]’ (RE nº 184.069/SP, Relator o Ministro Néri da Silveira, *DJ* de 8-3-02). Também a Primeira Turma decidiu que a ‘norma do artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento de metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE 89.033 – *RTJ* 88/345 e RE 91.611 – *RTJ* 101/717) e nem o é com a atual’ (RE nº 141.795/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, *DJ* de 29-9-95).” (RE 191.078, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-08, 1ª Turma, *DJE* de 20-6-08).

Ação Cautelar nº 1446-4¹¹, cujo trecho segue abaixo transcrito:

É fora de dúvida que ‘o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os pagamentos de débitos da Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, são regidos exclusivamente pela sistemática do art. 100 e parágrafos da Constituição Federal’ (AI 495.180 ED, Relator Ministro Carlos Velloso). Daqui se tem a ‘indispensabilidade de expedição de precatório, a ser processado na forma prevista no art. 100 e parágrafos da Constituição, não havendo cabimento para notificação, ao Poder Público, no sentido de que promova a complementação do pagamento em prazo assinado pelo Juiz’ (RE 168.019, Relator Ministro Ilmar Galvão). Mais: ‘o pagamento de benfeitorias integrantes de imóvel sujeito à desapropriação deve ser efetuado por meio de precatório, nos termos do art. 100 da Constituição da República’ (RE 382.544-AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia). (STF. AC 1546 AgR / GO – GOIÁS. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 26/04/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma).

Em face do entendimento do Supremo e da imposição constitucional de submissão ao regime de precatórios, inviável atualmente a aplicação do entendimento de Clóvis Beznos, acima transcrito, sobretudo porque a exigência do art. 100 da Carta Maior fundamenta-se em diversos princípios constitucionais, sobretudo no da moralidade, conforme já analisado.

¹¹ Eis a ementa do mencionado *decisum*: EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A AÇÃO CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA SUSTAR EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ALEGADA OFENSA AO ART. 100 E § 1º DA CARTA MAGNA. RECURSO INADMITIDO NA ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO. “O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os pagamentos de débitos da Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, são regidos exclusivamente pela sistemática do art. 100 e parágrafos da Constituição Federal” (AI 495.180 ED, Relator Ministro Carlos Velloso). No caso, a decisão recorrida extraordinariamente determinou à Fazenda Pública o pagamento de indenização independentemente de precatório, fato que confere forte plausibilidade jurídica ao apelo extremo. Situação excepcional que autoriza a atribuição de efeito suspensivo ao mesmo recurso, até o julgamento do agravo de instrumento interposto na origem. Agravo regimental provido. (STF. AC 1546 AgR / GO – GOIÁS. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 26/04/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma).

6. Conclusão

A questão da eventual incompatibilidade entre a exigência constitucional do requisito da prévia indenização devida pelo Poder Público, nas ações de desapropriação por utilidade pública, e a simultânea exigência, também constitucional, de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, ao regime de precatórios mostra-se presente em face da inexistência de um marco temporal estabelecido em lei, que determine o significado do requisito da prevalência, e em face das dificuldades práticas que envolvem o dificultoso e demorado procedimento de pagamento mediante submissão ao regime de precatórios.

Inexistindo um marco temporal estabelecido em lei, capaz de sanar quaisquer dúvidas acerca do requisito da indenização prévia, a doutrina diverge sobre o assunto. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho entendem que o requisito constitucional da prévia indenização, nas ações de desapropriação por utilidade pública, exige que o efetivo pagamento devido pela Fazenda Pública em tais ações deva anteceder a transferência do bem, ou seja, a transferência do bem expropriado para o Poder Público somente deverá ocorrer “após e simultaneamente” ao pagamento da indenização, uma vez que tais momentos se confundem. Cretella Júnior, por sua vez, entende que a prevalência da indenização significa que o seu pagamento deva ocorrer em momento anterior à sentença, o que, na prática, mostra-se inviável, já que é a própria sentença que estabelece o valor indenizatório a ser pago posteriormente.

Embora a maioria da doutrina acima mencionada se manifeste no sentido de que o pagamento da indenização deva anteceder a transferência do bem para o Poder Público, percebe-se que, na realidade, existe uma omissão doutrinária acerca da questão da compatibilidade entre o requisito da prévia indenização e a exigência de submissão dos pagamentos dessa natureza ao regime de precatórios – cujo procedimento fundamenta-se, sobretudo, no princípio da moralidade –, tendo-se em vista que a exigência constitucional de submissão à ordem cronológica de apresentação dos precatórios decorrentes de decisões judiciais em desfavor da Fazenda Pública inviabiliza a configuração prática do marco temporal doutrinariamente estabelecido.

Apesar da omissão doutrinária acima mencionada, Clóvis Beznos e Sérgio Ferraz expressamente entendem que, tratando-se de sentença declaratória, o pagamento de indenizações em ações de desapropriação por utilidade pública não deve, em hipótese alguma, submeter-se ao regime de precatórios, sob pena de se tornar inócua a regra prevista no art. 5º, XXIV, da CF/88, o que, na prática, é o que se verifica em razão da demora dos pagamentos efetuados sob as regras da ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

Esses últimos posicionamentos, embora contrários ao consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o pagamento de indenizações em desapropriações judiciais deve obediência ao regime de precatórios, são bastante sedutores sob o ponto de vista da defesa da efetivação do disposto no art. 5º, XXIV, da CF/88, sobretudo por se tratar a desapropriação de uma “drástica” intervenção estatal na propriedade, contra a qual ao expropriado, em juízo, somente se reserva o direito de discutir o valor indenizatório¹².

Destarte, a análise prática da questão ora debatida nos faz concluir que a exigência de submissão dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, ao regime de precatórios constitui sim, nas ações de desapropriação por utilidade pública, uma exceção implícita ao requisito da indenização prévia constante no art. 5º, XXIV, da Constituição da República, entendida essa prevalência no sentido de que deve a indenização anteceder a transferência do bem expropriado ao Poder Público.

¹² A questão toma contornos ainda mais drásticos quando da análise do objeto da desapropriação no caso concreto, o qual, muitas vezes, é o único bem imóvel pertencente ao expropriado e usado por ele como moradia. Nesse sentido, Vicente de Paula Mendes (1993, p. 56) aponta um caminho alternativo: “É evidente que não se pode privar alguém de sua moradia, sem se lhe oferecer condições de se mudar para outro local; ou mesmo subtrair parcela patrimonial indispensável ao sustento ou às atividades de seu proprietário. Caso há, todavia, em que o bem expropriado representa apenas parte diminuta, inexpressiva, de um grande patrimônio, frequentemente improdutivo para seu dono ou para a sociedade. Aí, ainda que se tenha de indenizar integralmente, nenhum mal haveria em se indenizar depois... Afinal, não é justo tratar diferentemente situações desiguais? Esse é um aspecto importante em que o instituto expropriatório pode evoluir no Brasil”.

7. Referências bibliográficas

BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3365compilado.htm>>. Acesso em: 20 de março 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 de março 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em ação cautelar. Matéria Administrativa. Ação de desapropriação. Indenização. Precatórios. Agravo regimental na ação cautelar n. 1546. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 26 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456052>>. Acesso em: 20 de março 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Podivm, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei de desapropriação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HARADA, Kiyoshi. *Parecer sobre precatório judicial*. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/27881>>. Acesso em: 20 de março 2010.

MENDES, Vicente de Paula. *A indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

8

Direito
Público
Constitucional

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

ARTIGO

A DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN: O PROCEDIMENTALISMO¹ CONSTITUCIONAL RUMO A UMA NOVA PRÁTICA JURÍDICA “*IN TERRA BRASILIS*”

JORGE PATRÍCIO DE MEDEIROS ALMEIDA FILHO

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RESUMO: Sociedades complexas e democráticas forçam os sistemas sociais a se adequarem cada vez mais às suas necessidades. Na busca por práticas ou mediações jurídicas com maior teor de legitimidade o paradigma jurídico-científico em curso sofreu uma verdadeira reviravolta, ultrapassando os limites de uma compreensão meramente positivista do Direito e dos direitos. Instituições nacionais de grande porte acolheram as inovações decorrentes das ciências jurídicas e em decorrência iniciaram um processo evolutivo em suas práticas cotidianas, rumando em direção a uma nova forma de se realizar *liberdade, igualdade e fraternidade*, certamente em um sentido jamais experimentado por nós, o povo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; neoconstitucionalismo; democracia.

¹ O *modelo procedimentalista do Direito* emerge daquele modelo de constitucionalismo que vai levar a sério a indispensabilidade da procedimentalização da opinião pública e da vontade soberana, fugindo a qualquer custo dos atos meramente discricionários. O procedimento é o elemento que confere racionalidade ao provimento. Nada se impõe sem procedimento. Essa postura tem por detrás uma retomada do soberano (o povo) de modo real. A procedimentalização do Direito funciona a partir indivíduos ou classes politizadas, ou em fase de politização, capazes de experimentar o poder de sua condição cidadão e as consequências de suas ações. Tal reconhecimento não se baseia no “acerto” substancial e sim no processo contínuo de aprendizado popular seja qual for o nível da questão.

ABSTRACT: Complex and democratic societies have increasingly forced the social systems to adapt to their needs. In the search for more legitimate juridical practices and mediations, the juridical-scientific paradigm presently reviewed has had turn-arounds beyond the limits of a positive comprehension of law and rights. Large-sized national institutions embodied the innovations of the juridical science and thus initiated an evolutionary process in their daily practice, aiming towards a new way to accomplish *freedom, equality* and *fraternity*, certainly in a manner never before experienced by the brazilian citizens.

KEYWORDS: Law; neoconstitutionalism; democracy.

SUMÁRIO: 1. Notas do autor. 2. Introdução. 3. O império dos direitos. 4. Referências bibliográficas.

1. Notas do autor

Em 16/03/07 ‘ante a saliente importância da matéria que subjaz a esta ação direta de inconstitucionalidade, designei audiência pública para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99). Na mesma oportunidade, determinei a intimação do autor, dos requeridos e dos interessados para que apresentassem a relação e a qualificação dos especialistas a ser pessoalmente ouvidos. [...]. Esse o quadro, fixo para o dia 20.04.2007, das 9h às 12h e das 15h às 19h, no auditório da 1ª Turma deste Supremo Tribunal Federal, a realização da audiência pública já designada às fls. 448/449. Determino, ainda: a) a expedição de ofício aos excelentíssimos ministros deste supremo tribunal federal, convidando-os para participar da referida assentada; b) a intimação do autor, dos requeridos e dos *amici curiae*, informado-lhes sobre o local, a data e o horário de realização da multicitada audiência; c) a expedição de convites aos especialistas abaixo relacionados: [...].²

² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.+E+3510.NUME.+E+20070316.JULG.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

Esse é o despacho que designou pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal, em 16 de março de 2007, a realização de audiência para a construção pública dos conceitos usados em um julgamento.³

Em 28 de setembro de 2009 novamente, e já ordinariamente, o Brasil pôde ver seu supremo tribunal convocar a sociedade aberta do intérpretes da Constituição; agora sob os cuidados do Ministro Ricardo Lewandowski, que convocou audiência por meio de edital.

EDITAL DE CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA

Assunto: Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior.

O MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RICARDO LEWANDOWSKI, Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e do Recurso Extraordinário 597.285/RS, faz saber, aos que este edital virem ou dele tiverem conhecimento, que, no uso das atribuições que lhe confere o art. 21, inciso XVII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, convoca Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas de ação afirmativa no ensino superior.⁴

Por detrás dessas práticas jurídicas, temos novos ares paradigmáticos em termos de marco científico-jurídico. Ainda que tardiamente, rompendo com o modelo positivista do Direito rumo a uma democracia cada vez mais procedimentalizada, o Supremo Tribunal Federal parece incorporar lições do sempre bem vindo Peter Häberle:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabe-

³ Certamente um dos momentos mais significantes na recente história pós-positivista do Brasil/STF.

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienCIAPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 08 de mar. 2010.

lecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional ao de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 13).

É sobre essa transição que se debruça o presente ensaio de ciência constitucional.

2. Introdução

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é ARGUMENTATIVA. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma. (DWORKIN, 1999, p. 17).

São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participante de discursos racionais.

Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas.

E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundados discursivamente. (HABERMAS, 1997, p. 142).

O modo de se compreender o Direito moderno *in terra brasilis* tem passado por significativas transformações. Transformações essas que nasceram predominantemente de debates acadêmicos e posteriormente foram assimiladas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Vejo nessas referidas transformações a justa reafirmação de que estamos rompendo com o modelo positivista de leitura do Direito e ingressando em um pós-positivismo, neoconstitucionalista, em que os laços democráticos são revistos e reafirmados de modo mais intenso, mais complexo, mais exigente, contudo, e nesta mesma medida, mais promissor.

Um dos fatores que mais evidenciam a pragmática pós-positivista no Direito brasileiro, para além do manejo responsável de princípios expressos ou não, é justamente a postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal de abrir a interpretação do Direito a todos os membros da sociedade civil organizada. Postura que mostra amadurecimento e atualização de nosso tribunal supremo. Algumas dessas aberturas se deram nas audiências públicas realizadas para discutir a constitucionalidade de, entre outras:

- Pesquisa com células-tronco (esta foi a experiência pioneira).⁵

⁵ Em 16 de maio de 2005, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, legitimado nos termos do artigo 103, VI, da Constituição Federal, pediu ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e §§ da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

O autor da ação alegou a inconstitucionalidade dos seguintes preceitos da Lei nº 11.105/2005:

“Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”. Os textos constitucionais que estavam em conflito com os supracitados seriam em tese os seguintes:

Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Ministro Carlos Brito.

- Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Relator: Ministro Enrique Ricardo Lewandowski.

- Interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio.

- Importação de pneus usados. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Relator: Ministra Carmem Lúcia Antunes.

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo nosso).

O autor da ação declaratória de inconstitucionalidade, Procurador-Geral da República Dr. Cláudio Fonteles, defendeu em sua peça inicial a tese de que a vida inicia-se com a fecundação e que, portanto, a pesquisa com células embrionárias já fecundadas violaria os preceitos constitucionais de garantia da vida e da vida com dignidade.

Ao final da peça inicial, pediu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e §§ da Lei nº 1.105, de 24 de março de 2005, bem como à luz do disposto na parte final do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, a realização de audiência pública. Também foram requeridas informações ao Congresso Nacional, à Presidência da República, bem como o pronunciamento da Advocacia-Geral da União.

No dia 31/05/2005, a ADIn, que recebera o número 3.510, foi distribuída ao Sr. Ministro Carlos Aires Brito.

Na hipótese menos acidentada do procedimento de julgamento de uma ação declaratória de inconstitucionalidade, o relator seguiria o seguinte caminho:

1. recebimento da inicial;
2. pedido de esclarecimentos dos requeridos (órgão de onde emanou a lei ou ato normativo impugnado) no prazo de trinta dias;
3. de posse da inicial e das informações prestadas, ouvir-se-á sucessivamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República no prazo individual de quinze dias;
4. por último, o relator elaborará relatório, encaminhará cópia a todos os demais ministros e pedirá dia para julgamento.

Mas a lei de julgamento de ação declaratória de constitucionalidade permitiu dois acontecimentos que tornaram o julgamento da ADIn 3.510 um tanto democrático:

1. o *amicus curiae*;
2. a realização de audiência pública.

- Saúde. Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278 e nas Suspensões de Segurança nºs 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

A realização de audiência pública tem espaço quando o tribunal sente a necessidade de complementação em seu *processo de conhecimento*, quando a questão for de complexidade tal que a *oitiva dos afetados* tornar-se indispensável à formulação do provimento. Chegou a hora de compreendermos, junto ao Supremo Tribunal Federal, que não podemos pensar que a sociedade é quem sempre aprende na oportunidade de um julgamento, na verdade os tribunais é que devem sempre aprender sobre o emaranhado de relações que se desenvolvem no bojo da sociedade em risco.

A previsão deste instrumento de democracia direta veio na Lei nº 9.868/99:

Art. 9º, § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou *fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*

É de extrema importância, não apenas no campo acadêmico mas, sobretudo, prático (alunos, advogados, juízes, promotores e servidores), a compreensão de que não poderia a interpretação sobre os direitos manter-se fechada a um grupo oficial de técnicos jurídicos entregues à estereotipia do conhecimento fundado no *eu mesmo*. Tal solipsismo, como salientou Habermas,

[...] faz desaparecer toda margem de contribuição construtiva que os sujeitos socializados, no trato inteligente com uma realidade arriscada e decepcionante, prestam a partir de seu mundo da vida, para chegar a soluções de problemas e processos de aprendizagem bem-sucedidos. (HABERMAS, 2004, p. 41).

Várias instituições brasileiras assumiram às abertas uma ruptura com o formalismo cego gerado por leituras deslocadas, pontualmente, de autores como Hans Kelsen, seguindo justamente rumo a este processo de aprendizado por Habermas apontado.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais é uma dessas instituições que saem na frente na corrida ao aperfeiçoamento de nossos laços democráticos por via do neoconstitucionalismo.

A *De Jure* (Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), vértice intelectual da instituição, cuidada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, anuncia estar sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista *trans* e multidisciplinar que segue uma linha teórica *pós-positivista e neoconstitucionalista*.

Para além do Centro de Estudos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais também avançou garbosamente ao incluir no Edital do XLIX Concurso para Ingresso na Carreira as disciplinas *Filosofia Jurídica, Psicologia e o Direito, Sociologia do Direito, Teoria Geral do Direito e da Política, Teoria Crítica do Direito e Direitos Humanos* e por fim *Ética*, indicando farta bibliografia sobre os conteúdos.

Por ter sido o grande acontecimento jurídico-constitucional do ano de 2009 e continuar sendo prática louvável no ano em curso e provavelmente nas próximas décadas, quero apresentar como se deu no campo da racionalidade democrática a transição do pensamento positivista para o pós-positivista. Farei isso lançando mão de dois dos maiores teóricos do Direito respectivamente do séc. XX e da atualidade: Hans Kelsen e Ronald Dworkin.

O que se segue é exatamente uma reconstrução de fundo no que se refere às nossas atuais práticas jurídicas.

3. O império dos direitos

Qual é a fonte de *racionalidade e legitimidade* da *Justiça* e do Direito moderno? O que uma Constituição constitui? Qual o objeto de uma teoria do Direito? Como pensar segurança e correção na atividade jurisdicional de aplicação do Direito em sociedades complexas?

Por toda a Idade Média e mesmo na modernidade, essas questões foram arranjadas e rearranjadas em discursos que, de forma velada ou expressa, lhes atribuía um sentido estrutural arquitetônico. Durante toda a Idade Média, a *tradição* e a *religião* fizeram do *presente* e do *futuro* um tempo orquestrado pelo *passado*. O tempo pré-moderno, com sua indiferença sistêmica, manteve o *Direito*, a *Moral*, a *Religião*, a *Tradição* e a *Violência* como sistemas e valores co-significados. O direito de alguém decorria de sua posição social e de sua casta, estrutura esta tradicional e afirmada por “divindades”, e as próprias regulamentações do Direito se davam de forma local, não geral, *dependentes e sujeitas ao reconhecimento* decorrente de *ações virtuosas de pessoas competentes, supostamente capazes e interessadas em realizar justiça e equidade*. A legitimidade e a racionalidade da aplicação desse Direito decorria da autorização – ou competência – delegada pelas divindades ao soberano; o objeto do Direito seria seu próprio comando que, por ser emanado de alguém dotado de virtude, encerrava a pretensão de *segurança e correção*.

Várias reviravoltas ocorridas nessa configuração social levaram à afirmação de ideais que alteraram esta sociedade européia medieval – ao menos em termos lingüísticos e operacionais – rumo a uma ruptura com o *poder regente do passado*, das *tradições* e das *religiões* ou *divindades* sobre o sentido do presente e do futuro do presente.

A criação de leis gerais e abstratas por Estados nacionais compunha o novo instrumento para libertar a sociedade nos termos da bandeira revolucionária de *liberdade, igualdade e fraternidade*: diretrizes racionalizantes da operacionalização e controle do poder social que desde então pretendia fugir da *tutelagem* imposta pelo passado ao presente e ao futuro de todos.⁶ Deu-se então a profanação do mundo como ato de coragem de quem usa a *própria razão* e não simplesmente a toma de empréstimo, pronta e violenta. Desde

⁶ “O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. *Sapere aude!* Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! – esse é o lema do Iluminismo”. (KANT, 1985, p. 101-117).

o séc. XVIII e XIX, essas questões são os alvos, os ideais ou as diretrizes que marcam os elementos e o destino do que se possa entender como racional; este é o marco epistemológico de fundo. Racional é o que permite operacionalmente, no campo do conhecimento, liberdade, igualdade e fraternidade.

Contudo, muito antes de solucionar os problemas herdados da sociedade pré-moderna os ideais revolucionários modernos *instalaram institucionalmente o problema paradigmático do conhecimento* e neste sentido criaram efetivamente *o problema do Direito moderno* que é justamente dar conta dessas promessas de libertação do indivíduo por um novo projeto-arquitetônico-racional-social.

Liberdade, igualdade, fraternidade e racionalidade crítica não resolvem, mas muito antes apresentam nossos problemas na definição do que é ou não racional e legítimo em termos de Direito. A racionalidade de uma teoria do Direito na modernidade não decorre de uma logicidade meramente interna a si mesma, mas sim da capacidade de responder às questões do Direito, ou seja, às questões referentes à complexidade de seu próprio objeto de conhecimento. As normas não eliminam e sim colocam toda sua problemática, agora em alta modernidade.

Duas perspectivas de determinação e aplicação do Direito são colocadas em observação no intuito de verificar a pertinência de seus critérios de racionalidade no conhecimento do Direito moderno: O positivismo jurídico de Hans Kelsen e o pós-positivismo jurídico constitucional de Ronald Dworkin.

Kelsen publica sua obra “Teoria Pura do Direito” em 1934, ou seja, em meio a fortes tensões políticas mundiais. Por ser judeu, teve, forçadamente, de deixar a Europa e seguir para os Estados Unidos da América, salvando-se do socialismo extremado de Hitler.

Hans Kelsen pretendeu, com sua “Teoria Pura do Direito”, projeto que desenvolvia há mais de duas décadas, elevar a jurisprudência (o conhecimento do Direito) ao nível de uma verdadeira ciência: objetiva e exata (KELSEN, 1998, p. XI). Para tanto, ancorado em uma *episte-*

mologia da linguagem,⁷ pretendeu libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhes fossem estranhos, elegendo essa diretriz como seu *princípio metodológico fundamental*. (KELSEN, 1998, p.1).

Recebeu várias críticas *partidárias* que classificaram sua teoria como liberal democrata, fascista, social-democrata, escolástica católica, protestante etc. Todas essas críticas Kelsen rebateu no sentido de que não são científicas, dizendo: “E isto por si só já permite presumir que no combate à teoria Pura do Direito não atuam apenas motivos científicos, mas, sobretudo, motivos políticos e, portanto, providos de elevada carga afetiva”. (KELSEN, 1998, p. XII).

Kelsen, pela legalidade estrita de seu objeto de conhecimento, tenta separar o Direito não apenas da política mas também da moral e da justiça, já que *não haveria uma unidade moral legítima*⁸ capaz de representar a comunidade jurídica. Assim, em termos de aplicação ou criação jurisdicional do Direito, Kelsen entende que o papel da ciência jurídica é meramente *fornecer, de forma neutra, todas as possíveis interpretações do direito a se aplicar*. Ou seja, em sede de *interpretação não-autêntica*, a prática interpretativa só é *científica* se permanecer afastada da *política* e da *moral* e, nesse sentido, não optar por nenhuma das interpretações possíveis, tarefa essa facultada ao agente competente para criar direito mediante uma *interpretação autêntica* que realiza, seguro por uma *competência* institucional atributiva de *poder discricionário*, atividade valorativa de *política do Direito* (KELSEN, 1998, p. 393). Saber qual a resposta certa para um caso não é, nos termos já defendidos por Kelsen, objeto de uma teoria do Direito (KELSEN, 1998, p. 393)! Qualquer decisão tomada pelo magistrado está de acordo com o Direito, ainda que, no pior dos casos, validada pelo trânsito em julgado.

⁷ “Nesta perspectiva, a primeira idéia que devemos reter do Positivismo Lógico é sua obsessiva preocupação com a linguagem da ciência: a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem. Desta forma, a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem”. (WARAT, 1995, p. 38).

⁸ “A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade”. (KELSEN, 1998, p. 78).

Ainda vale lembrar que todo ordenamento encontra sua validade em uma norma superior fundamental, em um *pressuposto hipotético dedutivo* que tem o seguinte sentido: “[...] devemos conduzir-nos como a constituição prescreve” (KELSEN, 1998, p. 224). Não interessa a esta norma nenhuma questão de ordem material, já que tal tarefa levaria à pressuposição de uma razão legisladora – o que, para Kelsen, passa ao largo da razão.

Assim, indo direto ao ponto, entre uma norma de escalão superior e outra de escalão inferior, há um ato humano. Na obra de Kelsen este ato é monológico e solipsista, isto é, a mediação entre escalões não é construída legitimamente em conjunto com a sociedade civil. Dentro do esquema kelseniano interpretativo do Direito existem três classes de agentes ou intérpretes com funções distintas: intérpretes comuns (os cidadãos), intérpretes não-autênticos (cientistas do Direito) e intérpretes autênticos (juízes e legisladores). Assim podem ser explicados:

1. Cidadãos: apenas precisam interpretar o Direito para bem cumpri-lo. Assim, o cidadão (sociedade civil) é mero sujeito observador do Direito;
2. Cientistas: fornecem o rol de interpretações acerca do Direito. Por isso foram (a doutrina) classicamente considerados como fontes do Direito;
3. Magistrados e legisladores: criam o direito, escolhendo uma das opções oferecidas pelos cientistas ou criando uma norma própria, a ser validada pelo trânsito em julgado, ou seja, pelo “não mais dá para voltar atrás”.

Como pode ser notado, a interpretação determinante do Direito foi entregue a um grupo (juízes e letrados/cientistas) ridiculamente pequeno de pessoas que acreditavam poder, a partir de si mesmas, pensar todo o mundo circundante, suprimindo ou suprimindo assim toda riqueza comunicativa da sociedade civil, ou melhor, do cidadão comum, verdadeiro destinatário dos direitos. Ainda segue outro detalhe relevante: o poder discricionário do magistrado ani-

quilou qualquer possibilidade de racionalizar a correção e a moralidade de um provimento judicial.

Diria Kelsen:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 1998, p. 390).

Mas também segundo Kelsen, pela interpretação autêntica que cria Direito é possível “[...] produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 1998, p. 394), o que produziria uma nova norma jurídica, desde que não estivesse ao alcance da anulabilidade, ou seja, já houvesse transitado em julgado (KELSEN, 1998, p. 395).

É assim que a premissa primordial de segurança jurídica foi implodida, atraída para as rochas. Que segurança haverá se a interpretação do Direito passar ao largo de pessoas reais que vivem os textos e transformam-se em textos ilegíveis aos olhos de magistrados que vivem realidades completamente diferentes? Qual segurança jurídica haverá se os magistrados puderem escolher qualquer interpretação normativa e esta se firmar como a que está de acordo com o Direito?

Este é o esquema que ainda predomina na mentalidade jurisprudencial atual, como bem exemplificou o Ministro Humberto Gomes de Barros:

(Agravamento Regimental em Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319.997-SC, 2001/0154045-5) MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data vênica de S. Exa.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me

submeto. Interessa conhecer a doutrina de BARBOSA MOREIRA ou ATHOS CARNEIRO. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os SRS. MINISTROS FRANCISCO PEÇANHA MARTINS e HUMBERTO GOMES DE BARROS decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que pensamos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.* Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. Peço vênua ao SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, porque ainda não me convenci dos argumentos de S. Exa. Muito Obrigado.⁹

O projeto kelseniano é arbitrário e insuficiente em vários sentidos se observado a partir das diretrizes de racionalidade moderna. Poderíamos apontar pelo menos três questões fundamentais: a) Kelsen não é um cientista neutro e neste sentido sua Teoria Pura do Direito representa seus anseios em relação à teoria do Direito, ou seja, representa sua política pessoal, sua parcial compreensão pré-científica do Direito enquanto objeto de conhecimento – claro que não se trata de política partidária *material*.¹⁰ b) A Teoria Pura do

⁹ Destacado. In: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 145.

¹⁰ Pelo menos duas formas de ser político e de prescrever diretrizes podem ser vistas de forma muito clara. A primeira e mais comum é aquela em que aquele que prescreve algo é membro de um partido político constituído e declarado. É o que ocorre com os socialistas que prescrevem a igualdade ou os liberais que prescrevem a liberdade como direito mediador dos conflitos sociais. Outra forma de fazer política é prescrever uma diretriz pessoal ou grupal que não tenha caracteristicamente as mesmas dimensões expressas e tradicionais da primeira forma apresentada, seja em termos formais, seja em termos substanciais. Assim acontece com quem, mesmo sem defender mérito e se dizer um político, prescreve como direito seguro o divino, o natural racional ou mesmo o positivo. Enfim, todos fazem política, mas a questão central e mais perigosa é justamente fazê-la competentemente com outro nome; ciência, por exemplo! Ora, quem é Kelsen ou qualquer outro teórico para taxar solipsisticamente o que é e o que não é objeto de uma teoria do

Direito é incapaz de garantir segurança no conhecimento do Direito porque é arbitrária ao se contentar apenas com a descritibilidade das regras estabelecidas e também ao chamar de Direito violência, poder, política, moralidade estatal, religião etc.¹¹ c) Kelsen foi incapaz de perceber que a cisão entre descrever e prescrever é uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento e que neste sentido o cientista do Direito não é capaz de fornecer de forma neutra todas as possíveis interpretações de uma norma.¹²

Direito? É mais que notória, em kelsen, a consequência restritiva do que sejam os direitos. Kelsen, com seu projeto, impõe, “a partir de si mesmo”, em decorrência de seu recorte epistemológico, o que seja o Direito e o que vale como Direito. A forma determina o conteúdo e o classifica determinantemente! Não é dizer que Kelsen está estipulando um conteúdo, mas está afirmando todos. Por mais forte que possa ser tal afirmação, Kelsen não conseguiu ver sua própria imagem refletida nas páginas da “Teoria Pura do Direito”, bem como não conseguiu ver nas “descrições” as digitais dos “cientistas”. A pureza de sua ciência foi se contaminando na medida de sua produção. Kelsen não foi capaz de perceber a clássica cisão entre descrever e prescrever como uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento. A Teoria pura do Direito é um projeto jurídico político de Kelsen, diferente das formas clássicas de política do Direito, claro, mas não quer dizer que não seja.

¹¹ A *Grundnorm* identifica o Direito de uma comunidade? Pergunta-se: Na Alemanha nazista havia direitos? Até quando? Ora, a violência, a mera politicagem, o medo e outros elementos são capazes de gerar em uma sociedade uma *Grundnorm* onde todos acreditem que *devem seguir a constituição*, talvez porque se não seguirem morrerão. Essa breve observação é suficiente para mostrar porque a *Grundnorm* é capaz de fundamentar não o Direito, mas a política ou a violência. Contudo, Kelsen poderia usar o signo “Direito” para nomear estas situações de domínio e poder, mas tratar-se-ia de uma classificação arbitrária e não rigorosamente científica. Talvez isso aponte para uma fragilidade dos postulados neo-positivos de Kelsen! Mas isso já não é mais novidade porque já evidenciado por Heidegger ao mostrar que a fixação dos princípios fundamentais de uma ciência é não científica e que neste sentido “O ‘movimento’ próprio das ciências se desenrola através da revisão mais ou menos radical e invisível para elas próprias dos conceitos fundamentais. O nível de uma ciência determina-se pela sua capacidade de sofrer uma crise em seus conceitos”. (HEIDEGGER, 2002, p. 35).

¹² Kelsen não foi um cientista de teoria do Direito nos termos em que defende a atividade científica. Seu cientista tem uma atividade impossível de se realizar e sua Teoria Pura do Direito prescreve um modelo normativo que recorta seu objeto, o Direito, ou seja, difundiu-se um kelsenianismo em torno do Estudo do Direito. Isso se deve ao fato de que Kelsen não mostra objetivamente como o Direito é descrito, mas sim como ele acredita que deve ser descrito e aplicado a partir de seu mundo bombardeado por partidos políticos que valorativamente descreviam o Direito ao bel prazer. A Teoria Pura do Direito é representação do mundo subjetivo de Kelsen, e essa é a regra! Como observou Heidegger: “A abertura do pré da presença na compreensão é ela mesma um modo do poder-ser da presença. A abertura do ser em geral consiste na projeção do ser da presença para a função e para a significância (mundo).” “Na compreensão, a presença projeta seu ser para

A unidade do sistema jurídico, prescrita por Kelsen, garantida pela *Grundnorm* reduz o Direito a uma questão de facticidade, porque está presa a uma macro-dinâmica de poder e porque acredita na falsa idéia de que como não há uma moral substantiva absoluta capaz de servir legitimamente de medida para o Direito, também não há que se falar em moral no conhecimento teórico científico do Direito.

Noutro giro, Ronald Dworkin, representante da Teoria do Direito anglo-saxônica, numa linhagem lingüística pragmatista, quer defender uma teoria que não seja mera estipulação arbitrária do Direito, mas apenas uma *concepção* ou *interpretação* do Direito rumo a uma superação das limitações do positivismo jurídico enquanto ciência do Direito.¹³

Antes de qualquer outra questão, é preciso ressaltar que Dworkin, muito embora possa ser classificado como um típico pragmatista norte-americano, consegue absorver toda a discussão filosófica *pós-giro-hermenêutico-pragmático*¹⁴ e condensá-la em postulados práticos de sua teoria resgatando toda a complexidade inerente à tensão ontológica entre *ideal* e *real*, *texto* e *contexto*, *ciência* e *filosofia*, *facticidade* e *validade*, *sistema* e *ambiente sistêmico* e nesta medida entre *Direito* e *Moral*. Alguns poderiam argüir que, por ser a obra pragmática, pensar Dworkin pela filosofia seria atribuir a sua obra maior conteúdo do que o próprio autor teria pretendido. Mas tal observação não faria sentido, tendo em vista o próprio autor ter alertado que *evitou demonstrar até que ponto foi influenciado por outros autores de filosofia do Direito ou delas tenha extraído elementos* (DWORKIN, 1999, p. XIII). Assim, não entender ou duvidar do que está por detrás de seus postulados, torna-se o primeiro passo para uma interpretação medíocre deste clássico de Teoria do Direito.

possibilidades" (HEIDEGGER, 2002, p. 203-204).

¹³ Dworkin tem como alvo constante a teoria do Direito de Herbert L. A. Hart. Contudo, pela semelhança com o projeto de Kelsen, este foi tomado como contraponto já que é o positivista de maior ressonância no Brasil.

¹⁴ Ver Heidegger (2002), Gadamer (1999) e Habermas (1997).

Bem, Dworkin não quer sozinho dizer o que é o Direito e, para tanto busca o uso corrente e generalizado do conceito.¹⁵ Todos os conceitos em Dworkin são *interpretativos*, dependentes e abertos à *sociedade aberta de intérpretes dos conceitos de Direito*.¹⁶

Dworkin defende um modelo de normas complexo, composto de *regras* e de *princípios deontológicos*. Estes últimos são, com alta carga de legitimidade, a efetiva representação de uma comunidade e por isso funcionam como *trunfos* ou *coringas* em relação ao poder político do governo ou Estado. Esta comunidade de princípios vinculantes, quando bem entendidos, afasta várias críticas feitas a Dworkin, considerado por alguns como positivista, naturalista ou mesmo representante do comunismo constitucional. Vale então ressaltar: “A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”. (DWORKIN, 2002, p. 64). É, sobretudo, assim que a teoria do Direito de Dworkin consegue reconhecer uma sociedade que efetivamente governa a si mesma. O que uma Constituição constitui? De que é constituída uma Constituição? Uma Constituição constitui e é constituída dos problemas postos por si mesma, de sua comunidade de princípios; “nós, o povo”¹⁷ soberano enquanto efetiva comunidade de princípios constituímos a própria e inerente crise constitucional da Constituição. Os princípios são instrumentos para o reconhecimento de imperativos morais pessoais e comunitários,

¹⁵ “Eu, porém, estava interessado no que considere um argumento sobre o conceito de direito que é hoje de uso generalizado. Trata-se, penso eu, do conceito de padrões que estipulam os direitos e deveres que um governo tem o dever de (*bas a duty to*) reconhecer e fazer cumprir (*enforce*), ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia. Meu ponto era de que o positivismo, com sua doutrina do teste fundamental, normalmente reconhecido, toma parte da esfera de aplicação do conceito como se fosse o todo”. (DWORKIN, 2000, p. 75).

¹⁶ Ver Häberle (1997).

¹⁷ Contra a *interpretação comunitária* Dworkin propõe, em consonância com uma “[...] democracia não majoritária, mas constitucional, uma interpretação estatística do ‘nós, o povo’. Segundo a interpretação estatística, o controle do indivíduo sobre as decisões coletivas que afetam sua vida é medido pelo seu poder de, sozinho, influenciar de algum modo o resultado”. (DWORKIN, 2006. p. 33).

não determinados de antemão, sobretudo porque, para Dworkin, os princípios interessam mais que seus conteúdos já fixados; o que importa à teoria do Direito de Dworkin efetivamente é a prática argumentativa dos princípios, ou seja, a prática da resolução precária dos problemas que colocamos a nós mesmos! Em qual perspectiva? Liberal ou social? O que orienta os limites dos Direitos: liberdade ou igualdade? Nem um nem outro, mas os dois ao mesmo tempo! Mais uma vez Dworkin é capaz de perceber e rearranjar esta histórica oposição marcada por mazelas inesquecíveis e determinantes. Parece que a revolução francesa fora profética na ordem de seus ideais! Dworkin observa que a divergência paradigmática entre liberdade e igualdade, que se dá por ignorância, tende a desaguar em um ideal mais amplo de fraternidade. “Essa idéia é um erro comum dos libertários que odeiam a igualdade e dos igualitaristas que odeiam a liberdade; cada um ataca seu próprio ideal sob seu outro nome”. (DWORKIN, 2002, p. XVIII).

Toda a tensão de uma divergência entre *liberdade e igualdade* e neste sentido sobre a interpretação dada ao reconhecimento do *pluralismo* – dividida entre de um lado concepções de vida boa¹⁸ e de outro valores constituídos pela maioria de uma comunidade¹⁹ – é mantida dentro de um ideal de *igual consideração e respeito* que tenta amarrar liberdade e igualdade em uma comunidade que tem no *reconhecimento da autonomia ética e moral do outro* um ideal de *fraternidade*, um *postulado de igual consideração e respeito como norma fundante do sistema*. Assim descreve Dworkin:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merece-

¹⁸ Ver Rawls (2000).

¹⁹ Ver Walzer (2003).

dores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. (DWORKIN, 2002, p. 419).

Assim, a comunidade de princípios – *nós, o povo* – compõe a parte conceitual e normativa do Direito.

Nesse sentido, como já referido linhas acima, fenomenologicamente, mas também criticamente, quem vive o Direito não apenas tem competência para interpretá-lo como efetivamente integra a parte conceitual do Direito. Neste sentido, a validade de uma disposição normativa está condicionada a uma densificação de sentido apenas determinada em casos concretos irrepetíveis, com lugar, data, pessoas, fatos e normas específicas. Os acordos são datados e circunscritos a um ambiente decisório específico. É por isso que a *tese da única resposta correta* deve ser vista com bastante cuidado para evitar equívocos grosseiros. Ela é uma tese de domínio interno restrito a esse ambiente decisório específico e, neste sentido, *ter razão ao considerar que uma resposta específica é a correta é diferente de poder demonstrar erga omnes a correção material desta única resposta* (DWORKIN, 1999, p. XIII) – o que seria metodologicamente errôneo já que a matéria não fora colocada *erga omnes*. Toda *verdade e validade* das proposições jurídicas decorrem de construções interpretativas. Assim

[...] ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma. (DWORKIN, 1999, p. 17).

Pressuposto tanto do *Direito como integridade* como do *romance em cadeia*, a *atitude interpretativa focada, no propósito da prática* a que interpreta, vai encontrar no campo específico da decisão judicial aquilo que Dworkin chamou de *fases da interpretação*: *pré-interpretativa* (seleção do material jurídico); *interpretativa* (elaboração de concepções sobre o material colhido na fase anterior) e *pós-interpretativa* (juízo de adequação entre material jurídico, concepções e fatos).

As três etapas do processo decisório são realizadas por todos os envolvidos no procedimento e não pelo magistrado – *Hércules existe*²⁰ – o que dá à teoria do Direito como integridade de Dworkin uma vantagem grande em relação ao positivismo, já que ao abrir o Direito à sociedade de seus intérpretes ou à comunidade de princípios (!), que se reconstrói a todo momento, permitiu uma minoração²¹ significativa do poder discricionário do magistrado (e do cientista também! Solidão é sempre parcial e arbitrária),²² além de também arranjar em uma melhor luz a relação entre Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teoria da Constituição e Teoria Política do Estado de Direito. O soberano passa a ser visto como soberano – nós, o povo –, a Constituição passa a ser vista como documento que constitui e é constituída de sua comunidade de princípios, e o Direito então se

²⁰ Hércules foi uma metáfora utilizada por Dworkin – anunciada como metáfora – que supre algo que não poderia ser tratado de corpo inteiro por uma questão de opção, que mostra quais são as diretrizes a serem seguidas em um processo judicial, em um procedimento argumentativo construtivo das verdades das proposições jurídicas levantadas, e justificante das normas jurídicas válidas em sua aplicação. A teoria do Direito como integridade representa uma postura interpretativa dirigida a todos os participantes do procedimento de tomada de decisão judicial numa comunidade de princípios que se reconhecem enquanto dignos de igual consideração e respeito. Assim insistentemente afirma Dworkin: “*Meu projeto também é limitado em outro sentido. Concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados, mas estes não são os únicos protagonistas do drama jurídico nem mesmo os mais importantes. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os dos juízes*”. Portanto, realizar o ideal de integridade no direito é algo que só se pode fazer nos termos apontados por Dworkin como sendo “um exercício argumentativo e dependente de todos os atores do drama jurídico e não apenas pelos juízes. O juiz real deve suprir sua desvantagem em relação a Hércules recorrendo a todos os participantes da prática do Direito. O juiz real deve garantir o trânsito livre de comunicação e não pode ter certeza sobre os argumentos de alguém a menos que deixe este acabar de falar para descobrir se compartilha de suas convicções” (DWORKIN, 1999, p. 14, 16 e 19, grifo nosso).

²¹ O Direito como integridade é “[...] uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso” (DWORKIN, 2006, p. 16).

²² É por isso que Dworkin diz que o voto de qualquer juiz é uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta, mas sempre é o “prólogo silencioso de qualquer veredicto”. Toda concepção carrega por detrás de si outras questões referentes à moralidade política, pessoal, convicções ideológicas etc., ou seja, sempre resulta de uma teoria mais geral. Não que tal teoria esteja articulada de forma explícita. O que Dworkin quer dizer é que uma concepção sobre um conceito “[...] revela uma atitude a respeito desse vasto território pré-compreensivo, dê-se, o intérprete, conta disso ou não”. (DWORKIN, 1999, p. 113; 126).

delimita efetivamente em relação ao poder, à política e à violência, seja ela *macro* ou *micro*, *sistêmica* ou *disciplinar tradicional*.

A imprescindibilidade de entender o Direito para além de uma operacionalização mecânica de textos impõe a necessidade de reconstrução tanto do próprio direito quanto das questões fáticas. Essa dupla necessidade de reconstrução é justamente o que nos permite avançar em face do reducionismo e da simplificação da atividade de aplicação do direito, características dos paradigmas anteriores, e pretender que as decisões tomadas possam ter uma consistência tanto em face do direito vigente geral e abstrato quanto das especificidades de um caso concreto sempre singular e irrepetível (*hard case*), de modo que, respectivamente, possa ser entendido como um processo atento tanto à segurança jurídica (*certeza do direito aplicado, prévio*) e como correção da decisão em nível capaz de ter a aceitabilidade das partes como resultado de um processo racional (*decisão justa*).

A única decisão correta diz respeito a esta demanda irrepetível! É essa racionalidade construída e atingida em uma demanda específica, que não aproveita inteiramente a outras, que faz de uma resposta a resposta única adequada a um caso. As “exigências de integridade” satisfeitas em um caso específico não constroem uma solução resistente ao tempo. O direito enquanto prática social interpretativa desde uma perspectiva reconstrutiva criativa interna é sempre temporal e referente a partes muito bem determinadas.

Termina-se pelo começo ao afirmar que Dworkin é um moderno: Dworkin é um moderno porque reassume o indivíduo como partícula racional e livre para se determinar, poupado de agulhões mantidos pela via da violência, disposto a realizar o pressuposto da liberdade, igualdade e fraternidade, só que agora, livre de uma racionalidade pré-fabricada. Em afinação está o professor mineiro Menelick de Carvalho Neto:

Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional insita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha clara a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a textos, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e

jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir. (CARVALHO NETO, 2004, p. 44).

É muito importante, portanto, entender, com Dworkin mesmo, que “[...] ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão” (DWORKIN, 1999, p. 492) e que a prática judicial tem como “[...] finalidade, colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor” (DWORKIN, 1999, p. 16; 492). Dworkin foi claro ao defender que os juízes não são legisladores delegados e que é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além do Direito, o que implica, inclusive, uma superioridade dos argumentos de *princípios* sobre os de *política* em termos de decisão judicial. (DWORKIN, 2002, p. 129).

Então a questão se coloca novamente: Qual é a fonte de racionalidade e legitimidade da Justiça e do Direito moderno? A crise apresentada na mesma medida de seus ideais, isto é, realizar liberdade, igualdade e fraternidade; a revolução e a constitucionalização de promessas modernas não resolvem, mas, muito antes, colocam em pauta seus próprios problemas.

O que uma Constituição constitui? Uma Constituição constitui uma comunidade de princípios que precisa ser resolvida, estabelecida e revisada a todo instante.

Qual o objeto de uma Teoria do Direito? Toda complexidade inerente à constituição de seu objeto de conhecimento, ou seja, efetivamente o Direito – regras e princípios – e não apenas parte dele – regras.

Como pensar segurança e correção na atividade jurisdicional de aplicação do Direito em sociedades complexas? Na medida em que seriamente o indivíduo for retomado, desde dentro, para compor o ordenamento constitucional. Quando as decisões jurisdicionais forem verdadeiras, epistemologicamente possíveis, e não exercícios de adivinhações mal ou bem intencionadas. Quando a reconstrução do sentido constitucional do ordenamento for a reconstrução do que o constitui por essência, portanto, quando for uma reconstrução do “nós, o povo”, uma reconstrução da comunidade de princípios que constitui a constituição.

Kelsen, ao criar sua teoria pura do direito para descrever o Direito, no que tange a sua teoria da decisão judicial, *preso a uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição*, reduz a reconstrução da normatividade social plural a um *juízo de política do Direito* a ser realizada pelo julgador. Julgador este que teria liberdade para escolher, dentre as várias interpretações apresentadas, qualquer delas, já que todas seriam válidas em termos de direito positivo, mas, como oportunamente visto, a insuficiência do marco positivista se dá neste momento por não perceber que o Direito não se reduz, e nem pode se reduzir, ao direito positivo, e que uma comunidade aberta dos intérpretes do Direito para além de pensar o que o Direito deveria ser reconstrói uma normatividade já existente, adequada e justificada constitucionalmente. A teoria pura do direito de Kelsen, ao ignorar em seu sistema o pluralismo, ignorou não só uma base moral como medida para o Direito mas negou também o *poder discursivo de cidadãos que racionalizam a moral*. Kelsen não enxergou aquilo que hoje justamente complementa um modelo conceitual positivista do Direito: *os princípios* e dele permite ir além.

Este trabalho não chega a outra conclusão senão a de que legitimidade e justiça na decisão judicial são ideais atingíveis na medida em que o próprio conceito de Direito contiver e der conta da complexidade de tais ideais. Liberto de um agulhão semântico, com Dworkin, foi possível avançar em termos de teoria do Direito e conseqüentemente em termos de teoria da decisão judicial, rumo a uma *prática do Direito procedimentalizada* e capaz de *reconstruir o sentido de seus conceitos de forma racional*, moralmente justificada, porque referente aos afetados por uma decisão e porque construída segundo o critério discursivo de *igual consideração e respeito na autodeterminação moral e auto-realização ética da pessoa*.

Uma teoria do Direito e uma teoria da decisão judicial devem ser somadas para fechamento da estrutura teórica aqui defendida ao constitucionalismo democrático ou democracia constitucional, que se guia segundo uma interpretação estatística do “nós, o povo” ou seja, segundo uma interpretação constitucional que resgata, reconstrói a partir da própria comunidade de princípios em crise, a racionalidade e a justiça de uma decisão judicial, resgatando também toda capacidade e legitimidade discursiva dos indivíduos *sujeitos e agentes* de seu próprio *Direito, moderno*.

É justamente neste mesmo entender que, ao constatar a importância de pensar um modelo teórico de interpretação constitucional que seja adequado a sociedades plurais e democráticas, Häberle aponta para: a) a transição para uma sociedade aberta de intérpretes, b) uma certa circularidade existente entre sociedade aberta e interpretação constitucional na medida em que esta é pressuposto e decorrência daquela e c) a existência de uma proporcionalidade entre abertura interpretativa e pluralismo social. Propõe-se, pois, a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional ao de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.(HÄBERLE, 1997, p.13).

Assim, fazem-se pertinentes as conclusões de Habermas:

Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical.(HABERMAS, 1997, p. 13).

O projeto constitucional moderno é algo que devemos assumir de forma séria para que a Constituição constitua uma comunidade de princípios cada vez mais críticos de si mesmos. O Direito

É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999, p. 492).

Acuso que estas são as premissas fundamentais do que se vem chamando de neoconstitucionalismo.

4. Referências bibliográficas

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GADAMER, Hans George. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Trad. Flávio P. Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta de Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “procedimental” do Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sieberneicger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

_____. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANT, Immanuel. *Resposta à Pergunta: Que é ‘Esclarecimento’?*. In: KANT, Immanuel. Textos Seletos. Trad. Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p.101-117.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

Artigo enviado em: 09/03/2010

Artigo aprovado em: 18/08/2010

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

A SÚMULA VINCULANTE Nº 05 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DESCOMPASSO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LUCIANA MAGALHÃES TEIXEIRA DA SILVA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Belo Horizonte, Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC, Pós-graduada em Direito Público ANAMAGES/NEWTON PAIVA, Pós-graduada em Direito Processual – grandes transformações (UNISUL).

1. O contexto normativo, as referências históricas, o Estado Democrático de Direito e o processo administrativo

No dia 8 de maio de 2008, o Pretório Excelso, em resposta ao verbete sumular nº 343 do Tribunal da Cidadania, tratou de editar a Súmula Vinculante nº 05 e adotou posicionamento restritivo de garantias ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ao estabelecer que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal de 1988.

Como é do conhecimento de todos, no dia 21 de setembro de 2007, a partir da publicação do Enunciado de Súmula nº 343, o Superior Tribunal de Justiça cristalizou jurisprudência da Terceira Seção ao declarar “obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

A partir da publicação do enunciado de Súmula nº 343 do STJ, deu-se projeção ao tema da processualidade no direito administrativo, notadamente, no que se refere ao processo administrativo disciplinar.

A exigência da presença obrigatória de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar revela o compromisso do Estado Brasileiro no pleno atendimento da efetiva concretização do Estado Democrático de Direito.

A dimensão de juridicidade do Estado Democrático de Direito impõe as estruturas de poder à observância e à realização efetiva de valores constitucionalmente assumidos pelo legislador constituinte pátrio, ao consagrar a aplicação de fundamentos de regras principiológicas do contraditório e da ampla defesa, em especial, no âmbito do processo administrativo disciplinar.

O processo administrativo disciplinar só se justifica se visto no âmbito do Estado Democrático de Direito. É justamente pela realização dos princípios democráticos legitimadores do exercício do poder que se põe o processo administrativo como instrumento de ação do agente público.

É através do modelo democrático que se concebe e se compreende o processo administrativo como um instrumento de realização legítima da atuação estatal. Na organização administrativa democrática, o processo administrativo surge como uma forma de superação da atuação estatal autoritária.

Em verdade, o processo administrativo encontra a sua razão de ser no Estado Democrático de Direito. Afinal, é justamente por meio da procedimentalidade do agir administrativo que a democracia se concretiza e se revela. A fixação de regras de como a Administração Pública deve atuar na sociedade e resolver os seus conflitos configura condição imprescindível para que a democracia se concretize.

Por essa razão é que se diz que o processo administrativo disciplinar é uma verdadeira miniatura do Estado Democrático de Direito.

A partir do momento em que se compreende que a processualidade não é restrita ao Poder Judiciário, mas é inerente ao desempenho de todas as funções estatais, imanente ao exercício de todos os poderes do Estado, sobretudo, da seara administrativa, vê-se que o processo

administrativo pode ser definido como um procedimento administrativo caracterizado pela presença dos interessados em contraditório, sendo, daí, resguardadas todas as garantias a ele inerentes.

Ora, não se pode negar que, durante muito tempo, entendeu-se a atividade administrativa como um fenômeno que se exercia pelo administrador e para o administrador, em prol do atendimento dos interesses da administração pública, distanciados dos interesses dos cidadãos.

Não raro, na história da Humanidade, mandos e desmandos foram praticados, porque o importante era dotarem-se as autoridades de instrumentos eficazes a proporcionar a efetiva investigação dos atos praticados, tendo como objetivo maior a exemplar punição daquele acusado de conduta desregrada ou contrária aos interesses daqueles que estavam à frente do Poder Estatal.

Na Idade Média, o Poder, como expressão de relações sociais e políticas, caracterizou o direito como dominação e normatização de regras, sendo destinado a reproduzir um arcabouço normativo direcionado a justificar a legitimidade do poder soberano personificado na figura de um monarca.

Nessa época medieva, o poder político passou a ser exercido de forma centralizada pelo Estado. O príncipe era o único titular do poder político. Nestes tempos, estava-se diante de uma sociedade caracterizada pelo exercício desenfreado e sem limites da autoridade do príncipe que produzia normas jurídicas segundo o seu próprio talante, sem necessidade de a elas se submeter.

Muitos foram os exemplos na história da Humanidade, no Antigo Regime, em que pessoas de bem, imbuídas dos melhores propósitos, apoiaram o desatino, a sandice daqueles que, investidos do Poder Estatal e com o intuito de propagar e dar efetividade aos seus próprios ideários, acabaram por praticar verdadeiras atrocidades e desmandos sob o falso manto da concretização da idéia de Justiça e da observância da Legalidade.

Com o surgimento do Direito Administrativo, no Estado Liberal, razão não há para o particular¹ se colocar numa posição subserviente, fazendo de si um verdadeiro súdito para com a Administração Pública.

Com a preocupação constante do Estado Contemporâneo em valorizar a participação dos membros de uma sociedade na formação da conduta administrativa, emerge, pois, uma nova concepção de Administração Pública fundada no estreitamento dos laços entre Poder Público e particulares, sendo certo que estes se apresentam como destinatários finais de todas as decisões administrativas e potenciais colaboradores na consecução do que se denomina interesse público.

Aliado a este quadro, o processo administrativo aflora neste cenário como veículo que operacionaliza e viabiliza a concretização dos direitos e garantias conferidos a cada particular.

O processo administrativo caracteriza-se como um importante instrumento da democracia, na medida em que propicia a garantia dos direitos subjetivos dos particulares, serve como elemento inadiável na legitimação do poder político estatal e conduz para o correto desempenho das funções públicas, como também contribui para o estabelecimento do melhor conteúdo das decisões estatais, tornando-se verdadeiro elo entre a Administração Pública e os cidadãos, além de sistematizar as ações administrativas e de possibilitar melhor controle da própria Administração.

2. Da processualidade administrativa e da necessidade da presença obrigatória do advogado

Com efeito, a existência de sujeitos processuais inseridos num processo administrativo remete à idéia de interesses que se contrapõem e se dialogam e cujos contendores têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que entenderem

¹ O termo “administrado” é criticado por alguns doutrinadores, porque pressupõe que a Administração Pública conduz o administrado, isto é, que o administrado é manipulado pela administração, razão pela qual adoto a terminologia utilizada pelas autoras Fortini, Pereira e Camarão (2008).

necessárias para demonstrar a existência de seus direitos, devendo, para tanto, ser ouvidos paritariamente em todos os atos e termos do processo.

Tudo isso ganha maior relevo quando deparamos com o processo administrativo disciplinar, que é um conjunto ordenado de atos de que a Administração Pública dispõe para averiguar e punir o agente público quando pratica todo e qualquer ilícito administrativo. Qualquer um a quem seja imputada uma conduta potencialmente passível de acarretar punição, sanção e responsabilização poderá ser considerado como um acusado, formal ou não. E, a partir do momento em que há uma atribuição subjetiva, ainda que potencial, de eventual falta, surge a contraposição de interesses, uma vez que o servidor acusado certamente não concordará com aquele que lhe imputa e aponta a prática de um ilícito administrativo.

Ora, a indicação por parte da Administração Pública de potencial falha funcional praticada pelo agente público e sua responsabilização, ou do enquadramento da conduta do servidor público como punível, gera a relação de contrariedade, de litigância, de contenda. De um lado, está a Administração Pública e, de outro, o servidor acusado. Dessa contraposição de interesses, é que advém um ato decisório que atingirá a esfera jurídica do acusado ou poderá contrariar qualquer interesse do servidor em litígio. E, conseqüentemente, aí estão presentes as condições para o que se denomina de processualidade administrativa com as garantias a ela inerentes.

Vale dizer, diante da real possibilidade de atingimento da esfera jurídica de um determinado cidadão por uma decisão administrativa, surge a exigência da observância de um processo justo e adequado, realizado perante um juiz competente e responsável, observada a garantia da ampla participação do acusado com efetivo contraditório, do direito de ampla defesa e do devido processo legal.

E o processo, independentemente de ser ele civil, penal, ou administrativo, quer nos conduzir à formação de uma verdade processual, que foi escolhida como a adequada por um órgão julgador que formou o seu convencimento com base em fatos amplamente

debatidos por todos os sujeitos processuais, inclusive, pelo próprio julgador. De um lado, cabe à Administração Pública dar início de ofício ao processo administrativo, e, impulsioná-lo, determinando a realização de diligências para esclarecer os fatos porventura duvidosos, ou ainda necessitados de ser esclarecidos; de outro lado, entrega-se aos particulares a possibilidade de apresentar documentos, requerer diligências e depoimento pessoal dos processados, inquirir testemunhas, realizar audiências, produzir perícias, tudo isso de molde a auxiliar na formação da convicção da autoridade responsável pela prolação da sentença.

Como se sabe, a Lei nº 9.784/99, de 29 de janeiro de 1999, que trata sobre o processo administrativo, estabeleceu no seu art. 1º, *caput*, comando normativo afirmando a preocupação do legislador pátrio de proteção dos direitos dos particulares como um fim a ser perseguido. Não satisfeito com tal preceito, acrescentou um capítulo próprio, estabelecendo no art. 3º, exemplificativamente, em diversos incisos, os direitos dos particulares quando se relacionam com o poder público, como ter conhecimento dos atos do processo; ter vista dos autos, para obter cópias das decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos; produzir provas, e, por fim, fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando esta representação for obrigatória por força de lei.

Ora, sob este aspecto, entendemos que tal disposição legal não se compatibiliza com o texto constitucional, no seu art. 5º, incisos LIV e IV, nem mesmo com o art. 133, da Constituição da República, que dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Constituição da República:

Art. 5º. [...]

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

IV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos, e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Vale salientar, entretanto, que, com base no art. 3º, inciso IV, da Lei nº 9.784/99, e, com fulcro no art. 156 da Lei nº 8.112/90, estabeleceu-se, no processo administrativo disciplinar, a possibilidade de o servidor exercer sua defesa de duas formas: ou tem faculdade de contratar um advogado para a defesa dos seus direitos ou tem o próprio servidor condições de dedicar-se à sua autodefesa.

Esclarece a Professora Odete Medauar:

A autodefesa é a possibilidade conferida ao sujeito de, pessoalmente, realizar as condutas e providências para preservar-se de prejuízos ou sanções. A autodefesa implica dois elementos: direito de presença e direito de audiência. O direito de presença se traduz na faculdade conferida ao sujeito de assistir pessoalmente à realização das provas e de contraditá-las, também, pessoalmente, sem intermediação de representante legal, inclusive o direito de inquirir ou fazer inquirir testemunhas. O direito de audiência, em sentido literal, ou estrito, consiste no direito de falar oralmente, para relatar fatos, de viva voz, ou dar explicações sobre dados que são expostos. Em acepção ampla inclui, também, o direito de apresentar argumentos e alegações a seu favor por si próprio. Salvo o processo disciplinar, na praxe administrativa brasileira predomina a autodefesa; mesmo que alegações escritas ou condutas sejam norteadas por advogados, estes não aparecem oficialmente.

A defesa técnica, por sua vez, é aquela realizada pelo representante legal do interessado, o advogado. Entende-se que a defesa técnica é o meio mais idôneo para o exercício da ampla defesa, tendo em vista que o representante legal do interessado, o advogado é um profissional habilitado para a defesa de direitos e interesses, uma vez que detém habilidades capazes de ressaltar ou expor com maior eficiência os fatos ou argumentos favoráveis ao seu constituinte ou também impedir que este sofra algum dano processual ou constrangimento. (MEDAUAR, 1993, p. 118).

E é nesse cenário e nesse contexto que surge e justifica-se o Enunciado de Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça estabelecendo que é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Entendemos que só é possível o servidor defender-se plenamente, no processo administrativo disciplinar, quando estiver assistido obrigatoriamente pela presença de um técnico.

O servidor acusado, por não ser dotado de conhecimento especializado, não tem a experiência e o discernimento que um profissional técnico possui. A defesa técnica, portanto, promove a realização e o equilíbrio do devido processo legal, por meio de uma defesa ampla, dando-se efetividade ao princípio do contraditório. Inegavelmente, a presença do advogado, com conhecimento especializado, além de estabelecer melhor equilíbrio entre os sujeitos do processo administrativo, evita que o servidor processado deixe-se levar por emoções e desequilíbrios exacerbados.

Vê-se logo que esta orientação sumular veio sedimentar regras já previstas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Escritores de grande envergadura sustentam, contudo, que a idéia de defesa ampla surgiu tendo por base o processo penal, cujas punições eventualmente aplicadas são, por natureza, muito mais graves que as sanções administrativas. E, que, mesmo tendo eles todo o respeito ao mister da advocacia, geralmente, não há, no processo administrativo disciplinar, elementos que demandem um conhecimento jurídico mais aprofundado a justificar a intervenção obrigatória do advogado.

Ora, pensar desse modo é guindar o capilarizado ramo do Direito Administrativo à condição de ciência jurídica de segunda categoria. É fechar os olhos para a processualidade administrativa existente. É simplesmente desconsiderar os princípios legitimadores do poder estatal, jogando-se por terra os valores democráticos escolhidos por nosso legislador constitucional, dos quais o processo administrativo

é uma forma de atuação do poder público, revelando-se como pilar da ordem democrática jurídica vigente.

3. Considerações finais

Nesse sentido, vale ponderar que, sem a fixação de um processo administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre a Administração e os cidadãos. É indispensável que cada um saiba até aonde vai o poder do outro e como este poder será devidamente exercido.

Desse modo, de fato, cabe ao Estado disciplinar, com transparência e objetividade, os meios pelos quais a Administração Pública, por intermédio de seus agentes, irá apurar, decidir, regular todos os aspectos pertinentes às relações que o Estado mantém para com os particulares e, inclusive, e, em especial, para com os seus servidores públicos e subordinados.

É claro que para o Estado tomar estas decisões administrativas, ele o faz por meio do processo administrativo, e, assim agindo, cabe a ele também assegurar o respeito a todos os atributos da cidadania, com vistas à observância das normas e regras principiológicas, bem como a todas as garantias asseguradas pela Constituição da República, no sentido de concretizar para o particular e para os seus servidores públicos o direito a um processo justo revelado na regularidade procedimental e na justiça das decisões.

Por tudo isso, sobreleva-se de importância a publicação dessa Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça.

Muito se discutiu e se disse que esta Súmula nº 343 do STJ não tinha quaisquer condições de ser imediatamente aplicada. Consideravam-na, em sua maioria, um exagero exigir a presença obrigatória do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Ocorre que quando este novo paradigma restou fixado pelo Tribunal da Cidadania, em setembro de 2007, vozes jurídicas vociferaram sob o argumento de que diante de possível constatação de cerceamento de defesa, os processos administrativos disciplinares já fi-

nalizados ou ainda em curso deveriam ser refeitos, em razão dos efeitos retroativos decorrentes da inevitável declaração de nulidade absoluta, passível de ser alegada a qualquer tempo.

E foi justamente por causa dessa problemática é que o Supremo Tribunal Federal tratou de editar a Súmula Vinculante nº 5, no dia 8 de maio de 2008, com o fito de evitar que demandas judiciais se avolumassem em suas estantes, adotando posicionamento restritivo de garantias constitucionais, ao estabelecer que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Ora, a decretação de nulidade pelo Poder Judiciário de um processo administrativo disciplinar conduzido pela Administração Pública sem a observância da aplicação da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, causaria, indubitavelmente, conseqüências incommensuráveis, sobretudo, pelo volume de atos administrativos que teriam de ser feitos, levando situação de verdadeiro caos às diversas Administrações Públicas deste continental Estado Federado do Brasil.

Certo é que a Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça é harmônica ao sistema de governo republicano adotado pelo Estado Federado do Brasil, e, como tal, tem a sua legítima importância, por garantir ao processo administrativo disciplinar a característica de processualidade, porque, na prática corriqueira das repartições públicas, percebe-se, claramente, que nem sempre o Estado Democrático de Direito que se esquadrinha no universo jurídico é aquele que se vivencia no dia a dia.

Quem se depara com os fatos do cotidiano e enfrenta a problemática existente nos expedientes disciplinares tem a certeza de que muito dos princípios constitucionais, das garantias processuais, dos termos e definições típicas da processualidade administrativa ficam restritos ao cientificismo jurídico, distantes, invariavelmente, dos servidores públicos imputados de um ilícito administrativo.

Geralmente, o que se denota é uma grande dificuldade enfrentada pela Administração Pública para realizar, a contento, um sistema

punitivo que efetivamente atenda aos anseios não só dos servidores públicos como também do Estado.

Afinal, deve ser interesse do Estado que a repressão disciplinar se realize da forma mais correta, mais lúdica, mais reta possível a fim de que a sanção dela resultante possa realmente refletir com perfeição as condutas praticadas pelos servidores públicos que se destacaram negativamente no serviço público, por meio da adoção de comportamentos que levam à quebra no cumprimento dos seus deveres funcionais, e de confiança para com a Administração Pública.

Com efeito, qualquer ato administrativo, praticado por servidor público que não esteja dentro dos fins propostos da Administração Pública, será considerado ato ilegal, contrário ao interesse público, suscetível de ser apurado administrativamente, dentro do seu poder de autotutela, por meio do processo administrativo disciplinar.

Destarte, todos os que se ligam, de algum modo, ao corpo orgânico formador do Estado, sejam servidores, sejam agentes políticos, deverão de respeitar as regras protetivas do interesse público.

Em outras palavras, todo aquele que exerce uma função pública deve, em toda a sua desenvoltura administrativa, realizar um determinado fim revelado no interesse público, atuando de acordo com os seus deveres funcionais. Vê-se, portanto, que, firmado o vínculo com o Estado, nasce para o agente, a obrigação (dever positivo) imposta por lei de desempenhar um conjunto de atos que atendam ao interesse público, e, que estejam em conformidade com os deveres funcionais estabelecidos.

No momento em que este vínculo é quebrado, eis que comprovada a prática de ilícitos administrativos, por ter o agente público desempenhado atividade (função) pública em desacordo com o conjunto de atos que deveria normalmente praticar para desempenhar uma obrigação que lhe fora imposta por lei, abre-se espaço à abstenção (dever negativo), revelada no propósito de preservar o interesse público, em relação ao servidor público que demonstrou possuir pouco apreço com a *res publica*.

Vale dizer, no momento em que o vínculo firmado com o Estado de bem-fazer é violado, deve haver, de igual modo, a ampla apuração de tal conduta, com a formação do processo administrativo disciplinar, estando asseguradas as garantias a ele inerentes, sobretudo, com a consagração e aplicação de fundamentos de regras princípios lógicas do contraditório e da ampla defesa.

Do mesmo modo, não mais se pode admitir no serviço público a presença de autoridades públicas atuando com paternalismo, na medida em que procuram acobertar servidores que se envolvem em atos menos dignos, com evidente ofensa aos deveres funcionais e à Administração Pública.

Lado outro, a imposição infundada de sanções disciplinares também desmotiva o servidor público inocente, que se sente injustiçado, por ter sido parte integrante de um processo administrativo disciplinar caracterizado por arbitrariedades, desmandos, humilhações, desprovido da observância das garantias próprias do processo.

Tudo isso faz repercutir na sociedade uma sensação de descrença, uma ausência de confiabilidade para com a Administração Pública, o que faz provocar, por sua vez, efeitos danosos à eficiência dos serviços públicos prestados pelo Estado.

Assim, qualquer ataque ao legítimo dimensionamento do direito de defesa já seria elemento bastante para motivar a anulação do processo administrativo disciplinar, tornando írritas as sanções disciplinares dele decorrentes.

Portanto, devem os responsáveis, para a melhor condução deste processo administrativo de índole punitiva, seguir todas as diretrizes existentes com o fim de evitar que o Estado tenha, dentro dos seus quadros, servidores sem qualificação para desempenhar suas funções.

É de suma importância que o processo administrativo disciplinar possa efetivamente servir para manter resguardada a regularidade na prestação do serviço público, e, sobretudo, que ele possa coibir a prática de ilícitos administrativos dos demais servidores do mesmo órgão em que é lotado o servidor punido.

Daí, imprescindíveis tornam-se os termos do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa no âmbito do Direito Administrativo. Deve-se compreender qual o papel tem de desempenhar a Administração Pública à frente de um processo administrativo, para que o Estado possa usar convenientemente o poder disciplinar, como instrumento adequado para o aperfeiçoamento progressivo do serviço público, fazendo com que os servidores públicos possam desempenhar suas funções com comprometimento, consciência, profissionalismo, boa-vontade, buscando melhorar os métodos de trabalho, com a finalidade de obter melhores resultados para a Administração Pública e fazer atender realmente o que se denomina por interesse público.

Por esta razão, o processo administrativo é que imprime a responsabilidade administrativa e permite que o exercício do poder disciplinar seja controlado em sua juridicidade e em sua legitimidade, pelo que não pode se dar o seu desempenho de maneira informal, sem qualquer registro ou sem qualquer observância de garantias.

Vale dizer, qualquer comportamento administrativo que venha tangenciar ou afetar direitos específicos dos servidores acusados quando, em decorrência da prática de ato ilícito administrativo, deve ser todo realizado por meio do processo administrativo disciplinar, assegurados todos os princípios e garantias constitucionais a ele inerentes.

Assim, é com pesar que a Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça perdeu a sua força diante da edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF, que entendeu que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Ora, a aplicação desse entendimento do Supremo Tribunal Federal, colocando-o, como norma de direção, aplicável a todo poder judiciário e, bem como a toda Administração Pública, teve como objetivo tão-somente diminuir o número de recursos que chegariam às instâncias superiores, como o próprio STF. A medida adotada pelo STF só se preocupou com a celeridade da tramitação jurisdicional, sem levar em consideração que garantias constitucionais estariam sendo extirpadas daquele particular sujeito a um processo adminis-

trativo disciplinar, que, indubitavelmente, tem inafastável índole de processualidade, tendo em vista todo o arcabouço jurídico pátrio.

Certo é que o Enunciado de Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, em verdade, tinha como condão fortalecer a idéia da processualidade no Direito Administrativo, possibilitando que fosse evitada a abertura de processos administrativos disciplinares injustos, desprovidos de regras democráticas e sem a presença de garantias a eles inerentes, em especial, a da ampla defesa.

Aperfeiçoar um sistema punitivo disciplinar é, em verdade, fortalecer a própria Administração Pública e suas decisões, é buscar atender ao interesse público, inserido na concepção de um Estado Democrático de Direito, é aproximar o particular da Administração Pública.

Esta deve ser a preocupação constante do Estado Contemporâneo em valorizar a participação dos membros de uma sociedade para a formação de um agir administrativo mais legítimo, mais responsável, mais seguro, mais comprometido na construção de uma Administração Pública preocupada em atuar segundo um processo administrativo mais democrático, capaz de resguardar ao particular todas as suas garantias individuais, além de possibilitar a cada um exigir do Estado o cumprimento de seus deveres para com todos os cidadãos.

4. Referências bibliográficas

ABEN-ATHAR, Daniela Figueira. *Do conceito de ampla defesa constitucional no processo administrativo disciplinar*. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_agosto_2007/Do%20conceito%20de%20ampla%20defesa_daniela.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da publicidade no direito administrativo. Disponível em: <<http://www.celc.com.br>>. *Comentários anteriores*, n. 94, 15 nov. 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). *Processo administrativo disciplinar: contraditório e ampla defesa – nulidade*. Boletim de Direito Administrativo, v. 12, p. 541-547, ago. 1996.

BROCHADO, Mariá. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 39, n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Reimpr. da edição brasileira de 1977, 2. reimpressão portuguesa. Coimbra: Almedina, fev. 2003.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.520, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10344>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Presença obrigatória de advogado no processo administrativo disciplinar: breves anotações à Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.541, 20 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10433>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

COSTA, Daniel Tempski Ferreira da. O devido processo legal em face da Lei nº 9784/99. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3203>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

COSTA, José Armando da. *Procedimentos disciplinares e a ampla defesa*. Fórum administrativo: direito público, v. 5, n. 51, p. 5.507-5.518, maio 2005.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. 4. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COTRIM NETO, A. B. Do contencioso administrativo e do processo administrativo: no Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 24, n. 95, p. 141-156, jul./set. 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 34-46, jun. 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Processo administrativo disciplinar: direito de defesa e controle judicial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 18, n. 72, out./dez. 1981.

FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 165, p. 11-22, jul./set. 1986.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A garantia da ampla defesa no direito administrativo processual disciplinar. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 19, p. 60-68, jan./mar. 1972.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo*. Comentários à Lei nº 9.784/1999. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no direito administrativo disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 36, n.141, p. 119-128, jan./mar.1999.

GAMA, Lídia Elizabeth Penalzoza Jamarillo. *O devido processo legal*. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991.

GUIMARÃES, João Lopes. A sindicância e o princípio da ampla defesa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.19, n. 78, p. 116-120, abr./jun. 1986.

JÚNIOR. Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAZZARINI, Álvaro. Do procedimento administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 34, n. 135, p.125-136, jul./set. 1997.

LIMA, Elisângela Gonçalves de. Processo administrativo disciplinar na administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 214, 5 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4793>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: EDIPRO, 2002.

MANHEIM, Karl. *La democratizacion de la cultura*. Ensayos de la Sociologia de la Cultura. Madrid: Aguilar, 1957.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Processo administrativo inquisitorial: eficiência investigativa e garantias constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 42, n. 167, p. 191-211, jul./set. 2005.

MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar. Aspectos atuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3852>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Direito de defesa em sindicância. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 35, n. 138, p. 103-112, abr./jun.1998.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MODESTO, Paulo. A nova lei do processo administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=407>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A exigência de advogado no processo administrativo disciplinar: a nova Súmula nº 343 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e seus reflexos. Disponível em: <<http://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/2053/3/Advogado>>. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.dativo.pdf. Acesso em: 11 fev. 2008.

NOGUEIRA, Rubem Rodrigues. Aplicação do princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 14, n. 53, p. 237-244, jan./mar.1977.

OLESKOVICZ, José. Processo administrativo disciplinar: presença facultativa de advogado e obrigatoria de servidor defensor dativo apenas na hipótese de revelia na fase de defesa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1346, 9 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9578>>. Acesso em: 11 fev. 2008.

PEPEU, Sérgio Ricardo Freire. Processo administrativo disciplinar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=401>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

PESSOA, Robertônio Santo. Processo administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2107>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

PIETRO, Maria Sílvia Zanella de. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O devido processo legal e o processo administrativo. Disponível em: <<http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-publico/direito-administrativo/luis-felipe-pinheiro/>>. Acesso em: 07 fev. 2008.

PORTA, Marcos de Lima. O direito administrativo disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 41, n.163, p. 181-184, jul./set. 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 34, n. 136, p. 5-28, out./dez. 1997.

_____. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. Do direito de defesa no procedimento disciplinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 698-707, abr./jun. 1977.

SABELLI, Cid. A obrigatoriedade da presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar comum e militar. Disponível em: <<http://www.supremacultura.com.br/default.asp?id=15&ACT=5&content=93&mnu=15>>. Acesso em: 15 fev. 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Marília Lourido dos. Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei nº 9.784/99. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 38, n. 149, p. 243-254, jan./mar. 2001.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. v. 1. São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TÁCITO, Caio. Poder disciplinar e direito de defesa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 37, p. 345-352, jul./set. 1954.

RMS 9.076/SP. 6. Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data do Julgamento: 16 dez. 1999, DJ 21 fev. 2000. Disponível em: <[www.Superior Tribunal de Justiça.gov.br](http://www.SuperiorTribunaldeJustica.gov.br)>. Acesso em: 21 mar. 2008.

MS 7.074/DF. 3. Seção. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Data do Julgamento: 10 abr. 2002, DJ 07 out. 2002. Disponível em: <[www.Superior Tribunal de Justiça.gov.br](http://www.SuperiorTribunaldeJustica.gov.br)>. Acesso em: 21 mar. 2008.

MS 7.078/DF. 3. Seção. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Data do Julgamento: 27 ago. 2003, DJ 09 dez. 2003. Disponível em: <[www.Superior Tribunal de Justiça.gov.br](http://www.SuperiorTribunaldeJustica.gov.br)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

RMS 17.735/MT. 5. Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data do Julgamento: 05 dez. 2006, DJ 05 fev. 2007. Disponível em: <[www.Superior Tribunal de Justiça.gov.br](http://www.SuperiorTribunaldeJustica.gov.br)>. Acesso em: 22 mar. 2008.

MS 10.837/DF. 3. Seção. Relator: Ministro Paulo Galotti; Relatora para o Acórdão: Ministra Laurita Vaz. Data do Julgamento: 24 maio 2006, DJ 13 nov. 2006. Disponível em: <[www.Superior Tribunal de Justiça.gov.br](http://www.SuperiorTribunaldeJustica.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2008.

MS 12.594/DF. 3. Seção. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data do Julgamento: 10 out. 2007, DJ 22 fev. 2008. Disponível em: <[www.Superior Tribunal de Justiça.gov.br](http://www.SuperiorTribunaldeJustica.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2008.

MS 12.262/DF. Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: 3. SEÇÃO. Data do Julgamento: 27 jun. 2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 06 ago. 2007. p. 461. Disponível em: <[www.Superior Tribunal de Justiça.gov.br](http://www.SuperiorTribunaldeJustica.gov.br)>. Acesso em: 24 mar. 2008.

9

Direito Público Institucional

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

ARTIGO

MINISTÉRIO PÚBLICO DE RESULTADOS: A ATUAL MISSÃO INSTITUCIONAL

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça do Estado do Amazonas,
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra.

RESUMO: Uma sociedade em mutação exige um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público (MP) se insere nesse contexto como uma instituição destinada a defender os interesses não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente mas de uma sociedade democrática. Com esse propósito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social, a partir de uma cultura de inovação. Sua missão é promover o interesse público e a justiça não apenas com os elementos estáticos concedidos pela letra fria da lei mas também com a prática institucional e as soluções que surgem da teorização dos problemas formulados a partir do contato com a comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; perfil institucional; atividade funcional; eficiência; inovação; dinamismo.

ABSTRACT: A society in transformation requests a continuous reassessment of its institutions to attend new demands in an efficient way. The Public Prosecution, within that specific context, is an institution designed to protect the interest, not only of the State or only of society, but of a democratic society. In this regard, the Public Prosecution takes the liability to think law and its mechanisms as levers of social progress, regarding an innovation culture; its mission is to promote the public interest and justice not only with the static elements of the cold letter of the law, but by enriching them with

the institutional praxis and the solutions that arise from the theorisation of the issues placed by contact with the community.

KEY WORDS: Public Prosecution; institutional profile; functional activity; efficiency; innovation; dynamism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O desafio de manter-se independente sem se isolar das demais instituições. 2.1. Trabalho intersetorial. 2.2. Diálogo institucional: o poder canalizado. 3. A busca incessante por legitimidade social: termômetro da eficiência funcional do Ministério Público. 4. Criação de uma identidade funcional perante o Poder Judiciário. 5. Dinamismo funcional. 6. A gestão de resultados numa cultura de inovação: Ministério Público resolutivo. 7. A necessidade de uma instituição ágil e flexível. 7.1. As contrainstituições. 8. Premiar o talento e o mérito: fórmula de fortalecimento institucional. 9. Conclusões. 10. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A todos que compõem uma instituição parece elevar-se como uma natural imposição moral zelar pela força, grandeza e prestígio perante a sociedade onde essa instituição desempenha suas atribuições. Isso porque uma instituição, e falando especificamente do Ministério Público, dura independentemente dos homens que a integram. À complexa rede de relações com a qual os participantes se comprometem, a instituição vem acrescentar algo diferente dos elementos iniciais. Para além dos membros individuais, surge um elemento novo, uma entidade autônoma que não é o resultado de uma simples adição. Na vida quotidiana, ninguém se lembra de confundir a mais simples casa com a pilha de materiais de que, no entanto, ela é o resultado. Ora, a instituição é igualmente uma construção, um conjunto arquitetônico onde os indivíduos desempenham uma função, mas adquirem um novo valor pela sua situação em relação ao conjunto. (PRÉLOT, 1974, p. 117).

Em relação ao Ministério Público, dados os princípios da unidade e da indivisibilidade, todos os membros falam em nome da instituição. Assim, cada promotor de justiça assume uma responsabilidade

que supera o círculo individual (todos resumem em si o destino da instituição). Como as instituições são governadas por pessoas, a individualidade passa a ser um elemento a incluir na conduta institucional. (THOMPSON, 1967, p. 155). Se os membros de uma instituição procedem errado ou de forma inadequada, se usam os meios (garantias e prerrogativas) como fins, o resultado ruinoso é sentido pela instituição. Se, por outro lado, atuam dentro de padrões de comprometimento com a causa pública, os resultados benéficos são distribuídos em cotas equânimes de prestígio entre os agentes e a instituição. No somatório final, a instituição acaba sendo defraudada em seu patrimônio moral.

O importante parece ser não o que a instituição do Ministério Público pode representar em garantias e prerrogativas, mas o que *fazemos* por ela (e por consequência, pela sociedade); não é a instituição que faz o promotor, mas o promotor que constrói o prestígio institucional. Em termos práticos, enfim, não é a profissão que honra ou desonra o homem; pelo contrário, é o homem que honra ou desonra a profissão. (S. SMILES *apud* VIANA, 1943, p. 341).

É forçoso, portanto, buscar uma harmonia em que o todo serve às partes da mesma forma que as partes servem ao todo. (LAPASSADE; LOURAU, 1972, p. 127). Dentro do binômio indissociável instituição/individualidade, passaremos a analisar o atual perfil do Ministério Público, seus ideais institucionais intrínsecos e a forma mais adequada de se portar diante das exigências modernas de um ambiente social complexo e heterogêneo. Indagando, também, como o conjunto das determinações sociais atravessa a instituição, e, reciprocamente, como a instituição atua sobre o conjunto das determinações sociais. Tudo enfiado, porém, num círculo mais amplo: o de instigar debates.

2. O desafio de manter-se independente sem se isolar das demais instituições

O Ministério Público não retira sua força da proximidade com o Judiciário, Executivo ou Legislativo, ou de qualquer outro escaninho da máquina estatal. Como Anteu da mitologia, a instituição fortale-

ce-se quando se aproxima da sociedade, quando, por meio de suas atribuições (judiciais e extrajudiciais), atende os legítimos anseios sociais, quando, em defesa dos interesses sociais, não escolhe ou poupa adversários, quando, em sua evolução institucional, mantém-se fiel aos ideais de berço (ou às coordenadas originárias): justiça, paz, segurança, liberdade, interesse público. É no começo de todas as coisas que se encontra o que há de mais precioso e essencial.

Historicamente, está mais do que provado que o Ministério Público, quando, por um motivo ou outro, se aproxima demais daqueles órgãos (Executivo, Judiciário e Legislativo), tende a perder respaldo social e a compartilhar dos mesmos males (corrupção, politização, partidarização, burocracismo, servilismo, corporativismo etc.).

Os membros do Ministério Público não podem, por outro lado, ficar encastelados em uma “torre de marfim”, isolados, à margem das realidades, autossuficientes, procurando em si mesmos o seu próprio princípio e o seu próprio fim. Isso porque, como as religiões, as filosofias e a política, que se destroem quando passam a ter seus fins em si próprias, também as instituições deterioram-se quando o interesse interno as desvia de seus objetivos.

Atuar com independência sem, contudo, isolar-se corporativamente das demais instituições democráticas ou, o que é pior, dos anseios e das necessidades da sociedade é o enredo do tremendo desafio que se põe ao Ministério Público de hoje, a exigir reflexão de todos que lhe dedicam interesse científico.

Todas as ações das diversas instituições públicas giram num concerto teleológico, sem que o complemento da ação insuficiente de uma por outra possa ser interpretado como invasão de competência ou de atribuições, ou ainda de violação à independência funcional. Dada essa evidência, o Ministério Público deve trabalhar de maneira independente, mas em cooperação com outros ramos do governo, na defesa e no zelo do interesse público.

Ao invés de corporativo, o Ministério Público deve-se apresentar à sociedade e às diversas instituições públicas como sendo *cooperati-*

vo, associando-se ao objetivo comum de distribuir harmonia e paz à coletividade. O mais valioso não se encontra nas entranhas institucionais, mas no tecido social, origem e fim de todos os órgãos especializados do Estado. Ademais, num ambiente democrático, não há espaço para o egoísmo institucional, pois todas as associações e instituições se unem numa espécie de grande *sociedade cooperante*. (RODRIGUES, 2007, p. 205).

Essa união de esforços diversos, acomodada numa vasta cadeia de cooperação, é uma característica fundamental de uma sociedade democrática. É essencial que todas as instituições funcionem bem, perseguindo objetivos que não sejam internos e exclusivos. Uma só a desafinar neste coro comum e todo o trabalho é posto a perder. Deve existir uma linha de continuidade funcional entre os diversos órgãos democráticos. Um sendo o prolongamento do outro. E, nesse quadro, o espírito de corpo surge como um elo desagregador, desviante de uma energia coletiva convergente.

Um raciocínio sereno extraído das circunstâncias práticas nos remete à seguinte conclusão: o Ministério Público requer, para a eficácia de sua ação, uma parceria com outros órgãos públicos. Alguns poucos exemplos servem de ilustração para essa ideia. Uma perícia a ser elaborada pelo setor ou departamento de perícia do Estado ou da União, pelo Conselho Regional de Engenharia ou por qualquer outro órgão pode representar o êxito ou fracasso de um procedimento do Ministério Público; na área criminal, um inquérito policial mal elaborado ou conduzido pode resultar num processo fadado ao insucesso, a retratar, nos atuais moldes, a importância da polícia judiciária;¹ a falta de cooperação de órgãos ambientais do Município, Estado ou União pode inviabilizar o trabalho eficiente das Promotorias Especializadas em Meio Ambiente; a abordagem ineficiente ou desidiosa de órgãos municipais pode redundar em sérios embaraços para a Promotoria Especializada em Urbanismo etc.

¹ A influência do inquérito policial sobre a ação penal é notória no Direito brasileiro, sendo um erro de fato afirmar que ele não é empregado ao longo da fase judicial, inclusive como razão de decidir (CHOUKR, 2004, p. 38). Claus Roxin (2000, p. 57) chegou a afirmar, à guisa de realçar a importância da polícia, que a promotoria sem a polícia é “uma cabeça sem mãos”.

João Lopes Guimarães Júnior (1997, p. 99), analisando um aspecto específico ligado a essa temática, alerta que os

[...] principais responsáveis pela repressão criminal e pela segurança pública no país falam línguas diferentes. Polícias Civil e Militar, Ministério Público e Judiciário vivem, em regra, tendo entre si o abismo das desconfianças recíprocas ditadas por impatrióticos espíritos corporativistas. Raramente trabalham de forma coordenada e estratégica, em prol de objetivos comuns, como seria de se esperar. O prejuízo decorrente, para a instrução de inquéritos e investigações, impede muitas vezes a eficiência da atuação do promotor criminal.

Instituições sem coordenação neutralizam mutuamente sua eficácia. E todas estão ligadas por regras e compromissos distintos, embora sejam livres *dentro do marco* desses compromissos. A experiência demonstra, numa perspectiva mais ampla, que a democracia não pode existir a menos que todas as suas instituições estejam perfeitamente orientadas para objetivos democráticos. Generalizando, podemos dizer que nenhuma sociedade pode sobreviver a menos que exista alguma coordenação dentro da rede de suas instituições, seus recursos educativos e seus valores fundamentais. (MANNHEIM, 1960, p. 193).

O Ministério Público, além de buscar, por meio de convênios, protocolos, ajustes, termos de cooperação operacional ou auxílio técnico etc., uma coordenação dos diversos órgãos públicos para viabilizar e otimizar sua atividade-fim, assume por conta disso, paralelamente, uma espécie de responsabilidade pela saúde institucional e técnica de tais órgãos. Responsabilidade que o obriga a ser um dos principais combatentes do Estado (Município, Estado-membro e União), com o objetivo de forçá-lo constantemente a manter ditos órgãos (principalmente aqueles indispensáveis ao bom desempenho das funções ministeriais) dentro de padrões mínimos de eficiência (como, aliás, determinam os arts. 37 e 129, II, da CF/88).

2.1. Trabalho intersetorial

A necessidade de coordenação do Ministério Público com outros órgãos e entidades funda-se também na perspectiva moderna do re-

lativo descrédito do conhecimento cartesiano e setorial, que já não consegue trabalhar com a multiplicidade de variáveis que tornam os problemas sociais impossíveis de uma leitura pela visão unilateral ou escoteira de uma instituição especializada. Cada instituição detém uma parte da verdade, das explicações, dos saberes, mas não da totalidade. Em relação a todas as técnicas que não pertencem à sua estrita área de atuação, o técnico é tão ignorante quanto o cidadão comum. A tecnicização do mundo tem como inevitável contrapartida certa extensão da ignorância humana. E, quanto mais o saber-fazer se diferencia e aumenta em eficácia, menos é possível o controle intelectual do homem sobre o conjunto das operações que efetua ou das quais participa. (FOUGEYROLLAS, 1960, p. 11-12).

A *intersectorialidade* – ou *transectorialidade* – consiste na articulação entre órgãos públicos, instituições e diversos outros setores da sociedade civil, integrando interesses, necessidades, conhecimentos (experiências) e poderes, com o fim de enfrentar os problemas sociais cada vez mais complexos. Implica uma forma nova de administrar, de governar e de moldar políticas públicas capazes de agregar todo o potencial cooperativo das estruturas sociais em prol dos objetivos definidos institucionalmente. Antes de ser um conceito teórico, a intersectorialidade é uma prática social voltada ao enfrentamento de problemas reais.

O atual estágio da ciência exige uma nova visão de mundo, diferente e não fragmentada. A abordagem que analisa e tenta compreender o mundo em partes independentes já não funciona. Já não se pode prescindir de uma visão mais ampla, integradora, global, para que a mente humana funcione de modo mais harmonioso, no sentido de colaborar para a construção de uma sociedade mais ordenada, justa, humana, fraterna, estável e segura. (MORAES, M., 1997, p. 20).²

Há na sociedade, paralelamente, órgãos públicos e entidades da sociedade civil atuando isoladamente, em setores, sobre necessidades e expectativas sociais. Na segurança pública, por exemplo, temos, de um lado, a polícia, o Ministério Público, o Judiciário, o sistema

² Vide também Behrens (1999, p. 383-403).

prisional, cada um com seus princípios, suas metas, suas estratégias, trabalhando sobre o mesmo fundo; de outro lado, trabalhando sobre o mesmo tema, mas com princípios, estratégias e metas próprias, temos outros atores, como associações diversas, entidades não governamentais de defesa dos direitos humanos etc. As forças, as experiências, os interesses, embora ligados pela identidade do problema social, acabam dispersando-se e pulverizando-se em atuações isoladas, setoriais, em prejuízo de resultados produtivos, concretos e duráveis sob o pálio da cooperação, coordenação e intersetorialidade.

2.2. Diálogo institucional: o poder canalizado

Nesse desafio de coordenação com órgãos e instituições externas de forma independente, o Ministério Público acaba esquecendo uma premissa básica: a cooperação interna é a primeira lei de competição externa. Afinal como enfrentar poderes políticos e econômicos bem organizados sem contar com uma estrutura sólida e coesa?

A Constituição, ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF/88)³, possibilitou a qualquer agente ministerial que, ao atuar, impute sua vontade funcional à instituição. (CARNEIRO, 1995, p. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas (ente curador dos direitos ou interesses – MP – e a pessoa que os exerce – membro) como na representação, legal ou voluntária. Há unidade: é uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quantos fossem o número de membros a compô-la. Ou, ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institu-

³ Sobre os aludidos princípios e o alcance conceitual *vide* (NOGUEIRA, 1992, p. 81; SAUWEN FILHO, 1999, p. 209-210; DONIZETTI, 2009, p. 152).

cional. Os múltiplos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiossincrasias sobre um núcleo irredutível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição. Este núcleo não é outro senão a ordem jurídica e o diálogo institucional.

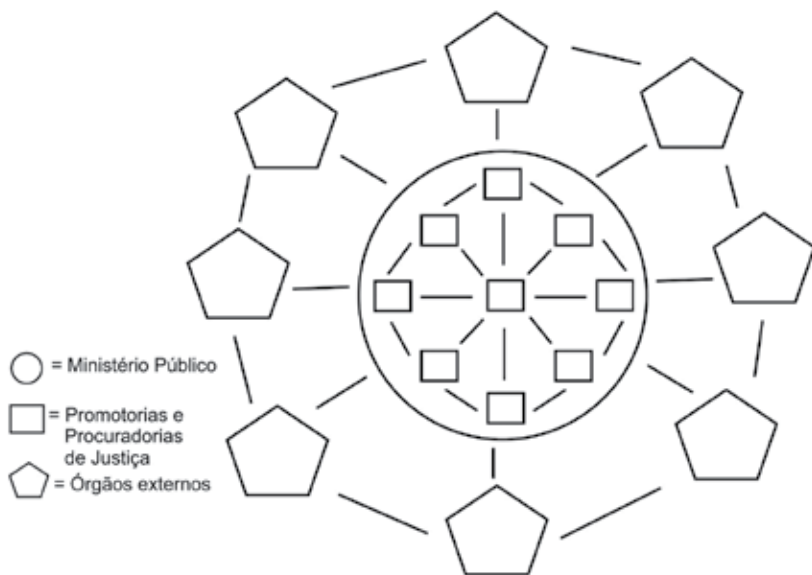
O diálogo institucional ou a solidariedade interna entre os agentes do Ministério Público, com delimitação precisa de atribuições, disposição de atuar em conjunto e uma interação funcional sujeita a princípios, normas e regras, em que cada órgão pode complementar a atividade do outro, é o passo decisivo para uma gestão fundada no resultado. Para isso alguns desafios devem ser postos claramente: I- criação de condições efetivas para os órgãos de execução e de administração atuarem como uma equipe (com *unicidade de propósitos*); II- estabelecimento de condições para enfrentar diferenças internas criando motivação para ações cooperadas; III- extrair da interação entre os órgãos cooperantes soluções capazes de mudar a realidade (retroalimentando a aliança orgânica); IV- eliminação ou expurgo da cultura burocrática avessa ao diálogo e ao agir compartilhado (que pressupõe uma atitude mental absolutamente nova⁴); V- Aumento das redes de comunicações formais (relatórios, circulares, memorandos, reuniões etc) e redução das informais. (LAPASSADE; LOURAU, 1972, p. 103).

No tópico 2 deste artigo, deixamos claro que o MP deve compatibilizar sua independência funcional com uma coordenação com os demais órgãos externos. É sabido que a independência funcional atinge o MP sob dois vértices: a independência externa ou política (visa protegê-lo das ingerências e pressões de poderes externos em sua atividade funcional) e a independência interna ou pessoal (que visa amparar o membro ministerial dentro de sua própria instituição, em relação aos demais órgãos ministeriais). Com a independência externa assume a instituição o desafio de harmonizá-la com a necessidade imperiosa de se coordenar com as demais instituições e os órgãos externos. Não é diferente com a independência interna,

⁴ Thoreau, o curioso naturalista/filósofo americano, de modo perspicaz, achava que as reformas materiais de nossas instituições não se realizariam sem que houvesse, preliminarmente, uma reforma interior do indivíduo e que, se esta última se realizasse, a primeira passaria a ser supérflua (DREISER, s/d, p. 169).

em que os membros e órgãos internos (de execução e de administração), individualmente considerados, têm a difícil missão de afinar a independência com um diálogo permanente com o objetivo de agilizar e otimizar sua atividade-fim.

Modelo diagramático de coordenação interna e externa referente ao Ministério Público



Debates, estudos, intercâmbio de informações, realização periódica de congressos (estaduais, regionais e nacionais) reunindo a categoria assim como as campanhas internas para os cargos eletivos dos órgãos superiores e da associação de classe criam espaços de formulação e discussão de temas jurídicos e problemas institucionais. (SILVA, 2001, p. 130). Essas atividades geram um discurso próprio à categoria e, em consequência, um diálogo permanente.

3. A busca incessante por legitimidade social: termômetro da eficiência funcional do Ministério Público

O Ministério Público constitui uma estrutura jurídico-social, ou seja, é a institucionalização de uma função indispensável ao bom desen-

volvimento social. É uma estrutura estatal que, de toda maneira, saiu da coletividade, sendo controlada em seus objetivos pela sociedade e tendo um papel positivo a desempenhar no alargamento do horizonte social, jurídico e político das massas. A sociedade inteira, por isso, confia a ele a função de agir em seu nome, de cumprir os seus deveres, de realizar os seus desejos.

A legitimidade e o prestígio social dependem sempre da competência e da eficiência como o Ministério Público desempenha suas atividades ordinárias. A motivação dos cidadãos em colaborar, participar e demandar os serviços prestados pela instituição funciona como vetor legitimador da própria atuação institucional. Legítima será a atividade funcional capaz de gerar crenças validadas pelo seu reconhecimento como valor ético e pela prática social que, por uma experiência concreta, confirma seu *modus operandi*. (GRIN, 2008). Daí que essa legitimidade social para o Ministério Público e as práticas legitimantes pela sociedade devam formar um círculo virtuoso, visando manter o padrão de eficiência da atividade-fim desempenhada pela instituição.

Ser eficiente exige o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação ministerial só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das demandas existentes e os meios disponíveis. (CARDOZO, 1999, p. 166).

A eficiência no desempenho das funções do Ministério Público passa, portanto, por um melhor conhecimento dos problemas comunitários. E isso tem implicado uma necessidade cada vez mais premente de articulação entre o Ministério Público e a comunidade na busca por soluções.

Hoje a representação democrático-formal que restringe a cidadania a uma feição meramente eleitoral⁵ amparada numa vaga noção de universalidade de direitos (GRIN, 2008) apresenta-se francamente em crise. (MANNHEIM, 1960, p. 165; MAZZILLI, 2001, p. 127). Em seu lugar ou ao seu lado temos a participação cidadã e comunitária (responsável) na formulação e implementação das políticas públicas. E isso exige um novo sistema de *accountability*⁶ – ou de prestação de contas – que reforce a confiança social na eficiência das instituições públicas. São os novos modelos de governança participativa que afetam não apenas o círculo político estrito mas também instituições jurídicas com forte cariz político (a exemplo do Ministério Público).⁷

De fato, a democracia é o governo do poder público *em público*. E, num Estado constitucional democrático, o caráter público é a regra; o segredo, a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos. (BOBBIO, 1986, p. 84-86). Por sua própria natureza, o poder democrático deve ser exercido com o máximo de transparência, às claras, e com a participação e o consentimento consciente dos cidadãos. (STRIEDER, 2004, p. 179).

Uma instituição tem um caráter público apenas enquanto se acredita que a sua atividade própria seja pública. Sessões secretas, reuniões, acordos e decisões secretas podem ser muito significativas e importantes, mas não podem jamais ter um caráter público, democrático e responsivo.

No Amazonas, para não falar em todo o Brasil, a *rendición de cuentas* do Ministério Público ainda é muito deficiente e pouco democrática. Em sua Lei Orgânica (Lei nº 11/93), art. 29, XXXIX, é prevista apenas a apresentação, pelo Procurador-Geral de Justiça, “[...] no

⁵ Como diz Melo (2007, p. 16): nos governos representativos modernos, o momento estruturante do contrato entre cidadãos e representantes consiste nas eleições.

⁶ Termo de origem anglo-saxônica, sem uma tradução precisa em português, mas que se remete à ideia de prestação de contas ou responsabilização de uma instituição, organização ou órgão perante instâncias de controle. A *accountability* pode ser legal, administrativa, política e social (ou conforme outras classificações: vertical, horizontal e societal).

⁷ O MP é um ator político singular: situado na esfera jurídica, tem a função de proteger interesses de grupos e segmentos da sociedade. (SILVA, 2001, p. 128).

mês de março de cada ano, ao Poder Legislativo Estadual, em sessão especialmente convocada, relatório das atividades do Ministério Público, propondo as providências necessárias ao aperfeiçoamento da Instituição e da Administração da Justiça;”. E consta ainda no art. 26, §2º, IX, a atribuição ao Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos de “coordenar a elaboração do Plano Anual de Atividades e o Relatório Anual”. Esses mecanismos (relatório e plano anual de atividades), na prática, não passam do cumprimento formal de determinação legal, sem o envolvimento da comunidade e nem sequer da maioria dos membros da instituição.

O processo de definição das prioridades institucionais não pode prescindir da participação da sociedade. Como órgão de representação, o Ministério Público deve consultá-la antes de estabelecer as metas prioritárias. Essas metas devem refletir aquilo que a sociedade quer e espera da atuação ministerial. A *accountability* deve começar de baixo. Em cada comarca deve ser feito um diagnóstico sobre as questões que possam exigir a atuação do Ministério Público (criminalidade, segurança pública, meio ambiente, infância e juventude, consumidor etc.). Após a realização desse diagnóstico, deve ser convocada uma audiência pública (ou tantas quantas sejam necessárias) para a discussão dos problemas levantados. (GOU-LART, 1999, p. 329). O resultado das audiências públicas deve subsidiar o Programa de Atuação da Promotoria de Justiça respectiva e todos os programas setoriais devem desaguar num Plano Geral de Atuação do Ministério Público. Aí, sim, teríamos um pouco mais de *accountability* e legitimidade social.⁸

Os serviços prestados pelo Ministério Público se submetem aos parâmetros do art. 37, § 3º, II, da CF/88,⁹ o qual afirma que o usuário/cidadão tem direito à participação e às informações sobre a forma como os serviços são executados. Nesse sentido, existe proposta no Conselho Nacional do Ministério Público

⁸ Sempre há espaço para mais democracia. (DAHL, 1998, p. 137).

⁹ “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII” (art. 37, § 3º, II, CF/88).

(Proposta nº 444/2009-91, de autoria do Conselheiro Cláudio Barros) para criação, nas páginas eletrônicas dos diversos MPs, de um portal, acessível à comunidade, que contenha todos os dados públicos, exceto os respaldados por sigilo legal, relativos à instituição. O chamado “Portal da Transparência” disponibilizará, entre outros itens, informações relativas a receitas e despesas; orçamento anual e repasses mensais; gastos com membros e servidores ativos e inativos; custo com diárias e cartões corporativos; convênios firmados; relação de contratos e licitações em andamento; adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal.¹⁰

A prestação de contas e o desempenho funcional eficiente são vetores que influenciam a capacidade do Ministério Público em obter legitimidade social perante a comunidade. A renovada legitimidade social do MP depende de sua capacidade em: I - garantir níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social gerados; II- engendrar um processo de *accountability* de suas ações e atividades que valorize a interlocução participativa e democrática com a comunidade.¹¹

A performance funcional do MP presta-se como um meio de ampliar a confiança na instituição e, principalmente, sua legitimação diante da sociedade. Performance funcional *com resultados* e legitimidade social são faces da mesma moeda e constituem um círculo virtuoso: quanto mais eficiência funcional maior a legitimidade e quanto mais legitimidade maior o estímulo para aprimorar a função.

4. Criação de uma identidade funcional perante o Poder Judiciário

Se fizermos uma análise comparativa entre as diversas instituições públicas, veremos que o ponto em comum na consecução de uma identidade funcional e de um perfil próprio deve-se a uma defesa

¹⁰ Conselho Nacional do Ministério Público, disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/noticias>>. Acesso em: 23 maio 2009. A página eletrônica do MP amazonense contém algo semelhante, embora embrionário: <<http://www.mp.am.gov.br/transparencia>>.

¹¹ Atualmente, que tipo de responsabilização social (*social accountability*) tem o MP pelo mau desempenho de suas funções? Que mecanismos detêm a comunidade para sancionar ou recompensar o exercício funcional do MP?

intransigente de suas atribuições e de seu proceder funcional. O Ministério Público, se quiser consolidar sua identidade funcional, no sentido de não ser confundido indevidamente como mera peça acessória e instrumental no grandioso mister de distribuir justiça, deve adotar uma postura firme e intransigente na defesa de seus posicionamentos jurídicos.

Além disso, é cediço que o Judiciário brasileiro, por conta da sua contínua confiança em um sistema legal antiquado baseado em demandas escritas (SALLAS, 1998, p. 45), num direito de inspiração liberal, mostra-se ainda incapaz de lidar efetivamente com os complexos problemas sociais da pós-modernidade. E, portanto, diante disso, não se afigura recomendável ao MP adotar as seguintes posturas: 1- repassar, *sic et simpliciter*, por mero espírito burocrático, demandas de cunho social ao Judiciário, sem antes tentar providências resolutivas ao seu alcance; 2- aceitar passiva e resignadamente as decisões judiciais que contrariem o interesse que lhe cabe curar.

Sob o foco desse objetivo pode-se recorrer sistematicamente das decisões que, de alguma forma, colidam com a manifestação ministerial e, principalmente, contrariem o interesse defendido pela instituição. Claro que isso, de início, pode criar um certo mal-estar entre membros de duas instituições que, por dever de ofício, trabalham juntos: promotor e juiz. Mas, se levado a cabo esse esquema de forma objetiva, desapixonada e impessoal, ao final, obtêm-se dois resultados: 1- uma melhor prestação jurisdicional; 2- a consolidação de uma identidade funcional ao membro do Ministério Público. Com isso, certamente, reinará harmonia e cordialidade entre os dois agentes, delimitando-se o campo de atuação de cada um.

Pode parecer paradoxal a compatibilização de uma disposição institucional cooperativa (*vide* item 2 deste estudo) com a defesa intransigente de competências e atribuições através dos meios recursais disponibilizados pela processualística, mas “[...] não se pode estabelecer um sistema de cooperação extremamente complexo entre as diferentes esferas de poder sem que haja uma clara distribuição de funções e, sobretudo, respeito às áreas privativas de competência”. (MELLO, 1978, p. 63).

Ressalve-se, por necessário, que o recurso contra decisões judiciais que afrontem a manifestação do MP é uma forma de controle do arbítrio judicial, mesmo que não obtenha êxito em segunda instância. Obviamente, nem toda decisão contrária ao posicionamento ministerial desafia recurso, pois pode ocorrer que a fundamentação do *decisum* convença o agente ministerial da erronia de sua posição originária e que, no caso específico, se fez justiça. O importante é que toda decisão judicial enseje um *juízo sucessivo* do Ministério Público desembocando numa concordância tácita ou em imediato recurso.

Esse *juízo sucessivo* implica não apenas a consolidação do perfil demandista da instituição mas também uma forma de instigar o Judiciário, por seus membros, a dar uma resposta mais eficiente às demandas sociais que estão por trás das ações do MP.

5. Dinamismo funcional

O Ministério Público foi moldado para a ação, para o combate, para a luta. A inércia, que é uma peculiaridade do Judiciário e uma de suas maiores qualidades (em respeito ao princípio da imparcialidade – pedra de toque de um sistema judiciário democrático), para o MP é um vício e um defeito. O dinamismo ou o poder ministerial de iniciativa não é apenas mais uma característica da instituição, mas uma garantia do sistema. Como o Estado não pode quedar-se inerte em face de determinadas situações que lhe cabem solver nem pode outorgar iniciativa à jurisdição, sob pena de comprometer sua imparcialidade, legitima outra instituição integrante de sua estrutura política (Ministério Público) para a tomada de iniciativas. (PORTO, 1998, p. 26).

O ofício desempenhado pelo juiz representa uma *força estática*, apenas declaratória do direito e reveladora da justiça, já o Ministério Público representa uma *força dinâmica*, sempre em ação, que promove essa declaração de direito, essa revelação da justiça, pon-do em andamento a máquina processual, investigando, fiscalizando, promovendo responsabilidades que podem atingir a quaisquer dos três poderes: Executivo, Judiciário ou Legislativo (art. 129, II, da CF/88). A noção do Ministério Público e de seus deveres conduz a essa conclusão, pois, enquanto o juiz aplica *imparcialmente* o Di-

reito para compor a lide, o MP atua *ativamente* e com *dinamismo*, a fim de resguardar e fazer prevalecer o interesse público (a moralidade, a probidade pública etc.) na entrega da prestação jurisdicional. (MESQUITA, 1993, p. 27). Enfim, a sua ação tutelar se estende a todas as molas, a todos os escaninhos da máquina estatal, sempre como um órgão promovente, ativo, dinâmico.

A contraposição entre o caráter dinâmico do MP e a inércia jurisdicional responde pela harmonia do sistema. Se considerarmos que os interesses sociais e individuais indisponíveis exigem um *plus* protetivo, diante da inércia judicial, ficariam, por vezes, órfãos de iniciativa. Com o fito de não comprometer a imparcialidade do Estado-Juiz e nem deixar ao desabrigo parcela dos direitos consagrados no ordenamento jurídico, foi conferida legitimidade ao Estado-Ministério Público para a tutela ativa ou interventiva de tais interesses. (PORTO, 1998, p. 23).

Não foi por acaso que o constituinte originário traçou para o Ministério Público o nítido perfil de órgão agente, promotor de medidas, empregando nos quatro primeiros incisos do art. 129 da CF/88 (que estabelece as funções institucionais) o verbo *promover*. Nesse parâmetro, é fundamental que o membro ministerial tenha em mente que o Judiciário é a última – porém não a única via – para a solução e prevenção de conflitos. As soluções podem e devem ser pensadas pelo Ministério Público num engajamento produtivo e intersetorial com a comunidade e outros órgãos públicos.

Caso o promotor de justiça peque por excesso de combatividade ou de dinamismo, há em nosso sistema jurídico mecanismos capazes de corrigir esse excesso e coibir seus efeitos. No entanto, quando o promotor deixa de agir quando deveria, o prejuízo social resultante dessa omissão muitas vezes é irreparável. Proporcional à magnitude de suas funções, emerge para o promotor o colosso de sua responsabilidade e a gravidade de sua inércia. Não pode fechar os olhos para os desafios que se colocam à sua frente. (GUIMARÃES JÚNIOR, 1997, p. 102).

6. A gestão de resultados numa cultura de inovação: Ministério Público resolutivo

Os membros do MP, até pela forma rigorosa de seleção a que se submetem para ingressar na instituição, detêm um invejável cabedal jurídico e cultural. Na função também passam a deter prerrogativas e a dispor de mecanismos jurídicos aptos a serem utilizados para tentar mudar a realidade da comarca, para tentar criar coisas que façam a diferença e não apenas para executar um trabalho burocrático (apresentando-se à sociedade como um ramo especializado da burocracia). Assumem o supremo desafio de aplicar a lei em uma sociedade submetida a rápidas e constantes transformações.¹²

As necessidades sociais, os modos de vida, a organização das relações entre os homens evoluem e evoluirão sem cessar segundo o progresso das ciências e das técnicas.¹³ Como diz o sociólogo alemão Leopold von Wiese (1932, p. 41), a “[...] eterna mudança das coisas só permite o surgimento de fenômenos circunstancialmente condicionados”, ou seja, que se submetem ao vai e vem histórico. Nesse movimento dialético, tensões e conflitos são constantes. Iniciativas e ajustes, igualmente, surgem como necessários a cada estágio. (MARCHAIS, 1974, p. 25). E é nesta etapa que a atuação do membro do MP pode ser muito útil à sociedade.

Instituições como o Ministério Público tendem a enfraquecer e estagnar-se quando fracassam em satisfazer os anseios de justiça e de liberdade dos homens. Assim, no dizer de Bertand Russell (1958, p. 15-16), se se quiser o desenvolvimento de uma sociedade orgânica, é necessário que as nossas instituições sejam fundamentalmente transformadas de molde a representarem esse novo respeito pelo indivíduo e pelos seus direitos, exigido pelo sentimento moderno.

¹² Sociedade a que Hermann Heller (1968, p. 235) apropriadamente designa de “sociedade de mutação”.

¹³ Devido ao progresso do pensamento e do conhecimento e ao aumento do domínio sobre as forças do mundo físico, passaram a existir novas possibilidades de crescimento, dando origem a novas exigências que devem ser satisfeitas, se não se quiser frustrar aqueles que as manifestam. (RUSSELL, 1958, p. 13).

O direito, instrumento que é dado ao Ministério Público manusear, nasce da vida e à vida serve.¹⁴ E a vida é um complexo homogêneo de funções: fisiológicas, psíquicas, sociais, assim como físico-químicas, que se defronta constantemente com novos problemas a exigir novas soluções. O direito, e por via de consequência, o Ministério Público, não pode, diante dessa realidade cambiante, ser apenas um instrumento de estabilização e de ordem. Assume, por imperiosa necessidade da vida, uma função revolucionária: mudar para preservar ou resgatar uma ordem justa.

O Direito guarda uma inocultável vocação pragmática, estando predisposto, como instrumento da sã racionalidade humana, a resolver e equacionar problemas. Não se fazem leis pelo prazer bizantino de fazê-las,¹⁵ mas para montar esquemas práticos de proteção de interesses e anseios legítimos dos cidadãos.

Um sistema jurídico não é montado com o fim de ser apreciado em seus detalhes teóricos ou sutilezas estéticas, mas para lidar com questões práticas e funcionais, criar normas de regulação do convívio humano, propiciar a resolução justa de conflitos, garantir a adoção de medidas ordenadoras etc. O *ethos* do Direito é profundamente pragmático e utilitário.

Para evitar a terrível acusação de um jurista americano de que o “direito é apenas um mecanismo vazio, desprovido de conteúdo específico próprio e recebendo seu conteúdo das várias instituições não-jurídicas” (HALL, [S.d], p. 111), o Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social dentro de uma cultura de inovação e de contínuo reajuste. E para isso é preciso sair dos gabinetes e en-

¹⁴ Não sem razão, Carlos Maximiliano, citando João Cruet, diz: “A jurisprudência é um perpétuo comentário, que se afasta dos textos ainda mais porque é, malgrado seu, atraída pela vida” (2001, p. 69).

¹⁵ Diz textualmente Sieyès (1988, p. 4-5): “Não se fazem leis pelo prazer de fazê-las... O legislador é estabelecido não para conceder senão para proteger nossos direitos”. O direito deve ser entendido como uma regulação predominantemente útil. (ZIPPELIUS, 1997, p. 31; FERRARA, 1987, p. 130).

contrar com o Direito nas ruas, deixando de ser apenas um feixe de competências a serviço do Estado. (FOUCAULT, 1979, p. 9).

O Ministério Público de perfil antigo (ou clássico, como queiram) se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem submetidos ao crivo judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária) a negar parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do MP e que, claramente, se inspira no antigo art. 1º da Lei Complementar nº 40/81: “O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é *responsável perante o Judiciário*, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis [...]”. (grifo nosso).

Esse entendimento responde por uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo. (BARROSO, 1996, p. 396).

Essa mentalidade reativa conta com muitos defensores (MACHADO, 1998, p. 74) e ainda prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania inclusiva no mundo globalizado. Além disso, o Ministério Público preponderantemente demandista, dependente do Judiciário, é um desastre, pois o Poder Judiciário continua a responder mal às demandas que envolvem os direitos massificados. (GOULART, 1998, p. 120; ALMEIDA; PARISE, 2005, p. 612).

O caráter reativo bem como a instrumentalização do MP na tarefa de apaziguamento social são teses insustentáveis na atual quadra histórica e atreladas ainda a uma interpretação nostálgica da ordem jurídica destronada com a CF/88. Que o Ministério Público é indispensável ao Judiciário na realização do mister institucional deste (prestação da tutela jurisdicional) não há a menor dúvida. (RODRIGUES, 1999, p. 128; PORTO, 1998, p. 17). Mas outras funções, tão ou mais importantes, são desenvolvidas extrajudicialmente; tanto que o próprio art. 127 da Constituição de 88, ao dizer que o MP é essencial à função jurisdicional do Estado, acrescenta-lhe a incum-

bência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, aspectos mais abrangentes e igualmente relevantes da vida de um Estado, que não são necessariamente desenvolvidos perante o Judiciário.

Quando instaura inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, promove audiências públicas para discutir problemas comunitários ou, ainda, quando estabelece compromissos de ajustamento, o Ministério Público alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que deveria, na medida em que a instituição também é essencial em tarefas não jurisdicionais a ela incumbidas. (PORTO, 1998, p. 17).

A fatia de atribuições extrajudiciais (um rol sempre crescente) tem obrigado a instituição a adotar uma postura assumidamente pró-ativa e resolutive, em que passa a concentrar seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Em vez de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial), o MP passa a trabalhar para a solução dos próprios problemas em conjunto com a comunidade.¹⁶ Nesse novo perfil institucional, o promotor de justiça, como dizia Nietzsche (2005, p. 260), deve ser um *bomem antecipador*, ou seja, deve antecipar-se aos fatos, o que pressupõe uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

O Ministério Público se debate entre dois tipos ideais de promotor: *promotor de gabinete* e *promotor de fatos*. O primeiro tipo pode ser definido como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, atribui tanta ou mais relevância à proposição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais dos quais está encarregado. Saliente-se que o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais. O segundo tipo,

¹⁶ Os mecanismos para isso existem às mancheias, e sempre surgem novos, engendrados por uma saudável cultura de inovação que se dissemina entre os membros do Ministério Público.

o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas à sua área, atribui tanta ou mais importância ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais e agindo como articulador político. (SILVA, 2001, p. 134-135).

Por fim, pode-se dizer que uma gestão da atividade-fim do Ministério Público, para alcançar resultados (um *Ministério Público de resultados*), deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas: I- uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados, dando destaque à formação de agentes de iniciativa e de mente aberta que escutem com interesse ideias novas; II- introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; III- inserção de uma nova mentalidade segundo a qual o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei existe um significativo espaço para definir suas prioridades e criar métodos de trabalho (SILVA, 2001, p. 127); IV- estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação; V- criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

7. A necessidade de uma instituição ágil e flexível

Dentro de uma sociedade estática, conservadora ou fixa, uma instituição burocrática e pesada pode sobreviver e até se revelar indispensável, pois não existem alternativas e, se existem, o caminho que leva até elas inexistente. Numa sociedade sem mudanças, o presente escraviza-se à reprodução do passado, os problemas são sempre os mesmos e as soluções passam de geração para geração, sem modificações apreciáveis. O espaço para a especulação e crítica é limitado: a função do pensamento não é questionar, mas aceitar uma dada situação.

Num meio social dinâmico, entretanto, onde são criadas, sem cessar, novas tendências ou alternativas e em que as mudanças processam-se num ritmo alucinante, as instituições precisam ser flexíveis e eficientes, pois, se permanecem imobilizadas na tradição, estão

fadadas ao colapso. As soluções de hoje podem tornar-se os problemas de amanhã; assim, as instituições públicas têm de ter agilidade, flexibilidade e uma capacidade de adaptação às exigências modernas. E, acima de tudo, espera-se que o foco institucional esteja voltado para eficiência e resultados.

Esse ambiente social cambiante requer um perfil diferenciado de Ministério Público, não mais meramente demandista ou parecerista, e sim dotado da capacidade de buscar resultados (estando aberto a inovações e aperfeiçoamentos) e de enfrentar, se necessário, o caudal dos interesses econômicos e políticos. E, para nadar contra a corrente, como parece ser da natureza histórica da instituição, ela deve contar com bons nadadores, ágeis e resolutivos.

Num mundo em transformação, o homem precisa pensar não apenas nas coisas como elas são mas também em como foram e como serão. Não há apenas o presente a considerar, mas um feixe infinito de possibilidades (SOROS, 2007, p. 148) que se voltam para o futuro. Esse esquema aplica-se, *mutatis mutandi*, às instituições públicas, em especial ao Ministério Público, dadas as suas funções de marcado cunho social.

Historicamente, o Ministério Público adotou a política de “ocupar espaços” a todo transe, numa ampliação de suas atribuições como forma de firmar-se e fortalecer-se como instituição. (RODRIGUES, 1999, p. 133; SINHORETTO, 2006, p. 173).¹⁷ Além disso, o legislador infraconstitucional tem, a todo propósito, aberto novas formas de intervenção do MP, seja quando regula a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, ao portador de deficiência etc., seja no que se refere a questões fundiárias, parcelamento do solo urbano, usucapião, defesa de investidores no mercado financeiro etc.

¹⁷ O Ministério Público por muitos anos procurou atribuições, sendo generoso o legislador, sempre se lembrando da instituição quando não tinha para quem destinar as atribuições. Os tempos mudaram e o Ministério Público precisa abdicar de atribuições que não digam respeito ao seu novo perfil constitucional. É preciso conscientização de novos tempos e coragem de deixar de lado atribuições dispensáveis, de interesse individual e de pouca ou nenhuma repercussão social. (SANTIN, 1999, p. 141).

Há, sem dúvida alguma, como fruto dessas posturas, uma sobrecarga funcional dos membros do Ministério Público na área civil nem sempre compatível com a letra e o espírito da Constituição Federal. Por tal perspectiva não é difícil lobrigar a impossibilidade prática da instituição de se desincumbir de todas essas atribuições de modo substancialmente e formalmente adequado. Essas dificuldades funcionais têm rendido algumas críticas, nem sempre justas. No dizer de Marchais (1974, p. 44) “[...] sobrecarregam o burro e gritam com indignação quando ele tropeça”.

Atualmente, a preocupação sobre as atribuições do Ministério Público gira em torno da eficiência e da efetividade da intervenção do MP, especificamente, no processo cível. Para tanto, a solução que se apresenta, jurídica e tecnicamente adequada, é uma categoria dialeticamente paradoxal: *a restrição/ampliação de suas atribuições*. A restrição diz respeito às atribuições compatíveis com sua finalidade constitucional (“Art. 127. [...] defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”). A ampliação liga-se à atuação, dentro destes limites finalísticos e constitucionais, de forma qualificada e com largos mecanismos disponíveis, seguindo a máxima consagrada de que quem tem fins deve dispor de meios. Esse enxugamento de atribuições, sob o foco da Constituição, ajuda a tornar a instituição flexível e adaptada às potencialidades e exigências de uma nova época em que a busca por resultados e eficiência é o núcleo vital.

7.1. As contrainstituições

Acredita-se que as instituições são eternas, indispensáveis, racionais. E podem até ser, desde que estejam preparadas para mudar, aceitando novos encargos ou o expurgo de certas funções, de acordo com as exigências históricas e sociais, ou seja, é necessário que a instituição seja flexível e capaz de mudar para não perecer e perder o rumo da história.

A regra, evidenciada pela história das perturbações sociais, é de que as instituições não estão garantidas para sempre. Em 1789, quem teria ousado pensar que a Igreja seria privada de sua potência temporal,

que não regeria mais a totalidade da vida humana para o conjunto da sociedade? Dois anos mais tarde, a Igreja havia perdido uma hegemonia de mil e quinhentos anos. (LAPASSADE; LOURAU, 1972, p. 156).

Dentre os fatores que ameaçam uma instituição como o Ministério Público destaca-se a ineficiência no desempenho de suas atribuições essenciais. Ao deixar um vazio no cumprimento funcional, a instituição abre espaço para que outros órgãos ou instituições, como verdadeiras *contrainstituições* (LAPASSADE; LOURAU, 1972, p. 154 ss.), apodrem-se dessas funções ou quebrem a exclusividade institucional.

8. Premiar o talento e o mérito: fórmula de fortalecimento institucional

Não há melhor maneira de convencer um agente público a não ser desidiioso e inepto senão recompensando-lhe o comportamento contrário, e não apenas punindo. A motivação, como possibilidade de influir institucionalmente nos desejos e nas aspirações das pessoas, desempenha um papel importante na qualificação contínua do agente do Ministério Público. Um promotor de justiça, por exemplo, tende a aperfeiçoar-se e zelar profundamente pelo seu trabalho se sabe a que objetivos serve. Evidentemente, não existe um desejo inato de aperfeiçoamento cultural ou de zelo funcional. Membros do Ministério Público ou de qualquer outra instituição não se transformam, repentinamente, em pessoas de mentalidade elevada e capazes de perseguir zelosamente o bem comum, simplesmente porque se lhes diga que têm de agir assim. Uma instituição motivadora, bem estruturada e dotada de mecanismos adequados faz surgir dito desejo. Desse modo, é imperioso existirem no Ministério Público promotores e procuradores de justiça motivados e um sistema de recompensas motivador.

O reconhecimento do mérito como critério para um prêmio social, além de uma clara concessão ao individualismo, também apresenta um alcance social inegável. A sociedade, principalmente a moderna, em que os progressos técnicos e científicos exigem cada vez mais profissionais capazes, tem fundamental interesse de que seus membros, especialmente aqueles ocupantes de funções públicas es-

estratégicas, sejam capazes, inteligentes e competentes. E, por isso, institui mecanismos de premiação desses méritos para estimular o aperfeiçoamento intelectual e profissional, de acordo com as rápidas modificações do mundo moderno, em que o indivíduo, muitas vezes, dorme sábio e acorda ignorante.

Concedida a recompensa ao mérito, reconhecendo-o justamente, ganha o profissional, a instituição e a sociedade; concedida a recompensa a quem não fez por merecê-la, perde o favorecido (pelo esmorecimento das energias), perde o profissional com mérito [pela crise *amotivacional* (MANNHEIM, 1960, p. 289)], perde a instituição (por ficar sujeita a desenvolver vícios internos como o burocratismo e o corporativismo)¹⁸ e perde a sociedade (pela ineficiência e improdutividade no serviço público). Diante de tão evidentes prejuízos, como ainda permitimos que o favorecimento ilegítimo, o jogo de interesses inconfessáveis, as maquinações de toda ordem, subvertam o princípio do merecimento?¹⁹

Um sistema justo de promoção e mobilidade na carreira, feito “a céu aberto e não às escondidas”, cria o indispensável ambiente de confiança, entusiasmo e cordialidade. Como disse um especialista americano em recursos humanos:

Você pode comprar o tempo de um homem; você pode comprar a presença física de um homem em determinado lugar; você pode igualmente comprar certa atividade muscular, pagando-a por hora ou por dia; mas você não pode comprar entusiasmo; você não pode comprar iniciativa; você não pode comprar lealdade; você não pode comprar devoção de corações, de espírito, de almas; essas virtudes você deve conquistá-las. (WEIL, 1958, p. 29).

¹⁸ A esse respeito, diz com propriedade Camargo Ferraz (1999, p. 465): “Uma instituição pública está permanentemente submetida a riscos que poderiam ser chamados ‘internos’ ou ‘intrínsecos’: o corporativismo (perda de foco em relação às finalidades institucionais) e o burocratismo (com as facetas do formalismo e da acomodação) são talvez os mais sérios e sua gênese está ainda na débil cobrança social, na pesada estrutura de carreira e na inexistência de mecanismos formais de estímulo e recompensa aos profissionais que a integram”.

¹⁹ A injustiça não pode perpetuar-se sem dano fundamental tanto àqueles que a mantêm como aos que a suportam. Não será num panorama como esse que se poderá nutrir a fé nas instituições públicas, nos agentes públicos e no serviço que prestam à sociedade.

Por qualquer ângulo que se observe, o reconhecimento do mérito é vantajoso. Mesmo aquele que é recusado em sua progressão funcional – por razões de justiça – não tem razões para desesperar. O aparente prejuízo é fruto tão somente da falta de empenho e de aptidão, podendo ser revertido desde que o agente se disponha a trabalhar e se aperfeiçoar. O “prejuízo”, em princípio, desde que justo, é apenas a alavanca para estimular o agente a buscar novos horizontes intelectuais, inclusive com o estímulo da instituição. Faz parte de um todo que é bom, uma dissonância que é harmonia quando ouvida em relação ao restante da música. *Ab aequitate vinci, pulchrum et bonum* – ser vencido pela justiça é belo e bom, dita a máxima latina. A vantagem e o prejuízo funcionam como mecanismos de higienização administrativa e, portanto, *na medida justa*, são fatores positivos e inevitáveis nos movimentos e contramovimentos da estrutura orgânica do serviço público. A primeira encoraja o agente público no trabalho e o segundo vem a ser um meio de corrigir o agente relapso no labor e na função. Quando tanto a vantagem quanto o prejuízo ocorrem sob a bandeira da injustiça, temos a multiplicação dos maus ao invés da reprodução dos bons agentes públicos. O vitorioso, qualquer que tenha sido o caminho que percorreu para vencer, não deve encontrar assento no banquete administrativo, salvo quando o êxito coincidir com a justiça, não fazendo valer a terrível frase – desprovida de valor moral – “os vencedores têm sempre razão” (equivalente a esta outra: “quem tem o poder, tem a razão”).

Por outro lado, de que valerá o mérito funcional, o aperfeiçoamento constante da atividade profissional, se não trouxerem triunfo e recompensas na carreira? O efeito é comparável ao do soldado que, preparado e valente, não consegue vencer e dominar o inimigo. Mais aumenta a angústia quando vemos um arsenal de forças de progresso e desenvolvimento na figura de agentes públicos valorosos, do ponto de vista intelectual, ser desprezado e irracionalmente inaproveitado.

O aumento da produtividade, da qualidade e da eficiência no serviço público (e mais especificamente no Ministério Público), tal como ocorre no setor privado, depende da motivação do agente que labora, porque é o interesse do agente público pelo seu trabalho e pela sua função a única fonte segura de produtividade. Tire-se-lhe a motivação (através de mecanismos já bastante conhecidos) e teremos a preguiça, a desídia e o descaso.

Hoje já não se questiona a validade da afirmação que considera os recursos humanos (*capital humano*) como fator determinante do êxito ou fracasso de um empreendimento, tanto no setor público quanto no setor privado. Todas as instituições, empresas, organizações administrativas ou se curvam a essa evidência geral ou arcarão com o preço da ineficiência em suas atividades-fins. Nesse *xadrez social*, o privilégio deixa de ser uma peça importante, na medida em que enfraquece a instituição no que há de mais sagrado nos tempos modernos: a eficiência.

Para que o membro do Ministério Público sinta-se estimulado a produzir com eficiência e ativamente, a instituição deve nutrir em seu íntimo uma série de certezas:

- 1- A certeza de que um trabalho eficiente e zeloso significa uma dinamicidade maior e mais facilitada na carreira;
- 2- Consideração e reconhecimento da capacidade (e do esforço);
- 3- Certeza de que, quando das movimentações na carreira, o agente melhor qualificado será escolhido para ocupar os melhores cargos;
- 4- Boas e equitativas possibilidades de promoção;
- 5- Relações de trabalho previsíveis.

A moeda de troca do merecimento, em vez da *give-and-take-policy*, continua a ser o trabalho, o talento, a inteligência. É um conceito, se não juridicamente delimitado (ou aplicado), filosoficamente apurado, decantado e imodificável. A necessidade é de apenas migrar a certeza filosófica e moral para o maleável mundo da aplicação jurídica. Diante disso, o sistema de merecimento a ser estabelecido deve fixar meios de conversão desses valores subjetivos em dados aferidores objetivos,²⁰ assegurando, definitivamente, que a aquisição de vantagens funcionais pelo membro do Ministério Público passe a depender exclusivamente de seu braço, cérebro e fortaleza de vontade. Um sistema assentado em *cérebro/mão*. Nenhuma variável alheia ao esforço próprio e pessoal entraria no corpo da equação. Reduzir a valores objetivos, matemáticos, fiapos tão subjetivos, eis o desafio.

²⁰ Como entende o STF em decisão recente: “Há de fazer-se considerado o perfil profissional dos candidatos, aferindo-se o merecimento de cada qual” (MS 26.264, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21/05/2007, DJ 05/10/2007). A respeito da montagem de um sistema de aferição objetiva de merecimento, *vide* RODRIGUES (2004, p. 193-242).

9. Conclusões

Uma sociedade em mutação requer um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público se insere nesse contexto como uma instituição vocacionada para defender os interesses não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro desses objetivos alguns desafios são postos e sintetizados nas conclusões seguintes:

I - A independência funcional como princípio constitucional de vital importância para a saúde institucional do Ministério Público não se pode converter em irracional atitude corporativa e isolacionista em relação ao contexto sociopolítico em que os intercâmbios democráticos se estabelecem entre os diversos órgãos públicos; deve ter como política institucional a busca constante de uma coordenação entre os diversos órgãos públicos para viabilizar e otimizar sua atividade-fim. Neste propósito, assume uma espécie de corresponsabilidade pela saúde institucional e técnica de tais órgãos, obrigando-se a ser um dos principais combatentes do Estado (Município, Estado-membro e União), na tarefa de forçá-lo a manter ditos órgãos (principalmente aqueles indispensáveis ao bom desempenho das funções ministeriais) dentro de padrões mínimos de eficiência (conforme imposição dos arts. 37 e 129, II, da CF/88).

II - O processo de definição das prioridades institucionais não pode prescindir da participação da sociedade. O Ministério Público deve consultá-la antes de estabelecer as metas prioritárias. A *accountability* deve começar de baixo; cada comarca deve fazer um diagnóstico sobre as questões que possam exigir a atuação do Ministério Público. Elaborado o diagnóstico, a discussão dos problemas levantados deve ser feita em audiências públicas com a participação dos diversos setores da comunidade. O resultado desse trabalho articulado entre MP e comunidade deve subsidiar o Programa de Atuação da promotoria de justiça respectiva. E todos os programas setoriais devem subsidiar o Plano Geral de Atuação do Ministério Público.

III - A legitimidade social do MP depende de sua capacidade em: a) garantir níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social gerados; b) engendrar um processo de *accoun-*

tability de suas ações e atividades que valorize a interlocução participativa e democrática com a comunidade. A eficiência funcional – ou uma *instituição de resultados* – é a força motriz para adquirir legitimidade social. E estas duas variáveis (*eficiência - resultados + legitimidade*), combinadas, perfazem um círculo virtuoso, em que quanto mais eficiência funcional maior a legitimidade e quanto mais legitimidade maior o estímulo para aprimorar a instituição.

IV - O Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social, a partir de uma cultura de inovação; sua missão é promover o interesse público e a justiça não apenas com os elementos estáticos concedidos pela letra fria da lei mas também com a prática institucional e as soluções que surgem da teorização dos problemas formulados a partir do contato com a comunidade.

V - Uma gestão da atividade-fim do Ministério Público, para alcançar resultados (um *Ministério Público de resultados ou Ministério Público resolutivo*), deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas: a) uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados; b) introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; c) inserção de uma nova mentalidade segundo a qual o promotor possa perceber que entre as atribuições constitucionais e a lei há um significativo espaço para definir suas prioridades e criar novos métodos de trabalho; d) estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação; e) criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

VI - Para que o membro do Ministério Público sinta-se estimulado a produzir com eficiência e ativamente, a instituição deve nutrir em seu íntimo uma série de convicções, sobressaindo a certeza de que, quando das movimentações na carreira, o agente melhor qualificado e autor de um trabalho eficiente e zeloso será escolhido para ocupar os melhores cargos. Nesse aspecto, a instituição do Ministério Público deve assumir definitivamente um perfil motivador.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 16, 2005, Belo Horizonte. *Ministério Público e justiça social em defesa da ética e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Associação Mineira do Ministério Público, 2006. p. 609-617.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEHRENS, Marilda Aparecida. A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, v. 80, n. 196, p. 383-403, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da administração pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98). In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 149-183.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Polícia e Estado de Direito na América Latina: relatório brasileiro. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Polícia e Estado de Direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 1-59.

DAHL, Robert. *La democracia: una guía para los ciudadanos*. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1998.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

DREISER, Theodore. *O pensamento vivo de Thoreau*. Trad. Lauro Escorel. São Paulo: Martins, s/d.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Fim da lista tríplice de merecimento. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13, 1999, Curitiba. Livro de Teses, v. 3. p. 465-469.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUGEYROLLAS, Pierre. *A filosofia em questão*. 2. ed. Trad. Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1960.

GOULART, Marcelo Pedroso. A legitimação social do Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 13, 1999, Curitiba. Livro de Teses, v. 3. p. 327-331.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

GRIN, Eduardo José. Governança participativa, eficácia gerencial e legitimidade política nos governos locais. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 13, 2008, Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/hotsites/seges/clad/documentos/grin.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2009.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Papel constitucional do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

HALL, Jerome. *Democracia e direito*. Trad. Arnold Ward e Carly Silva. Rio de Janeiro: Zahar, S.d.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LAPASSADE, Georges; LOURAU, René. *Chaves da sociologia*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MANNHEIM, Karl. *Libertad, poder y planificación democrática*. Trad. Manuel Durán Gili. México: Fondo de Cultura Económica, 1960.

MARCHAIS, Georges. *O desafio democrático*. Trad. Fernando de Castro Ferro. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público e cidadania. *Justitia*, São Paulo, v. 63, n. 194, p. 127-129, abr./jun. 2001.

MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do federalismo no Brasil*. 1. ed. Florianópolis: Lunardelli, 1978.

MELO, Marcus André. O viés majoritário na política comparada. Responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 22, n. 63, p. 11-29, 2007.

MESQUITA, Luiz José de. *O Ministério Público na ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 574, p. 24-35.

MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma emergente*. Campinas: Papirus, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

PRÉLOT, Marcel. *A ciência política actual*. Tradução de Jonas Negalha. Lisboa: Bertrand, 1974.

RODRIGUES, João Gaspar. Critérios objetivos/objetivantes para a aferição justa de merecimento. *Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas*, Manaus, v. 5, p. 193-242, 2004.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer, 1999.

RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Daniel Pastor e Gabriela Córdoba. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

RUSSELL, Bertrand. *Princípios de reconstrução social*. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Nacional, 1958.

SALAS, Luis P. Justiça Penal na América Latina: reformas e desafios. In: JUNG, Winfried (Org.). *Segurança pública como tarefa do Estado e da sociedade*. São Paulo: Centro de Estudos da Fundação Konrad Adenauer, 1998. n. 18, p. 39-85. (Série Debates).

SANTIN, Valter Foletto. A reengenharia do Ministério Público: alguns aspectos. *Justitia*, São Paulo, ano 63, v. 185/188, p. 136-143, jan./dez.1999.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Que es el Estado Llano?* (precedido del ensayo sobre los privilegios). Trad. José Rico Godoy. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 127-144, fev. 2001.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*. 2006. 418 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo. Mimeografado.

SOROS, George. *A era da insegurança*. Trad. Lucia Boldrini. Rio de Janeiro: Elsevier/Campos, 2007.

STRIEDER, Inácio. A transparência democrática. *Revista de Filosofia Unisinos*, v. 5, n. 9, p. 167-178, jul./dez. 2004.

THOMPSON, Victor A. *Moderna organização*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

VIANA, Mário Gonçalves. *A arte de estudar*. São Paulo: Editora Educação Nacional, 1943.

WEIL, Pierre. *Relações humanas na família e no trabalho*. 4. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.

WIESE, Leopold von. *Sociología* (historia y principales problemas). Trad. Rafael Luengo Tapia. Barcelona: Labor, 1932.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Artigo enviado em: 25/12/2009

Artigo aprovado em: 23/05/2010

INTERPRETANDO A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ADOÇÃO EM FAVOR DO CASAL HOMOSSEXUAL

NATALIA MOREIRA TORRES

Pós-graduanda em Direito Privado e Advogada

A possibilidade de um casal homossexual adotar uma criança é muito polêmica, gerando posições extremadas e muitas vezes preconceituosas. Dessa forma, em um primeiro momento deve-se tentar retirar qualquer vestígio de preconceito a respeito desse assunto. Somente assim, a busca pelo melhor interesse da criança poderá ser concretizada.

No exame de uma possível adoção, segundo Figueiredo (2004), deve-se partir primeiramente da análise de um ambiente familiar adequado, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 29, assim definiu: “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele por qualquer modo incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Portanto, o legislador possibilitou ao julgador através do caso concreto verificar se há o enquadramento ou não na vedação legal, tornando impossível generalizações ou listagens pré-estabelecidas.

Observa Figueiredo (2004) que, mesmo se admitindo as dificuldades de conceituação e de estabelecimento de uma lista de ambientes inadequados para o recebimento de uma criança, é possível demonstrar através de exemplos algumas situações.

Nesse sentido:

Assim, por exemplo, é inaceitável que se conceda colocação em família substituta para uma pessoa alcoolista ou viciada em drogas (a propósito, registre-se que no art. 19 do ECA, ao tratar do direito à convivência familiar e comunitária para todas as crianças/adolescentes, o legislador foi peremptório ao afirmar: '[...] em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes)'. Ou seja, independentemente de ser a família natural ou substituta, para a lei a não-aproximação e permanência junto com pessoas drogaditadas, pelos riscos de influência malévola, é regra fundamental e primária para se definir, por exemplo, deferimento ou não de um pedido de adoção; procedência ou não de uma suspensão de pátrio poder, afastamento ou não do ambiente familiar e inserção provisória em regime de abrigo etc. [...]

Pessoas com antecedentes criminais, especialmente se estiveram com vítimas crianças/adolescentes ou se forma abusadores sexuais, não são indicados para serem adotantes, nem mesmo para qualquer outra forma de colocação em família substituta. Agressores de parentes próximos (esposa, filhos, pais etc.), mesmo que de menor monta ou de coação psicológica, salvo se comprovada circunstância peculiaríssima [...]. (FIGUEIREDO, 2004, p. 79-80)

Observa Figueiredo (2004) que não se almeja buscar pessoas inteiramente perfeitas, já que os pretendentes à adoção são pessoas humanas com qualidades e defeitos. Daí a necessidade de se analisar o caso concreto para que o julgador possa medir a natureza da intensidade e frequência da falta cometida.

Apesar de entender que a expressão “ambiente familiar” seja incapaz de permitir um conceito de sentido único, Santos, citado por Figueiredo (2004), assim define:

Sob o meu ponto de vista, o ambiente familiar adequado é o ambiente acolhedor, no qual as pessoas envolvidas revelam-se emocionalmente entrosadas e sobretudo dispostas a oferecer o melhor abrigo possível ao adotando, com espírito de inclusão. (SANTOS *apud* FIGUEIREDO, 2004, p. 81)

Além de se buscar um ambiente adequado ao futuro adotando, existem algumas preferências entre pretendentes; são elas: afinidade, afetividade e parentesco. Tais preferências são vistas como preponderantes para evitar ou pelo menos minimizar efeitos negativos advindos da medida de colocação em família substituta, aduz Figueiredo (2004).

Será na análise pontual de cada caso que se verificará, à luz do art. 6º do Estatuto, qual dentre eles deva prevalecer. Se for possível conjugar os 3 (três) atributos em uma mesma pessoa, será sempre o ideal e quase certeza do sucesso da colocação em família substituta. Se não for, e havendo a possibilidade de alternativas de famílias nas quais a criança/adolescente possa ser colocada, é o interesse superior desta que deve preponderar. (FIGUEIREDO, 2004, p. 82)

Assim, não há vedação total a quem quer que seja para adotar; qualquer pessoa pode, em tese, pleitear a adoção de criança e/ou adolescente, é o que se extrai do art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Figueiredo (2004) destaca que os pedidos devem ser formalizados em juízo, com petição inicial contendo os requisitos e os documentos estabelecidos no art. 165 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, a análise do pedido de adoção em um primeiro momento é igual tanto para os heterossexuais quanto para os homossexuais. Posteriormente, será analisada a situação do ambiente familiar adequado e as possíveis existências de incompatibilidades com a natureza da medida. Nesse contexto, surgem algumas questões como: qual é a conduta pública assumida pelo pleiteante à adoção? Ele leva vida promíscua? Consegue distinguir o papel de cada profissional na sociedade? Como são os relacionamentos entre os amigos e familiares etc. A partir de tais questionamentos o julgador poderá caracterizar se eventualmente a opção sexual do adotante pode ter alguma influência malévola sobre o adotando, seja por indução ou mesmo orientação.

Para desmistificar algumas questões a respeito do tema, Figueiredo (2004) cita alguns estudos:

DULLEA (1988) revela que existem preocupações da população sobre a possibilidade de homossexuais abusarem sexualmente de seus filhos ou ainda que as crianças seriam influenciados por seu comportamento homossexual. No entanto, COATES & ZUCKER (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmam que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmam portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou com somente um deles; o mais importante é como essa família vive.

MCINTYRE (1994) faz uma análise acerca de pais e mães homossexuais e o sistema legal de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto casais tradicionais.

PATTERSON (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criados por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a auto estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional.

SAMUELS (1990) destaca que, mais importante do que a orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança uma ambiente carinhoso, educativo e estável. (FIGUEIREDO, 2004, p. 87-88)

Diante do exposto, não é difícil concluir que somente a partir da análise de cada caso se poderá chegar a uma solução. Deve-se lembrar ainda que muitos homossexuais levam uma vida inteiramente ajustada, fora dos padrões estereotipados que se tentam generalizar, sem que sua opção sexual possa influenciar negativamente o adotando.

Além disso, exigir do casal homossexual que apenas um deles adote a criança não parece ser a melhor solução, visto que, mesmo sendo

adotada por apenas um deles, a criança irá conviver com os dois. Resalte-se que, em caso de separação ou morte, a criança será prejudicada, já que não terá direito a alimentos nem a herança. Neste sentido:

É evidente que a adoção por homossexuais é possível e justa. Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família, de receber proteção e amor. E esses atributos são inerentes a qualquer ser humano, seja ele hetero ou homossexual.

A inadmissibilidade da doação de crianças por casais homossexuais só vem em prejuízo do menor, principalmente quanto ao aspecto patrimonial, já que, sendo filho, passa a ter todos os direitos pertinentes à filiação, guarda, alimentos e sucessórios, que, ao invés de ter em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante. (GOBBO, 2000, p. 55).

Sobre o tema, afirma Dias:

Parece que agora a Justiça, finalmente, tomou consciência de que recusar a chancela judicial não impede que as pessoas busquem a realização de seus sonhos. Assim, mesmo que o legislador se omita em editar leis que assegurem direitos às uniões homoafetivas, nem por isso os homossexuais vão deixar de constituir família. Igualmente, não admitir que ambos adotem, não impede que crianças passem a viver em lares formados por pessoas do mesmo sexo.

A injustificável resistência é facilmente contornada. Somente um do par busca a adoção. Via de consequência, os estudos sociais e as entrevistas que são realizadas não alcançam quem também vai desempenhar o papel de pai ou de mãe, ou seja, o parceiro do adotante. Acaba sendo limitada e parcial a avaliação levada a efeito, o que, às claras, só vem em prejuízo do próprio adotado. Mais: passando a criança a viver no lar do genitor e de seu parceiro, constitui-se o que se chama de filiação socioafetiva com ambos, pois os dois desempenham as funções parentais.

Ao adquirir o adotado o estado de filho afetivo com relação a quem desempenha o papel de pai e mãe, a inexistência do re-

gistro deixa o filho desprotegido. Não tem qualquer direito com relação ao genitor não-adotante e nem este tem deveres e obrigações para com o filho, que também é seu. Basta lembrar que a ausência do vínculo jurídico não permite a imposição do dever de prestar alimentos, não assegura direito de visitas e nem garante direitos sucessórios.

Assim, a corajosa decisão que admitiu a adoção por um casal de homossexuais vem, enfim, atender ao cânone constitucional que assegura com absoluta prioridade o direito das crianças e dos adolescentes, colocando-os a salvo da discriminação e garantindo-lhes o direito a uma vida feliz, com seus dois pais ou duas mães. (DIAS, 2006, p. 1-2).

Com relação ao entendimento jurisprudencial, ainda são poucos os julgados que se mostraram a favor da adoção pelo casal homossexual:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

EMENTA DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABI-

LIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

Por conseguinte, deve o julgador, ao interpretar a aplicação de uma norma ao caso concreto, analisar o contexto histórico, social e jurídico em que a sociedade está inserida. Afinal, é nesse momento que valores como cidadania, democracia e igualdade serão colocados em prática. Portanto, de nada servem conceitos de democracia, cidadania e igualdade se em casos concretos deixam de ser aplicados. Dessa forma, com os cuidados que devem ser tomados quando se trata de adoção, não há nenhum problema em um casal homoafetivo adotar uma criança.

Os relacionamentos homoafetivos existem e têm os mesmos objetivos dos relacionamentos heterossexuais, quais sejam, uma vida em comum, afeto, assistência mútua e constituição de uma família. Levando-se em conta o princípio do melhor interesse da criança, o grande número de crianças aguardando para serem adotadas, juntamente com a situação precária em que vivem, deve-se admitir a possibilidade da concessão do instituto da adoção aos casais homoafetivos.

Referências bibliográficas

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Adoção por casal homossexual*. Disponível em: <<http://www.apamagis-lex.com.br/al/publier4.0/texto.asp?id=78>>. Acesso em: 14 de maio de 2009.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para Homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2004.

GOBBO, Edenilza. A adoção por casais homossexuais. *Revista Consulex*, Brasília, DF, ano IV, n. 47, p. 54-55, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70013801592. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 5 de abril de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852 - RS (2006/0209137-4) Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 10 de agosto de 2010.

10

Direito Público Administrativo

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM
Técnica • DVD-ROM

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

A APLICAÇÃO PESSOAL DAS ASTREINTES AO REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

ADRIANO FARIA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, adrianodgf@hotmail.com.

RESUMO: No presente trabalho, identificamos os valores que inspiraram o Código de Processo Civil brasileiro original, bem como sua incompatibilidade com o perfil de Estado que sobreveio à sua elaboração – fato que rendeu ensejo a diversas alterações legislativas. Tais alterações previram a criação das *astreintes* como mecanismo genérico aplicável a todo e qualquer processo com o objetivo de garantir o cumprimento da decisão judicial. No que respeita à Fazenda Pública, constatada a inefetividade dos provimentos proferidos em seu desfavor, concluímos que a aplicação da multa cominatória pessoalmente ao seu representante constitui alternativa para assegurar a concretização dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: *Astreintes*; efetividade processual; representante do ente público.

ABSTRACT: In the present work, one identified the values that inspired the first Brazilian Civil Procedure Code, as well as its incompatibility with the profile of State that existed after its elaboration – fact that resulted in many legislative alterations. Such changes predicted the creation of *astreintes* as a generic mechanism that could be applied to every process with the objective of enforcing the judicial decisions. Concerning the Public Treasury, after one noticed the ineffectiveness of the unfavourable grants, one concluded that the application of personal penalty to its attorney was an alternative to enforce the rights.

KEY WORDS: *Astreintes*; procedure effectiveness; attorney.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As reformas processuais, o Estado Democrático de Direito e o ideal de efetividade do processo. 3. *Astreintes*: etimologia, origem, natureza jurídica e critérios para sua utilização. 4. A questão das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. 5. O representante legal do ente público e o dever de participar eticamente do processo. 6. O dissenso jurisprudencial. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No campo do Direito Processual, a doutrina vem manifestando considerável preocupação com a efetividade do processo. Realmente, não há como deixar de abordar tal problema, na medida em que, não obstante as sucessivas alterações legislativas, a prática jurídica insiste em revelar que o processo ainda padece de ineficiência.

Neste trabalho, optou-se por desenvolver o tema da aplicabilidade das *astreintes* de forma pessoal ao representante dos entes públicos. Trata-se, portanto, da análise da efetividade do processo especificamente em relação à Fazenda Pública. Ao longo da pesquisa, busca-se explicar o quão importante é a multa cominatória para otimizar a imperatividade da decisão judicial. Sedimentado isso, analisa-se como pode funcionar – ou não – o manejo das *astreintes* nas lides em que figura o poder público.

Os objetivos foram destacar o viés que inspirou as reformas implementadas no Direito Processual brasileiro, identificando-as com o ideal de efetividade do processo, bem como demonstrar que as *astreintes* constituem uma imprescindível ferramenta nas lides em que a pessoa jurídica de direito público figura como parte sucumbente. Além disso, objetivou-se evidenciar que a aplicação da multa cominatória pessoalmente ao agente representante do ente público acarreta a otimização de sua utilidade e, em conseqüência, da efetividade processual.

Inicialmente, identificamos os valores liberais nos quais se inspirou o Estado quando da elaboração da nossa vigente legislação proces-

sual civil codificada. A partir daí, foram expostas sinteticamente as diferenças entre o Estado Liberal e o Estado Democrático de Direito, notadamente em relação às suas repercussões no Direito Processual.

Foi feito então um estudo dedicado às *astreintes*, identificando sua origem na qualidade de instituto jurídico, sua utilização no Direito comparado e algumas de suas características.

Em seguida, cuidou-se das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, ocasião em que foi possível perceber como é ineficiente o provimento jurisdicional proferido em seu desfavor.

Depois, lembraram-se algumas das principais teorias que explicam a natureza da pessoa jurídica e, a partir disso, estudamos como se pode dar a aplicação das *astreintes* em seu desfavor, passando necessariamente pela obrigação de seu representante participar eticamente do processo.

Por último, com o objetivo de ilustrar os argumentos expostos no curso da pesquisa, separamos dois acórdãos de tribunais brasileiros acerca do tema, analisando sucintamente, sob a perspectiva da efetividade processual, a solução que cada um deles atribuiu ao caso julgado. Assim, cremos ter sido possibilitada uma compreensão prática do tema pesquisado.

2. As reformas processuais, o Estado Democrático de Direito e o ideal de efetividade do processo

Já há muito tempo que operadores do Direito perceberam que o sistema processual brasileiro, tal como originariamente delineado no Código de Processo Civil vigente, não atendia a contento às necessidades de uma sociedade em franca mutação, inserida em um modelo de Estado absolutamente diverso daquele no qual foi projetada a atual legislação processual codificada. Aliás, possivelmente já há mais tempo ainda que os jurisdicionados, cidadãos que necessitam e fazem uso do sistema judiciário, têm essa percepção de ineficiência da Justiça brasileira.

Com efeito, é nítida a constatação de que o Código de Processo Civil brasileiro inspirou-se fortemente nos valores típicos do Estado Liberal, cuja intervenção na vida social era mínima. De fato, como estandarte de oposição ao Estado Absolutista, o Estado Liberal fez um contraponto radical ao *ancien régime*. Assumido o poder pela classe burguesa, não mais havia espaço para a figura do cidadão-súdito. Ao revés, o Estado é que seria servo do indivíduo. Como consequência disso, não poderia caber a esse Estado nenhuma responsabilidade na promoção do bem comum, que só seria alcançado na medida em que os indivíduos se entregassem à livre e plena expansão de suas energias criadoras (BONAVIDES, 2004, p. 40). A essência estatal, portanto, esgotava-se na missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social.

Esse Estado, neutro, inerte e insensível, assentava-se na crença demagógica de que todos eram iguais perante a lei. Sucede, porém, que essa igualdade se dava no plano meramente formal e, por causa disso, o *individualismo*, a *neutralidade* e o *tecnicismo* do Estado Liberal deram ensejo a inúmeros movimentos sociais, com gênese principalmente nos séculos XIX e XX, os quais vieram a demonstrar que a garantia das liberdades burguesas não era o suficiente para a existência de um Estado justo. Para Bonavides (2004, p. 44), o modelo liberal:

Permitia, ademais, à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, como já assinalamos, se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir.

No plano do processo, as injustiças proporcionadas pelo Direito Processual Liberal em nosso país revelavam-se (e são ainda hoje percebidas), por exemplo, na existência de inúmeros recursos previstos em lei e no complexo procedimento tipificado para seu processamento, capazes de fazer uma demanda se arrastar por anos a fio. Não obstante as consequências nefastas de um processo sem fim, há ainda hoje quem diga, com boa dose de retórica e analisando o problema sob o prisma unicamente do réu sucumbente, que isso é corolário da garantia *individual* da ampla defesa.

Por sua vez, de modo a ilustrar a repercussão do tecnicismo do Estado Liberal no Direito Processual, tem-se a incomunicabilidade originariamente prevista no Código de Processo Civil brasileiro – se não abolida, ao menos sensivelmente diminuída – dos procedimentos de conhecimento, execução e cautelar. Essa tripartição, evidentemente, contribuiu para a burocratização do processo, com o prolongamento de sua duração e, via de consequência, para sua inefetividade, sendo pouco lógicas, sob uma perspectiva em certa medida pragmática, as razões de exigir o comparecimento das partes diante do juiz para o *acertamento* da relação jurídica e, posteriormente, exigir-se que um novo e diferente processo seja iniciado para o *cumprimento* do que fora acertado.¹

Outro exemplo da incidência da mentalidade liberal em nosso sistema processual está relacionado com o que alguns chamam de respeito à liberdade. Como foi dito, a liberdade do indivíduo constituía noção cara ao modelo de Estado Liberal, sendo ao máximo evitada a ingerência do poder público na vida privada. Essa perspectiva foi bem assentada em nosso Código de Processo Civil vigente, o qual, na sua redação originária, estabelecia que o descumprimento das condenações em obrigações de fazer e não fazer redundariam em perdas e danos (arts. 633 e 643, na forma original)². Como se percebe, uma tal concepção, que retira do juiz a possibilidade de atuar coercitivamente sobre a vontade do indivíduo, reduz os bens da vida *in natura* ao seu equivalente em espécie, podendo tornar o processo algo próximo de um nada, em determinadas situações. É elucidativo o magistério de Marinoni (2009):

[...] se não há como negar que, diante do direito liberal, há relação entre a incoercibilidade das obrigações e a preservação da ‘liberdade do homem’, não se pode deixar de perceber que, dentro da lógica do liberalismo, há também um nexo entre a tutela pelo equivalente e os princípios da abstração das pessoas e dos bens.

¹ Essa percepção é sufragada por Câmara (2002, p. 92-93).

² Na França, nitidamente influenciado pelas importantes conquistas revolucionárias liberais burguesas, o vetusto Código de Napoleão (1804) já preceituava, em seu art. 1.142, que toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor.

Se os bens são equivalentes, e assim não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem devido em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas o de sancionar o faltoso, repristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro.

Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada no plano do contrato – não há razão para admitir uma intervenção mais incisiva do juiz diante do inadimplemento, para que então seja assegurada a tutela específica (ou o adimplemento *in natura*). Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, o juiz somente poderia conferir ao lesado a tutela pecuniária.

A sanção pecuniária teria a função de ‘igualizar’ os bens e as necessidades, pois, se tudo é igual, inclusive os bens – os quais podem ser transformados em dinheiro –, não existiria motivo para pensar em tutela específica. No direito liberal, os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando dessa mesma natureza as tutelas pelo equivalente e ressarcitória.

Sobre a ideologia que permeou a estruturação do nosso sistema processual, Baptista (2005, p. 340-341) comenta incisivamente:

Não se trata, com efeito, apenas de uma concepção extremamente conservadora que, como advertiu agudamente VITTORIO DENTI (*Un progetto per la giustizia*, p. 122), tem servido constantemente de instrumento de ‘defesa de grupos sociais dominantes’, mas, fundamentalmente, de um sistema de processo civil amplamente comprometido com a ideologia liberal que dominava o ambiente cultural europeu, no momento da formação do direito processual civil como uma nova disciplina jurídica, dotada de princípios próprios e autonomia científica.

Os pressupostos ideológicos que informam nossas instituições processuais civis assentam-se no princípio da intangibilidade da pessoa humana, cuja autonomia e liberdade devem ser preservadas com tal profundidade e extensão que nenhuma lei poderá

penetrar na esfera inviolável da autonomia da vontade individual. Esta idéia, quando levada a suas últimas conseqüências, como ocorre em nosso direito, determina que os meios de coerção processual sejam rigorosamente limitados a tímidas medidas de natureza patrimonial.

Dessa forma, em virtude dos problemas brevemente apontados acima, sobrevieram sucessivas reformas do Código de Processo Civil Brasileiro, na tentativa de adequá-lo a um novo modelo de Estado, arquitetado em nosso país já ao fim do século XX e ainda pendente de concretização – o Estado Democrático de Direito. De acordo com esse novo paradigma, não mais se permite ao Estado assistir passivamente as desigualdades sociais e as injustiças produzidas pelo sistema. A partir dessa nova perspectiva, incumbe ao próprio Estado atuar positivamente para a efetiva implementação da igualdade material e de transformação da realidade social. Para Theodoro Júnior (2001, p. 550),

[...] é irrecusável que, por meio das reformas legislativas, se abre o caminho para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, não só pela redução dos entraves burocráticos situados num procedimento antigo e assentado sobre princípios que se tornaram inadequados para as concepções e os anseios da sociedade contemporânea, como pelo despertar que ditas inovações podem provocar entre os operadores do processo, conclamando-os a meditar sobre sua verdadeira função e sobre os desígnios fundamentais da tarefa que lhes compete desempenhar.

Ao demonstrar esse novel perfil de Estado, percebe-se que, no caso do Brasil, o constituinte de 1988 estabeleceu uma série de “novos direitos”, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à educação das crianças e adolescentes, o direito ao planejamento urbano, o direito à saúde, entre vários outros, que, se antes eram relegados ao segundo plano por possuírem natureza meramente programática, passaram então a ter sua implementação incumbida imperativa e primordialmente ao poder público (arts. 225, 227, 182 e 196 da Constituição da República de 1988). Tais direitos são exemplos típicos de obrigações públicas cujo cumpri-

mento é essencial para a transformação positiva da realidade social, não sendo passíveis de redução monetária. Com efeito, quanto a esses direitos, uma tutela jurisdicional que não seja concedida na forma específica torna inútil o processo, pois pouco ou nenhum interesse existe em se obter a tutela pelo equivalente.

A bem da verdade, não só a constitucionalização de direitos sociais veio a exigir um novo paradigma de tutela jurisdicional mas também a própria transformação da economia, que, na civilização pós-industrial, não mais se limita à troca de mercadorias, mas, ao contrário, depende de fatos humanos, consubstanciando relações que se expressam por meio de estruturas jurídicas correspondentes a prestações infungíveis. Também nesse estado de coisas, a solução pelo equivalente monetário não é satisfatória. Como bem anota Bueno (*apud* MARCATO, 2005, p. 1454-1455):

A solução tradicional para o inadimplemento das obrigações sempre foi as perdas e danos. A boa doutrina que se manifestou sobre o tema justifica a correlação entre estas duas situações como decorrência da concepção de um modelo *político* de Estado (e, conseqüentemente, da função do próprio Poder Judiciário) que valorizava, antes de tudo, o individualismo e a intangibilidade da vontade humana. Alterados os perfis e os objetivos dos Estados atuais, voltando-se eles a outros fins antes não concebidos, realinhados os papéis de suas diversas funções, inclusive do Poder Judiciário, não há mais como sustentar que a cada inadimplemento – ou *ameaça* de inadimplemento – só reste ao credor da obrigação perseguir seu equivalente monetário. *Até porque – embora nem sempre – determinados direitos não são sequer suscetíveis de redução monetária.* [...] Mais do que nunca na história do direito brasileiro (leia-se, na história das opções *políticas* feitas pelas Constituições brasileiras) é possível, ao credor, obter, perante o Poder Judiciário, a *imunização* de uma situação de ameaça evitando-se, com isto, o inadimplemento de uma obrigação e, consoante o caso, a inafastável conversão do veículo obrigacional em perdas e danos. (grifo nosso).

Em complemento, merece ser lembrada também a lição de Marino-
ni (2006, p. 437):

Na verdade, se a existência do direito material, em nível de efetividade, depende do processo, não há como negar que a instituição de direitos que não podem ser tutelados através da técnica ressarcitória faz surgir, por consequência lógica, o direito a uma tutela que seja capaz de evitar a violação do direito material.

Portanto, se o Estado Democrático de Direito é aquele incumbido de dar concretude aos direitos, o processo moderno é o processo da efetividade – e esta é obtida, em seu grau máximo, com a tutela específica.³ Não por acaso preleciona Dinamarco (2000, p. 297) que “O processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito”. A efetividade, segundo ensina Fux (1996), é a aptidão do processo em alcançar os fins para os quais foi instituído, dando razão a quem realmente a tem e fazendo com que o lesado tenha recomposto seu patrimônio contemporaneamente à lesão ou ameaça de lesão ao seu direito. De fato, porque proibiu a autotutela privada, o Estado assumiu o gravíssimo ônus de tutelar de forma efetiva as diversas situações de Direito Material. Portanto, o processo deve assegurar ao titular de um direito o mesmo resultado que ele poderia obter caso a ação privada não tivesse sido vedada, ou caso a norma tivesse sido espontaneamente obedecida.

Nesse toar, desde meados da década de 1990, podemos observar a edição de diversos e sucessivos diplomas legais com repercussão direta e substancial no Direito Processual, notadamente na seara civil. Tais normas jurídicas, apresentadas, via de regra, sob a pecha de “reformas”, têm como principal meta, segundo seus idealizadores, a potencialização da garantia constitucional de acesso à Justiça – tanto sob o aspecto formal quanto sob o enfoque material – e dos princípios da efetividade e da celeridade processuais.

Com efeito, o direito de acesso à Justiça, cuja matriz constitucional tem assento no art. 5º, XXXV, da Carta de 1988, por estar enquadrado na categoria dos “direitos e garantias fundamentais”, deve ser interpretado de modo a garantir a sua máxima efetividade. O mesmo pode

³ O eminente Luiz Fux (1996) chega a identificar o “princípio da satisfação específica”.

ser dito em relação ao princípio da celeridade do processo, também incluído pelo legislador, via Emenda Constitucional nº 45/2004, no rol dos “direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, LXXXVIII, da Constituição de 1988) – o que, de resto, vem a ser mais uma demonstração do ideário reformista a que nos referimos sucintamente logo acima.

Contudo, a par de otimizar as possibilidades de acesso à Justiça e procurar reduzir a demora no trâmite processual, o legislador, conforme mencionamos, vem também demonstrando preocupação com a efetividade do processo. É dizer: não se afigura suficiente garantir ao jurisdicionado o direito de ingressar em juízo, tampouco basta que o processo tenha termo em prazo razoável. É necessário que a prestação jurisdicional acessível e rápida seja primordialmente efetiva, de modo a realmente garantir aquilo que é devido a cada pessoa.

Assim é que, nos idos de 1994, foram introduzidas alterações legislativas que, entre outras inovações de extremo relevo, possibilitaram a antecipação da tutela independentemente da oitiva da parte adversa e otimizaram a coercitividade na execução das obrigações de fazer e não fazer. Por volta de 2002, nova onda reformista, desta feita para, precipuamente, reforçar os poderes coercitivos do juiz também na execução das obrigações de dar bem como para efetuar importantes alterações no processo de execução. Enfim, entre 2005 e 2006, teve lugar a última leva reformista, efetuando modificações no procedimento do recurso de agravo, alterando alguns aspectos pontuais (e importantes) do processo de conhecimento e introduzindo de vez entre nós o chamado “processo sincrético”, o qual possibilitou que a execução, em diversos casos, fosse realizada no mesmo processo em que se deu o acerto do direito.

Antes que sejam levantadas quaisquer questões, é oportuno esclarecer que não foram apenas nos anos acima mencionados que se editaram leis alterando o Código de Processo Civil. O que ocorre é que, nos aludidos períodos, tiveram lugar as mudanças mais substanciais, em nosso entendimento. Além disso, merece ser devidamente assentado que nem todas as modificações foram felizes, tendo o legislador pecado em diversos aspectos. Todavia, para o presente trabalho, o ponto das reformas que nos interessa é precisamente a introdução das *astreintes* no Código de Processo Civil.

3. *Astreintes*: etimologia, origem, natureza jurídica e critérios para sua utilização

O vocábulo *astreintes* tem origem na palavra latina *astringere* (*ad* e *stringere*), que, em vernáculo, quer dizer estringir (ou adstringir), apertar, comprimir, obrigar.

Como instituto jurídico, as *astreintes* têm suas raízes identificadas no Direito francês,⁴ sendo positivadas naquele ordenamento jurídico inicialmente por meio da Lei nº 72.226, de 5 de julho de 1972, a partir de intenso movimento jurisprudencial contrário ao que preconizava o Código de Napoleão, em seu art. 1.142.

Conforme expusemos linhas acima, a predita codificação, inspirada pelos valores liberais burgueses, estabelecia que as obrigações de fazer e de não fazer resolviam-se em perdas e danos, no caso de inadimplemento pelo devedor. Sendo verificado que tal solução muitas vezes não satisfazia plenamente ao titular do direito material, teve lugar a criação pretoriana das *astreintes*, com o objetivo de influenciar coercitivamente a vontade do devedor no sentido de estimular o imediato cumprimento da obrigação *in natura*, mediante a imposição de sanção pecuniária correspondente ao período de atraso. De acordo com Nery Júnior (2001, p. 146-147),

[...] o direito moderno criou a possibilidade de coagir o devedor das obrigações de fazer e não fazer a cumprir as prestações a seu cargo mediante a imposição de multas. Respeitada a intangibilidade corporal do devedor, criam-se, dessa forma, forças morais e econômicas de coação para convencer o inadimplente a realizar pessoalmente a prestação pactuada.

A partir da sedimentação da jurisprudência francesa, ordenamentos jurídicos de diversos países passaram a prever seus próprios mecanismos destinados a garantir a efetividade da tutela específica, tendo as próprias *astreintes* se espalhado por outras codificações.

⁴ A esse respeito, *vide* os artigos “Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social” (Luiz Guilherme Marinoni) e “As *astreintes*: limites e possibilidades de sua aplicação” (Luiz Antônio Rizzatto Nunes).

O Direito alemão, *verbo gratia*, a par de prever a possibilidade de fixação de multa cominatória para o caso de descumprimento da decisão judicial, avançou e estabeleceu, também, a hipótese da prisão civil decorrente da desobediência ao comando do juiz. Já no sistema anglo-saxão, identificamos o instituto do *contempt of Court* (que significa “desprezo à autoridade do Tribunal”, representado, por exemplo, pelo descumprimento de uma decisão judicial) como mecanismo similar à multa cominatória. Tal como ocorre com as *astreintes*, a origem do *contempt of Court* associa-se à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes suas decisões⁵. O Direito argentino, por seu turno, no art. 37 do *Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*, estabelece que:

[...] los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

No caso do Brasil, as reformas processuais levadas a efeito (principalmente por meio das Leis nº 8.952/1994 e nº 10.444/2002, que modificaram e criaram, respectivamente, os arts. 461 e 461-A, do Código de Processo Civil) conferiram embasamento legal *genérico* para a fixação das *astreintes* – omitindo-se o legislador relativamente à possibilidade da prisão civil⁶ –, merecendo apontamento, porém,

⁵ Interessa, nesse particular, a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 97.02.29066-0, julgado em 22 de maio de 2001, Relator Juiz Federal Convocado Ricardo Perlingeiro.

⁶ Não obstante a lamentável omissão legislativa, há respeitável posicionamento doutrinário – seguido por pequena parcela da jurisprudência – que admite a prisão civil como forma de compelir o devedor a cumprir a obrigação estipulada pelo juiz. Nesse sentido, vejamos Marinoni e Mitidiero (2008, p. 432): “[...] a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa coercitiva e as outras medidas para efetivação dos direitos não se

o fato de que, mesmo antes das mencionadas reformas, microssistemas legais específicos de tutela de determinados direitos (como, por exemplo, direitos da criança e do adolescente e direitos do consumidor) já admitiam a imposição de multa cominatória como mecanismo eficiente para garantir a efetividade do processo (*vide* art. 213, § 2º, da Lei nº 8.069/1990 e art. 84, § 4º, da Lei nº 8.078/1990).

A partir da análise dos fins colimados pelas *astreintes* e da forma como estão previstas em nossa legislação, podemos afirmar que sua natureza jurídica é a de técnica processual destinada a atuar coercitivamente sobre a vontade do litigante sucumbente, com o fito de estimulá-lo ao cumprimento da obrigação estipulada na decisão judicial. Ou, nos dizeres de Perrot, citado por Arenhart (2003), as *astreintes* são “[...] um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações”. Sob esse enfoque, as *astreintes* têm caráter nitidamente acessório, uma vez que divergem substancialmente da obrigação de reparar o dano. A rigor, a multa cominatória não guarda nenhuma relação com os danos causados pela infringência ao direito material, sendo certo que, em não raros casos, nem sequer haverá ainda um dano concreto.

Por isso, justamente em decorrência da natureza de medida coercitiva ínsita às *astreintes*, deve-se atentar para os critérios de sua imposição. Com efeito, a má utilização da multa cominatória poderá levar ao próprio desnaturamento de suas finalidades. Assim, não há, nem mesmo de *lege ferenda*, como se interpretar que o valor da multa sofre algum tipo de limitação quantitativa. Certamente há casos nos quais o sucumbente tenderá a preferir suportar o pagamento das *astreintes* e arcar posteriormente com eventuais perdas e danos do que cumprir a obrigação na forma específica. Há ainda hipóteses

mostrarem adequadas – a violação de um direito. Do contrário, várias situações substanciais podem ficar desprovidas de tutela jurisdicional efetiva”. Todavia, a jurisprudência majoritária ainda rechaça tal entendimento (*vide*, por exemplo, STJ, RHC nº 16.279/GO, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/09/2004, STJ, REsp nº 439.939/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 06/10/2003, e STJ, HC nº 8.428/AL, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 21/06/1999).

que versam sobre direitos não patrimoniais ou direitos impassíveis de ser reduzidos a pecúnia (por mais absurda que possa parecer a idéia, quanto equivaleria em dinheiro a destruição completa do teto da Capela Sistina? Quanto seria necessário para reparar a destruição do Rio São Francisco? Há dinheiro que possa trazer de volta um ou outro?). Destarte, não devem ser negados ao juiz, de forma abstrata e apriorística, os poderes necessários a fazer com que as *astreintes* atinjam sua finalidade, que é a de obter o cumprimento da obrigação na forma específica.

Além da impossibilidade de limitação do valor da multa cominatória, deve sua quantificação observar a capacidade econômica do obrigado. De nada adiantaria a imposição de multa em valor astronômico para o demandado miserável, pois sua desproporção subtrair-lhe-á a seriedade de que necessita para permanecer coercitiva. De igual forma, nada efetiva será a fixação de valores módicos para o litigante que ostenta confortável situação econômica.

Ainda, deve ser assegurado às *astreintes*, tal como ocorre no Direito argentino, o seu caráter progressivo. Quer dizer: se a multa tem por objetivo exatamente coibir o réu a cumprir determinada obrigação, deve ser viabilizado seu aumento periódico caso haja fluência do tempo sem que ocorra o adimplemento.

Por fim, pode a multa ser estipulada tanto em um valor único quanto também tendo em mira o inadimplemento periódico. A multa diária, por exemplo, revela-se eficiente nos casos em que se pretenda fazer cessar um ilícito – ou seja, em caso de ilícito continuado. Lado outro, nas hipóteses em que se almeja impedir a prática ou a repetição de um ilícito, a única saída é a imposição de multa em valor fixo.

4. A questão das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo

Inicialmente, não podemos prescindir de definir a quem nos referimos quando mencionamos a expressão “Fazenda Pública”. Com efeito, trata-se de termo equívoco, possuidor de mais de um sentido. Na acepção administrativa, a expressão Fazenda Pública relaciona-se com a administração financeira do Estado. Já sob o prisma

técnico-processual, o termo em questão diz respeito às pessoas jurídicas de direito público em juízo, ou, em síntese, ao “Estado em juízo”.⁷ Portanto, no sentido técnico-processual – que é o de nosso interesse para os fins do presente trabalho –, Fazenda Pública pode referir-se à União, aos estados, aos municípios, ao Distrito Federal, às autarquias e às fundações públicas.⁸ Ainda, é de relevo desde já asseverar que utilizaremos as expressões Fazenda Pública e poder público como sinônimas, a fim de evitar a excessiva repetição de um mesmo vocábulo – o que poderia tornar a leitura um tanto enfadonha. Devidamente assentadas essas questões conceituais, torna-se possível irmos adiante.

Conforme nos revela o cotidiano forense, o poder público mostra-se cliente cada vez mais assíduo dos serviços judiciários, seja na qualidade de autor, seja na de réu – sendo esta última situação a que nos interessa para os fins do presente trabalho. Para termos uma noção mais precisa sobre essa assertiva, basta analisarmos as estatísticas constantes do relatório “Justiça em números – Indicadores estatísticos do Poder Judiciário – Ano 2006”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.⁹

Segundo os levantamentos realizados na órbita do Judiciário federal, o poder público é réu em nada menos que 1.376.204 (um milhão, trezentos e setenta e seis mil, duzentos e quatro) processos. No âmbito da Justiça dos estados-membros, o poder público responde a 733.842 (setecentas e trinta e três mil, oitocentas e quarenta e duas) ações. Especificamente no Estado de Minas Gerais, essa participação se dá em 68.681 (sessenta e oito mil, seiscentos e oitenta e um) feitos. Também a título de ilustração, calha lembrar que o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça trouxe publicação na qual o Ministro Cesar Asfor Rocha afirmou que o poder público é o principal causador da morosidade da Justiça, sendo certo que oitenta e cinco por cento da demanda processual naquele sodalício

⁷ A esse respeito, *vide* Rocha Sobrinho (1999).

⁸ No mesmo sentido: MARCATO, Antonio Carlos *et al.* *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 492.

⁹ O último relatório disponível para consulta é o do ano de 2006.

registrava a participação da administração pública, na maioria das vezes na posição de ré.¹⁰ Todos esses indicadores refletem, de forma inequívoca, que a Fazenda Pública é de fato ré convicta, sendo perceptível sua incapacidade de cumprir, *sponte sua*, os deveres jurídicos que lhe são atribuídos.

Com a sedimentação legislativa dos “novos direitos”, a reestruturação da economia mundial, o gradual aumento da noção de cidadania e o fortalecimento do Ministério Público, deparamo-nos diuturnamente com ações judiciais que têm por escopo precisamente fazer com que o poder público cumpra aquelas obrigações que lhe foram afetas em decorrência de imposições do Estado Democrático de Direito.

Assim, embora esse novo perfil de Estado tenha consagrado a preocupação em proteger importantes direitos, o que se revela é que a Fazenda Pública vem-se apresentando sistematicamente como a primeira violadora dessas garantias, comissiva ou omissivamente. Não raro vê-se que os municípios brasileiros não dispõem adequadamente o lixo produzido por suas populações. Frequentemente nota-se a displicência estatal em fiscalizar empreendimentos com forte potencial poluidor – principalmente em razão da indevida promiscuidade entre o interesse particular dos governantes e os interesses econômicos das empresas. É comum também perceber o descaso do poder público com a questão da saúde, mediante a negativa de disponibilização de medicamentos. Além disso, é costumeiro o desleixo com que são tratadas as crianças e os adolescentes em idade escolar, muitos deles dependentes de um transporte que se encontra em precárias condições de segurança – quando é de fato prestado. Enfim, são esses apenas alguns exemplos de ações e omissões públicas que, dia a dia, retiram a força cogente das normas constitucionais e tornam nossa Constituição uma mera carta de intenções.

Sob a ótica do processualismo e do civilismo liberais, o inadimplemento dessas obrigações seria passível de redundar em indenização por perdas e danos. Pergunta-se: a quem interessaria a reparação em pecúnia? Seria às comunidades que se vêem privadas de seus

¹⁰ Disponível em: <http://forum.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=2&tmp.area=368&tmp.texto=67154>. Acesso em: 30 jan. 2009.

recursos naturais mais essenciais? A crianças e adolescentes que se viram privados de seu direito à educação? Ao paciente que perdeu a vida pela falta de assistência? As situações descritas atestam, definitivamente, a necessidade de utilização de outras técnicas processuais para tutela dos direitos – técnicas essas que se mostrem úteis à sua preservação *in natura*.

Por outro lado, a Fazenda Pública detém uma série de prerrogativas quando figura em juízo. Seus bens são impenhoráveis e eventual ação executiva será satisfeita, salvo casos excepcionalíssimos, por meio dos famigerados precatórios judiciais. Além disso, o legislador infraconstitucional, em clara afronta aos princípios do acesso à Justiça, da celeridade e da efetividade processuais, editou as Leis nº 8.437/92 e nº 9.494/97, as quais vedam abstratamente a possibilidade de deferimento de liminares contra a Fazenda Pública.¹¹ Nesse cenário, litigar contra o poder público torna-se tarefa assaz penosa, burocrática, lenta e ineficiente. Por mais absurdo que possa parecer, um dos grandes violadores dos direitos tutelados pelo Estado Democrático de Direito, à primeira vista, é verdadeiramente imune a um processo efetivo. Tal constatação, aliás, não passou despercebida a inúmeros juristas. Segundo Dinamarco (2000, p. 301):

Das sentenças condenatórias, as que contam com menor poder de impor-se mediante os meios processuais eficazes são aquelas pronunciadas *contra a Fazenda Pública*. Salvo nos casos de obrigações alimentares, o seu momento sancionatório ou não existe ou é extremamente débil e dirigido a atividades outras que não as propriamente executivas; e por isso é que elas chegaram a ser consideradas condenações *aparentes*, o que é correto na medida em que nega a existência de execução contra a Fazenda. (grifo do autor).

Para Caetano (1994, p. 1400),

¹¹ É bem verdade, porém, que tais diplomas vêm sendo gradualmente, e em casos específicos, flexibilizados pela jurisprudência. A esse respeito: STJ, REsp 770969 / RS, Rel. Min. Castro Meira, j. em 15/09/2005; TJMG, Proc. nº 1.0083.04.911036-0/001(1), Rel. Des. Maria Elza, j. em 02/12/2004.

[...] é inteiramente inadmissível, sob pena de se negar a existência do Estado de Direito e de relações jurídico-administrativas, a liberdade de inexecução dos casos julgados deixada à Administração quando assim o entenda e sem que por isso tenha a obrigação de indenizar.

Já Amaral (1997, p. 9) sustenta que:

[...] as sentenças proferidas pelos tribunais a favor dos particulares têm de ser respeitadas e cumpridas pelas autoridades administrativas, ou não estaremos num Estado de Direito [...] de nada servirá o contencioso administrativo se a Administração Pública, ignorando as sentenças e recusando a sua execução, tiver nas mãos o poder de transformar as decisões dos tribunais em puras declarações platônicas do Direito.

A questão já fora também tratada com acuidade pelo Tribunal Constitucional espanhol, que, em histórico precedente, manifestou-se:

La ejecución de las Sentencias – en sí misma considerada – es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución – art. 1 –, que se refleja – dentro del propio Título Preliminar – en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad – en caso de conflicto – se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial – arts. 117 y siguientes de la Constitución – que finaliza con la ejecución de sus Sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el art. 118 de la Constitución establezca que ‘es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo’. Cuando este deber de cumplimiento y colaboración – que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza – se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento – si se

produjera – no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes. El art. 24.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva – que comprende el de ejecución de las Sentencias según hemos indicado – viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo que, desde una perspectiva objetiva, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico. (Sentencia 67/1984. Disponible em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0067>. Acesso em: 30 jan. 2009).

O tema é realmente palpitante, mas nem por isso pode ser tratado com tibieza. Devemos ter em mente o que ensina Felipe (1995, p. 93):

En definitiva, un juez que no dispone de medios jurídicos para ejecutar las sentencias o no es un juez (Hauriou) o es un juez al 50 por 100, y en cualquier caso no es un juez efectivo (y entonces es un juez inconstitucional). De manera que las exigencias de efectividad de la tutela judicial obligan a un cambio sustancial en la ejecución de las sentencias.

Quando o litígio judiciário conta, no pólo passivo, com a presença de uma pessoa natural, afigura-se inegável que o potencial de efetividade do processo é muito maior. Em caso de uma condenação do réu, terá o autor à sua disposição, para fazer valer concretamente a decisão judicial, os eficientes mecanismos implementados pelas reformas processuais, como a penhora *online*, as novas formas de cumprimento da sentença etc. Além disso, o patrimônio do devedor – caso existente – tende a ser apto a suportar prontamente eventual execução, conforme, aliás, preconiza o art. 591 do Código de Processo Civil. Enfim, o réu sucumbente, sendo pessoa natural, é, ao menos em tese, capaz de sentir com maior intensidade os rigores da decisão judicial.

O mesmo não se observa relativamente à pessoa jurídica de direito público. Obviamente, não estamos aqui a sustentar que a Fazenda Pública não deva fazer jus às prerrogativas que lhe são legalmente conferidas quando litiga em juízo. Cremos ser imune a quaisquer questionamentos a premissa de que as prerrogativas atribuídas ao poder público se justificam pelo interesse público presente na atuação do

ente moral. Logo, quando o poder público sucumbe em juízo, não há como deixar de reconhecer que, sob um certo aspecto, a própria coletividade também sofre os ônus respectivos. Esse é o fundamento sobre o qual repousa a legitimidade das prerrogativas asseguradas ao poder público e é sob esse aspecto que elas devem ser encaradas.

Sucede, porém, que, como afirmamos alhures, o Estado muitas vezes apresenta-se como violador primário de direitos consagrados no Texto Constitucional e em determinadas normas infraconstitucionais. Nesses casos, não nos parece jurídico que as prerrogativas conferidas ao poder público sejam transmutadas e corrompidas a ponto de se tornarem não uma garantia da sociedade mas mero escudo protetivo para salvaguardar a prática de atos ilícitos (sejam comissivos ou omissivos), os quais não raro estarão a violar um direito vinculado ao interesse público. Nesse diapasão, a questão que surge é a seguinte: de que maneira é possível assegurar a efetividade dos provimentos jurisdicionais proferidos em desfavor dos entes públicos sem que sejam malferidas as normas que regulamentam a atuação da Fazenda Pública em juízo?

5. O representante legal do ente público e o dever de participar eticamente do processo

Antes de pretender oferecer alguma contribuição para a solução do problema apontado no item anterior, torna-se de curial importância relembrar, ainda que de forma breve e superficial, as lições acerca das principais teorias que explicam o fundamento da personalidade do ente moral.

De fato, há várias perspectivas pelas quais se pode encarar o fenómeno do que são as pessoas jurídicas. Para os adeptos da teoria da ficção, apenas o ser humano é naturalmente capaz de ser sujeito de direitos. Portanto, a pessoa jurídica não seria algo real mas sim uma ficção legal, ou seja, uma criação artificial do legislador para exercer direitos patrimoniais e praticar determinados atos. A formulação clássica da teoria da ficção encontra-se em Savigny (*apud* AMARAL, 2003, p. 281).

Há também doutrinadores – Almeida (1905, *apud* AMARAL, 2003, p. 282), Hauriou (1967, *apud* AMARAL, 2003, p. 282), entre outros – da teoria da realidade orgânica ou objetiva. Segundo essa vertente de pensamento, a pessoa jurídica é sim uma realidade viva, um organismo social com existência e vontade próprias, que atua por meio de seus órgãos (daí o nome de teoria orgânica).

Ainda, tem-se a teoria institucional (ou teoria da realidade das instituições jurídicas), a qual reconhece que tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas só são sujeitos de direito porque o ordenamento jurídico assim estatui. Nota-se nessa concepção uma miscigenação das idéias apregoadas pelos adeptos do ficcionismo e do realismo objetivo, na medida em que considera o ente moral não uma realidade orgânica mas meramente jurídica. Para Diniz (2007, p. 230-231), assim como para Roncero (1984, *apud* AMARAL, 2003, p. 284), Planiol et Ripert (1952, *apud* AMARAL, 2003, p. 283) e outros, essa é a teoria que melhor explica a natureza das pessoas jurídicas.

Por fim, identificamos a teoria da realidade técnica – adotada pelo nosso direito positivo no art. 45 do Código Civil. Nos dizeres de Amaral (2003, p. 282-283), essa concepção é tida como formalista, pois considera que a essência da pessoa jurídica não consiste no ser em si – ao contrário do que prega a doutrina da realidade orgânica – mas em uma forma jurídica desvinculada de pressupostos materiais ou requisitos prévios que não aqueles taxativamente previstos em lei.

Em nosso entendimento, com respeitosa vênua às vozes dissonantes, qualquer teoria que pretenda explicar logicamente a existência do ente moral deve se assentar em uma premissa que consideramos inexorável, qual seja, a de que a pessoa jurídica, ainda que aja em seu próprio nome e tenha existência distinta da de seus dirigentes, só pode atuar por intermédio destes. Com efeito, o fenômeno volitivo é traço marcante da personalidade humana e é a ela inerente. Só quem representa uma pessoa jurídica tem condições de fazê-la atuar, inclusive contra sua vontade pessoal ou a favor dela.

Sob esse viés, consideramos que a participação processual ética e efetiva do representante legal da pessoa jurídica é condição *sine qua*

non para que sejam minoradas as dificuldades de fazer valerem as decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública. Essa necessidade de atuação ética e efetiva, ao contrário do que possa parecer, não decorre simplesmente de um postulado moral. Ao revés, cuida-se de dever jurídico, passível de punição pelo descumprimento. Não é outra a conclusão a que se chega a partir da análise do que dispõe, por exemplo, o art. 14 do Código de Processo Civil, alterado em 2001 por meio da Lei nº 10.358. O pré-citado dispositivo prevê, com clareza, como devem proceder as partes e *todos* aqueles que, *de qualquer forma*, participam do processo, elencando entre seus deveres agir com lealdade e boa-fé e cumprir com exatidão os provimentos mandamentais, não criando embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. A toda evidência, o legislador chama os participantes do processo – não só as partes – a agir com probidade processual. De fato, a democratização e a socialização do processo impõem de maneira intergiversável a sua moralização.

Ora, não há como pensar de forma diferente. A dignidade da função jurisdicional deve ser preservada como um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e isso passa necessariamente pela exigência de um comportamento adequado dos participantes do processo e pelo esmerado cumprimento das decisões judiciais.

Nessa ordem de idéias, é chegada a hora de tratar especificamente da questão relacionada à aplicabilidade das *astreintes* nas lides em que é parte o poder público. Como já visto, o que torna a multa cominatória um valioso elemento colocado à disposição da jurisdição para fazer valer suas decisões é precisamente seu caráter coercitivo, sua capacidade de influenciar o estado de espírito do sucumbente de modo a fazê-lo crer que é melhor o cumprimento integral e, de certa forma, voluntário da obrigação reconhecida na decisão do que arcar com os ônus pecuniários que serão cumulativamente exigidos em caso de resistência. Todavia, e isso também já fora devidamente assentado, a vontade, por se tratar de característica essencialmente psicológica, não é atributo da pessoa jurídica. Dessa forma, o único caminho restante para se preservar a coercitividade das *astreintes* é fazer com que elas atuem sobre a pessoa física. Nas lides que tenham como sucumbente o poder público, as *astreintes* só terão eficácia se forem impostas de forma pessoal ao representante legal da pessoa jurídica.

Poder-se-ia argumentar que, sendo a obrigação incumbida ao poder público, não seria viável que a multa pecuniária fosse arbitrada em desfavor do representante legal da pessoa jurídica. A esse questionamento, responde-se que a obrigação sobre a qual versa o litígio e as *astreintes* não guardam entre si nenhuma relação ontológica, sendo aquela derivada do Direito material e, estas, mecanismos do direito processual. Não há aí ofensa ao princípio do contraditório, já que é a pessoa física quem age em nome da pessoa jurídica. Ademais, em sintonia com o entendimento de Arenhart (2003, p. 358):

Não se pode, por outro lado, acolher a idéia de que essa resposta ofenderia ao princípio do contraditório, mesmo porque este sujeito (que receberá a ameaça de imposição de multa) terá perfeitadas condições de recorrer da decisão judicial (como terceiro prejudicado), sendo ainda de se observar sua vinculação direta com o sujeito passivo da ação e com a conduta (que se quer realizada ou inibida) por meio da tutela jurisdicional.

Também não se pretende aqui, em hipótese alguma, transferir ao representante do ente moral a obrigação, em si. Esta – a obrigação judicialmente reconhecida – é do poder público, conforme estipula a norma jurídica e a respectiva decisão que a aplicou concretamente. Ocorre que, conforme registrado alhures, pela sua própria natureza, a multa pecuniária não é sucedânea do bem da vida em litígio mas sim instrumento destinado a assegurar a obtenção da tutela específica. É dizer: não se almeja que o representante da pessoa jurídica cumpra por si próprio a obrigação nem que arque com qualquer prejuízo jurídico para cumpri-la. A condenação fora imposta à pessoa jurídica de direito público e apenas a esta se destina. Porém, somente uma pessoa física tem condições de fazer com que uma pessoa jurídica aja de tal ou qual forma – e, em se tratando do ente de direito público, essa pessoa é o seu representante legal.

Um outro aspecto ainda merece ser abordado. A aplicação da multa cominatória ao representante legal da Fazenda Pública não possui, tecnicamente, nenhuma relação com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Como vimos, é traço marcante em quaisquer das teorias que explicam a natureza da pessoa jurídica, a separação

da personalidade desta e dos indivíduos que a constituem. Tal independência revela-se no patrimônio, nas relações jurídicas e na responsabilidade civil. Ocorre que, por vezes, essa propalada autonomia subverte-se a ponto de servir como anteparo para aqueles que pretendem utilizar a pessoa jurídica como instrumento de prática de atos fraudulentos. Para situações desse jaez, elaborou-se no Direito Comparado a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, visando a possibilitar a superação da barreira da “personalidade distinta” para chegar à responsabilização pessoal dos sócios. Na hipótese de aplicação das *astreintes* ao representante do ente público, o agente não está inflexivelmente a se valer da pessoa jurídica para a prática de qualquer ilícito em benefício próprio. A rigor, o descumprimento de uma ordem judicial emitida contra a pessoa jurídica não se dá necessariamente porque o agente pretende se locupletar ou praticar alguma fraude. Em muitas vezes a insubmissão pode estar ligada à vaidade do agente público, que não admite ordens que não as suas próprias. Ainda, pode-se dar por um extremo desleixo com relação à coisa pública – tão comum nos dias atuais. Diante disso, consideramos que a aplicação das *astreintes* ao representante da Fazenda Pública não constitui mera “substituição” do sujeito passivo da multa, mas sim instrumento de coerção a quem de fato ostenta condições de fazer a pessoa jurídica “se mover”.

Por último, mas não menos importante, tendo como pressuposto que as *astreintes* são um eficiente mecanismo posto à disposição dos operadores do Direito para obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, observamos que a negativa de sua aplicação ao representante da Fazenda Pública pode consubstanciar, alfim, violação aos princípios do acesso à Justiça e do devido processo legal (art. 5º, XXXV e LIV, da Constituição da República de 1988). Considerando-se que o ideal de efetividade processo se encontra implícito nos aludidos postulados, torna-se possível identificar a existência de um direito fundamental à prestação da tutela executiva – entendida esta, nos dizeres de Guerra (2003), como a “[...] exigência de haver meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo”. No contexto deste trabalho, em se tratando da Fazenda Pública em juízo, é imprescindível, para a prestação da adequada tutela jurisdicional,

que as *astreintes* sejam impostas não ao ente público mas sim ao seu representante, na qualidade de pessoa física capaz de se sentir coagida ao cumprimento da determinação judicial. Em outras palavras: o direito fundamental à prestação da tutela executiva *impõe* que o destinatário das *astreintes* seja a pessoa física, e não a pessoa jurídica de direito público, na exata medida em que só assim a coercitividade será *de fato* um apanágio da jurisdição.

Afinal, as razões acima enumeradas já nos parecem suficientes para justificar a possibilidade de aplicação das *astreintes* ao representante legal da Fazenda Pública. Com efeito, de nada valeria a cominação de multa periódica em desfavor do próprio ente moral. A uma, porque este não tem vontade, sob o aspecto psicológico. Então, cominar-lhe multa periódica em nada o estimularia a cumprir as decisões judiciais. A duas, porque impor as *astreintes* ao poder público pode significar, na prática, penalizar a coletividade em dobro. Imaginemos a seguinte situação: um município recolhe o lixo produzido por seus habitantes e o deposita integralmente de forma inadequada, em uma área de preservação permanente próxima ao córrego que lhe garante o fornecimento de água potável. Em uma ação civil pública, pleiteia-se que esse município, em determinado lapso temporal, cesse a prática da conduta danosa e passe a dispor de seu lixo em conformidade com os regulamentos ambientais, tudo sob pena de multa diária. Pergunta-se: a fixação das *astreintes* alcançaria a finalidade almejada pelo instituto? Ou, mais especificamente: quem seria o prejudicado caso o município não atendesse à determinação judicial? Parece-nos estreme de dúvidas que, em caso de descumprimento, será a coletividade duplamente afetada. Primeiro pela poluição ambiental que põe em risco a integridade do manancial que oferta água à cidade. Segundo porque só poderiam sair dos cofres públicos os recursos necessários para pagar a multa cominatória imposta na decisão judicial. O processo, nesse caso, terá servido não como um instrumento de pacificação de conflitos mas como ferramenta de potencialização de prejuízos. Para contornar tais problemas, sugere Guerra (2003, p. 130-131):

[...] a aplicação da multa diária contra a própria pessoa física, de cuja ação ou omissão depende, diretamente, o cumprimento da obrigação a ser satisfeita *in executivis*. Com efeito, a tanto

se pode chegar com fundamento no próprio §5º do art. 461 do CPC, devidamente interpretado *conforme à Constituição e ao direito fundamental à tutela executiva*, uma vez que aí foi conferido ao juiz o poder de determinar as medidas que julgar necessárias, quer sub-rogatórias, quer coercitivas, para a prestação de uma satisfação integral e em forma específica do credor de obrigação de fazer ou não fazer. (grifo do autor).

Com renovado efeito, o agente público que, nessa qualidade, descumpra uma decisão judicial não pode argüir em seu favor, com o fito de passar indene às *astreintes*, o fato de não ser parte no processo, escudando-se na pessoa jurídica a qual representa. A rigor, é razoável pretender que ninguém está autorizado a desobedecer “em nome” da Administração. Se o faz, age por sua conta e risco. E, se é assim, deve arcar com as respectivas responsabilidades.

Não ignoramos que o agente público insubmisso se sujeita a regimes próprios de responsabilização. Assim, é certo que poderá responder por eventual ação de improbidade administrativa, em virtude de comportamento passível de ser enquadrado no tipo subsidiário do art. 11, II, da Lei nº 8.429/92, a depender do caso. Além disso, poderá ter engendrada contra si ação penal por desobediência ou prevaricação,¹² também de acordo com o caso concreto. Ainda, será viável o enquadramento por “crimes de responsabilidade” – que, na verdade, não são crimes no sentido técnico-penal que se atribui à palavra, mas mera infração político-administrativa. Entrementes, mesmo com todos esses mecanismos de responsabilização, persistirá o inadimplemento da obrigação – que, a rigor, é unicamente o que interessa ao processo. Posto assim, com a devida vênia, afastar a possibilidade de imposição das *astreintes* de forma pessoal ao representante legal do ente público sob o argumento de que está o respectivo agente sujeito a regime próprio de responsabilidade equivale àquela visão ultrapassada e reducionista de que tudo se converte em perdas e danos.

¹² Há forte controvérsia jurisprudencial a esse respeito. Alguns julgados acentuam que não será possível sequer a responsabilização penal do agente público, por conta do que se convencionou chamar “Direito Penal Mínimo”. Vide TACRIM/SP, HC, Rel. Corrêa Dias, JUTACRIM 77/143 e TACRIM/SP, HC, Rel. Gonçalves Nogueira, JUTACRIM 94/199. Em sentido contrário: TJDF, Apelação 2006.01.1.033833-0, Rel. Juiz James Eduardo Oliveira.

Enfim, são esses os fundamentos que encontramos para assentar a possibilidade de fixação das *astreintes* em desfavor do representante do ente público. A multa cominatória constitui importante mecanismo criado pelo legislador para assegurar a efetividade dos provimentos jurisdicionais e, por isso, não deve ser utilizada com timidez. De fato, seu uso deve ser proporcional ao grau de efetividade que se pretende conferir a um provimento jurisdicional. A rigor, se não há previsão expressa na lei acerca do posicionamento que ora vimos de defender, também não existe vedação abstrata. De outra sorte, pensando-se contrariamente ao que sustentamos, restará esvaziada a finalidade das *astreintes* – e, em última análise, os objetivos do próprio processo – em se tratando de feito cuja ré seja a Fazenda Pública.

6. O dissenso jurisprudencial

Para ilustrar todos os argumentos utilizados para defender a aplicabilidade das *astreintes* ao representante da pessoa jurídica de direito público, destacamos dois casos concretos que, sendo julgados de forma diversa, tiveram também efeitos práticos bastante distintos, sob o enfoque da efetividade do processo.

O primeiro exemplo diz respeito ao mandado de segurança ajuizado por servidores públicos do Distrito Federal, objetivando a incorporação em seus vencimentos do percentual de 84,32%, por perdas decorrentes de plano econômico – Plano Collor. O pedido foi julgado procedente, sendo determinado o cumprimento da obrigação no prazo de trinta dias, sob pena de multa diária no importe de meio salário mínimo em favor de cada impetrante, a ser suportada pela Fazenda Pública e, pessoalmente, pelo Governador e pelo Secretário de Administração. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reformou parcialmente a decisão originária, tão-somente para prorrogar o prazo de cumprimento para sessenta dias, ficando o acórdão ementado da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCORPORAÇÃO DE ÍNDICE – PLANO COLLOR. DESCUMPRIMENTO. MULTA COERCITIVA. IMPOSIÇÃO

À PESSOA JURÍDICA E AOS SEUS REPRESENTANTES. MANUTENÇÃO. PRAZO. PRORROGAÇÃO. A autoridade impetrada não é estranha ao processo, seja pelo aspecto de defesa do ato impugnado e de sua reforma, caso concedida a segurança, seja por ser o canal de comunicação processual da pessoa jurídica que, não dispondo de vontade nem de psiquismo, não pode ser diretamente constrangida nem convencida a coisa alguma. Para o efetivo cumprimento da obrigação originada da decisão judicial, ou obtenção de resultado equivalente, perfeitamente cabível a imposição de multa coercitiva aos representantes da pessoa jurídica, por serem seu verdadeiro substituto processual. Devido à elevada quantia que representa a obrigação imposta, razoável se mostra a prorrogação do prazo, por mais trinta dias, para seu cumprimento, mantendo-se, como *dies a quo*, aquele já iniciado com a intimação da decisão agravada. Recurso conhecido e provido, parcialmente. Decisão unânime. (Agravamento regimental no mandado de segurança nº 1998002003182-7, Rel. Des. Edmundo Minervino, j. em 11 de julho de 2001).

Como se percebe, no caso em questão, o cumprimento da ordem judicial tende a ser substancialmente mais célere do que na hipótese em que as *astreintes* são impostas contra o ente público. No corpo do precitado aresto, o desembargador relator asseverou que:

[...] considerando a finalidade da própria norma (que deve, sempre, balizar sua interpretação), tenho que cabível é a imposição de multa coercitiva também ao agente responsável pelo inadimplemento, como único meio de fazer valer a teleologia do preceito. Se a função da *astreinte* não é punitiva ou sancionatória, mas sim, coercitiva, o que lhe empresta sentido jurídico é seu poder de influenciar na vontade, no psiquismo, da pessoa de quem depende o adimplemento da obrigação, de sorte a convencê-la que é melhor fazer cumpri-la do que suportar a multa diária. E é de sabença geral que as pessoas jurídicas se exprimem por seus representantes, por seus dirigentes, por seus agentes (pessoas físicas); elas, como ficção jurídica que são, não dispõem de vontade nem de psiquismo. Logo, não podem ser diretamente constrangidas nem convencidas de coisa alguma.

Em nossa ótica, não há posicionamento que esteja mais afinado com os reclames de efetividade do processo, tendo sido bem exposta no

excerto transcrito acima a exata importância das *astreintes* como mecanismo capaz de garantir a imperatividade da decisão judicial. De fato, a desobediência ao comando terá repercussão direta no patrimônio da autoridade administrativa insubmissa, independentemente de responsabilização posterior em outras esferas, pois o que importa é mesmo o cumprimento da obrigação.

Dando outro enfoque à matéria, tem-se decisão emanada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, julgando reexame necessário referente à ação civil pública que pleiteou o fornecimento de medicamento a menor de dezoito anos, agasalhou o entendimento de que é possível a fixação das *astreintes* contra o poder público com o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação. O acórdão ficou assim ementado:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. MENOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E NECESSITADO. COMINAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação que vise compelir o Poder Público a fornecer medicamento a pessoa necessitada. O Estado deve assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde, porque decorrente de preceitos rígidos da Constituição Federal. É legítima a imposição de multa diária ao Poder Público, para o caso de descumprimento de obrigação imposta, consistente no fornecimento de medicamento a paciente portador de doença grave, tendo em vista a manifesta relevância dos direitos fundamentais que envolve. (Reexame necessário nº 1.0024.06.274947-8/001, Rel. Des. Almeida Melo, j. em 17 de julho de 2008).

No corpo do *decisum*, o desembargador relator do acórdão ressaltou que a “[...] fixação de multa diária tem o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação imposta e mostra-se compatível com a manifesta relevância dos direitos fundamentais envolvidos neste processo, que devem ser resguardados prioritariamente”. Evidentemente, revela-se louvável a preocupação de preservação dos direitos fundamentais. Todavia, esses mesmos direitos fundamentais só estarão preservados a contento na medida em que se assegurar a efetividade processual – em si mesma, um direito fundamental.

Na hipótese versada no predito julgado, a Corte adotou providência quase que insignificante para garantir o cumprimento de sua decisão. É bem verdade que a fixação da multa cominatória teve por escopo pressionar o ente público a atender à ordem judicial. Todavia, imaginemos o que poderia acontecer na hipótese de descumprimento da decisão. A nosso ver, restaria à parte que teve seu direito reconhecido mover execução contra a Fazenda Pública referente aos valores correspondentes às *astreintes*, a qual se processaria sob o famigerado rito dos precatórios. Quanto à obrigação principal, dada a impossibilidade de cumprimento por outra pessoa, restaria a busca de reparação por perdas e danos – resultado completamente anacrônico permeado por valores que, conforme já exposto à exaustão, não se coadunam com o ideal de concretização dos direitos. Possibilidade de solução bastante diferente seria aberta caso as *astreintes* tivessem, nesse último caso, alcançado o representante legal do ente público.

Entrementes, a solução definitiva poderia ter sido ainda pior. É que houve um voto vencido no julgamento colegiado, proferido pelo desembargador Moreira Diniz, que asseverou o seguinte:

O que se mostra inadmissível é a imposição de multa para o caso de não ser cumprida a decisão judicial.

Em casos de fornecimento de medicamentos, a autoridade pode se ver sujeita a prazos alheios à sua vontade, no procedimento de aquisição, e até de importação.

Nota-se, portanto, que pode ocorrer situação de demonstração de justa causa para a demora no cumprimento da ordem, o que implica em dilação probatória, mais compatível com o rito executivo.

No mais, em caso de não cumprimento proposital da decisão judicial, a autoridade resistente se sujeitará à responsabilização legal de natureza civil ou criminal.

Com tais apontamentos, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, apenas para dela decotar a imposição de multa.

Se fosse tal posicionamento o que prevalecesse ao final, aí sim restaria completamente esvaziado o conteúdo imperativo da decisão.

Afirmar que a autoridade resistente sujeita-se à responsabilização civil ou criminal não se presta, de forma alguma, à proteção do bem jurídico *in natura* disputado em juízo, mesmo porque, sob esse aspecto, seriam necessários novos processos para apuração de culpa, procrastinando sobremaneira a imposição de qualquer sanção. Por sua vez, as *astreintes* teriam muito mais efetividade, pois, cominadas no mesmo processo em que proferida a decisão, são passíveis de execução imediata.

Como se pôde ver, os entendimentos jurisprudenciais são divergentes, sendo inegável, porém, que quanto maior a compreensão acerca das finalidades da multa cominatória, maior tende a ser também o grau de efetividade do processo.

7. Conclusões

Os objetivos perseguidos por este trabalho foram destacar os motivos que inspiraram as reformas empreendidas no Código de Processo Civil brasileiro – as quais criaram mecanismos para assegurar uma maior coercitividade às decisões judiciais – bem como expor a importância da utilização das *astreintes* para a consecução desse mister. Especificamente com relação às lides em que a Fazenda Pública figura no pólo passivo, a meta era demonstrar como as *astreintes* constituem ferramentas imprescindíveis para garantir a efetividade do processo, desde que aplicadas pessoalmente ao representante do ente público.

Ao final, as conclusões a que chegamos são as seguintes:

- A nossa legislação processual civil vigente teve, em sua origem, forte inspiração dos valores liberais.
- Tais valores eram caros ao perfil de Estado Liberal, que difere substancialmente do Estado Democrático de Direito.
- No Estado Liberal, a tutela específica não era o objetivo principal do processo, cedendo lugar, em importância, à tutela pelo equivalente.
- O Estado Democrático de Direito tem por escopo a concretização dos direitos, o que só se dá quando a tutela específica assume primazia sobre a tutela pelo equivalente.
- A Fazenda Pública apresenta-se como uma das maiores descumpridoras dos direitos assegurados pelo Estado Democrático de Direito,

sendo cliente assídua do Poder Judiciário e responsável direta pela morosidade da Justiça.

- As execuções contra a Fazenda Pública são, via de regra, pouco efetivas.

- Para otimizar a efetividade das execuções contra a Fazenda Pública, as *astreintes* representam importante mecanismo previsto pelo legislador.

- A fixação das *astreintes* contra a Fazenda Pública faz com que a multa perca o poder de atuar coercitivamente no ânimo do devedor e, por isso, sua imposição deve ocorrer de forma pessoal em relação ao representante do ente público.

- A imposição das *astreintes* diretamente ao representante legal da pessoa jurídica de direito público pode tornar a execução contra a Fazenda Pública muito mais efetiva, tendo em vista que tenderá a influenciá-lo a cumprir voluntariamente a decisão judicial.

8. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do. *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. v. 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números* – Indicadores estatísticos do Poder Judiciário – Ano 2006. Disponível em: <http://serpensp2.cnj.gov.br/justica_numeros_4ed/RELATORIO_JN_2006.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo regimental. Execução em mandado de segurança. Obrigação de fazer. Incorporação de índice – Plano Collor. Descumprimento. Multa coercitiva. Imposição à pessoa jurídica e aos seus representantes. Manutenção. Prazo. Prorrogação. Agravo regimental no mandado de segurança nº 1998002003182-7. Distrito Federal *versus* Cleide Aparecida Rocha Nogueira e outros. Relator: Desembargador Edmundo Minervino. Brasília, 11 de julho de 2001.

FELIPE, Miguel Beltran de. *El Poder de Sustitución en la Ejecución de las Sentencias Condenatorias de la Administración*. Madri: Civitas, 1995.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: –Fundamentos da Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.

MARCATO, Antonio Carlos et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5046>>. Acesso em: 21 jan.2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: Individual e Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo civil. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Fornecimento de medicamento. Menor portador de doença grave e necessitado. Cominação de multa. Possibilidade. Reexame necessário nº 1.0024.06.274947-8/001. Ministério Público do Estado de Minas Gerais *versus* Município de Belo Horizonte. Relator: Desembargador Almeida Melo. Belo Horizonte, 17 de julho de 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *As astreintes: limites e possibilidades de sua aplicação*. Disponível em: <<http://www.unirp.edu.br/revista/AS%20ASTREINTES%20LIMITES%20E%20POSSIBILIDADES%20DE%20APLICA%C3%87%C3%83O%20E%20LIQUIDA%C3%87%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

SOBRINHO, Délio José Rocha. *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1 e 2.

Artigo enviado em: 24/09/2009

Artigo aprovado em: 04/07/2010

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

O LIMITE DA COMPETÊNCIA NORMATIVA ABSTRATA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE DOS ATOS REGULAMENTARES

PEDRO BRITO CANDIDO FERREIRA

Analista do Ministério Público de Minas Gerais – Especialidade Direito

Pós-graduado em Direito Ambiental

Centro de Atualização em Direito / Universidade Gama Filho

1. Introdução

As agências reguladoras exercem atualmente um importante papel no que toca à interferência estatal na economia, sendo responsáveis pela regulamentação, controle e fiscalização de uma série de atividades e serviços de extrema relevância para a sociedade.

Tais entidades nasceram nos Estados Unidos da América, país de natureza eminentemente liberal, resultado de uma política governamental voltada para a mínima intervenção do Estado na economia, tendo alcançado ali um notável desenvolvimento, o que pode ser percebido pelo elevado número de *regulatory agencies* implementadas nas mais diversas áreas: saúde, meio ambiente, educação, comércio, entre outras. A principal característica das agências norte-americanas é o seu grau de independência em relação ao órgão instituidor, possuindo autonomia financeira, administrativa e poderes “quase-legislativos”.

O modelo brasileiro de agências reguladoras teve por base o modelo norte-americano, sendo que se tentou ao máximo garantir às entidades nacionais um grau de independência semelhante ao devido pelas *agencies*; contudo, no contexto político nacional, tem-se

verificado que essa independência em alto grau tem trazido mais prejuízos do que benefícios.

É justamente com relação a esse ponto que se objetiva, no presente trabalho, tecer algumas considerações principalmente quanto ao fato de que a independência das agências somada a sua competência normativa tem gerado um abuso na edição de regulamentos. Atos que deveriam conter apenas regras de natureza técnica passaram a ter um conteúdo cada vez mais de lei em sentido estrito, demonstrando uma patente ilegalidade.

Outro ponto também analisado neste estudo é o controle externo exercido sobre os atos das agências reguladoras, basicamente a cargo do Poder Judiciário, que, apesar da competência e credibilidade, é ainda pouco preparado para julgar as questões de natureza eminentemente técnica demandados nos litígios em que aquelas entidades da Administração Pública figuram como parte.

2. O modelo brasileiro

A idéia de inserção das agências reguladoras no âmbito da Administração Pública brasileira teve início na década de 90, momento em que o Estado iniciou um movimento de transferência para a iniciativa privada de atividades antes somente executadas pelo Poder Público. O Programa Nacional de Desestatização, marco da implementação desse estado liberal, foi instituído no ano de 1990 pela Lei nº 8.031/90.

Assim, com essa política governamental de transferir para o setor privado a execução de serviços públicos, surgiu a necessidade de o Estado delimitar e aumentar o seu poder de regulamentação, controle e fiscalização de tais serviços, de modo que pudesse garantir à sociedade a sua devida prestação e gerasse o menor custo ao erário. Decidiu-se, então, pela criação de agências especiais.

Essas agências especiais foram denominadas de agências reguladoras e, no âmbito da sua área de atuação, detinham o poder de fiscalizar, controlar e regulamentar uma determinada atividade prestada

pela iniciativa privada, mas que pela sua essencialidade e interesse público, deveria estar sujeita a um certo nível de controle estatal para garantir uma correta execução.

Passou então a ocorrer uma gradual diminuição da presença direta do Estado brasileiro na economia, passando a reivindicar para si um papel eminentemente regulador e exercido através de entidades estatais criadas sob a forma de autarquias de regime especial dotadas de uma maior independência consubstanciada em autonomia administrativa e financeira.

Não resta dúvida de que essa “descentralização autárquica” trouxe uma série de benefícios, dentre os quais cabe destacar a divisão entre “Estado prestador” e “Estado fiscalizador”, dicotomia que otimizou a fiscalização em geral, uma vez que o Estado como executor universal dos serviços públicos não tem interesse em apontar as próprias falhas e impor-se punições. Como bem anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

Essas funções estatais não são novas, observa similarmente o articulista Sérgio Nelson Manheimer, mas vêm sendo negligenciadas pelo fato de ter o Estado, nos últimos anos, acumulado os papéis de prestador e de fiscalizador de serviços, o que lhe compromete o exercício das funções de controle, que acabam sendo relegadas, uma vez que não se sente ele estimulado a denunciar suas próprias falhas ou deficiências. (MOREIRA NETO, 2007, p. 199).

Ademais, a concentração em uma única entidade com personalidade jurídica de direito público dos poderes de fiscalização, controle e regulamentação concede ao Estado uma flexibilidade negocial e um afastamento das burocracias típicas da administração direta, facilitando assim a atuação junto à iniciativa privada, cuja eficiência e dinamização são notadamente superiores ao observado na Administração Pública.

No tocante ao processo legal de criação das agências reguladoras, basta dizer que são criadas através de lei ordinária, sendo que somente duas foram mencionadas expressamente pelo legislador constitucional: a Agência Nacional do Petróleo – ANP (art. 177, § 2º,

III, da CF/88) e a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (art. 21, XI, da CF/88):

Art. 177. Constituem monopólio da União:

[...]

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

[...]

III - a Estrutura e organização do órgão regulador do monopólio da União

[...]

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - Explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. (grifo nosso).

3. Análise específica dos limites da competência normativa abstrata das agências reguladoras e das formas de controle dos atos regulamentares por elas editados

Atualmente, tem-se discutido bastante acerca da extensão da competência normativa abstrata atribuída às agências reguladoras, questionando até que ponto elas vêm exercendo esse poder nos devidos limites de atuação e se com estrita submissão à legalidade, princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio.

No que tange a essa questão, assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica (v. Capítulo II, ns. 7 a 10), resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem na forma da lei, providir de providências subalternas, conforme se menciona no Capítulo VI, ns. 35-38, ao tratar dos regulamentos... Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada 'supremacia especial' (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15).

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em *fundamento legal*, jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros: assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, *na extensão e intensidade requeridas* para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e *obsequiosas à razoabilidade*. (MELLO, 2009, p. 172-173, grifo nosso)

Observa-se que, com relação à adequação do poder normativo das agências reguladoras à legalidade, existem duas importantes correntes doutrinárias, as quais merecem ser analisadas.

A primeira defende que o poder normativo das agências tem por base o poder regulamentar já previsto para o Presidente da República nos limites definidos no art. 84, IV, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Deste modo, as entidades em análise teriam apenas a prerrogativa de expedir regulamentos executivos e com o intuito de possibilitar a eficaz aplicação da lei que organiza o setor no qual atuam,

salientando-se que, por força do art. 5º, II, da Constituição Federal, é afastada qualquer hipótese de criação normativa, tendo em vista que somente a lei pode inovar no ordenamento jurídico, cabendo às agências expedirem resoluções de conteúdo eminentemente técnico e explicativo.

Por outro lado, a segunda corrente afirma que a atribuição de tal poder normativo às agências ultrapassa os limites do poder regulamentar concedido constitucionalmente ao chefe do executivo, sendo assim uma verdadeira “deslegalização” de determinadas matérias para que possam ser reguladas por meio de atos administrativos técnicos. Por via de consequência, o Estado poderia intervir no domínio econômico de maneira mais eficaz, adaptando as normas legais à dinâmica de uma economia capitalista através da edição de regulamentos autorizados ou delegados. À lei caberia apenas elencar os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina de determinada matéria.

Tomando-se por fundamento alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do poder normativo administrativo, conclui-se que o órgão adota a primeira posição, o que não poderia deixar de ser, tendo em vista que fornece uma maior segurança jurídica e delimita melhor o campo de atuação do Poder Executivo por meio das agências reguladoras.

No curso do julgamento do RExt nº 318.873-SC – cujo conteúdo versava acerca da possibilidade da conversão dos benefícios previdenciários, em URV, com base na média do valor nominal –, foi interposto agravo regimental no qual, dentre outras questões, discutiu-se a respeito dos limites do poder regulamentar concedido ao Estado. Na oportunidade, o STF firmou o entendimento de que o princípio da reserva de lei atua como limitador do poder regulamentar do Estado, o qual não possui competência primária legislativa, não podendo assim criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de interferir no âmbito de atuação da lei em sentido formal e gerar a inconstitucionalidade de seus atos:

A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA IN-

TEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar [...]'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

No entanto, é importante mencionar que o STF, até o presente momento, não prolatou decisão específica acerca da constitucionalidade do poder normativo exercido pelas agências, de modo que ainda não se tem certeza absoluta da validade, eficácia e vinculação dos atos regulamentares oriundos das agências; mas uma coisa é certa; elas estão cada vez mais usando de forma abusiva o poder que lhes foi conferido.

Outra preocupação que deve também ser analisada refere-se basicamente aos mecanismos de controle dessas normas regulamentadoras criadas em série. Enquanto as leis editadas pelo Congresso Nacional passam por um rígido controle de constitucionalidade, exercido tanto internamente por meio das comissões de constituição e justiça (feito *a priori*) como através do Judiciário, seja pela via difusa ou pela via concentrada (*a posteriori*), as normas editadas pelas agências não passam por nenhum tipo de filtro.

De modo geral o que ocorre é um controle realizado *a posteriori* e unicamente pelo Judiciário que, todavia, é insuficiente para resguardar a sociedade da expedição de regulamentos nitidamente inconstitucionais e lesivos que, eventualmente, possam ser instituídos. Em adição, cabe salientar que há sempre a dificuldade do juiz em ana-

lisar casos fundados em um conhecimento extremamente técnico e específico, assim como o fato de que a decisão judicial proferida no processo dificilmente terá efeitos que exorbitem a esfera jurídica das partes, salvo os casos das ações coletivas que, mesmo assim, dizem respeito a um núcleo específico de cidadãos, não abarcando a coletividade como um todo.

Em síntese, a produção normativa das agências segue sem qualquer tipo de controle suficientemente forte para evitar abusos e resguardar a população de regulamentos que não condizem com a sua necessidade e a realidade do setor regulado. Infelizmente, não existe um meio de controle que seja rápido e eficiente, assim como dotado de amplo aparelhamento técnico-científico para apreciar a matéria e cujos atos decisórios sejam extensíveis a todos.

Vale também lembrar que o processo de escolha dos dirigentes das entidades em estudo é mais uma razão que justifica a necessidade de um sistema de controle mais eficaz na edição de regulamentos.

Apesar de esses dirigentes exercerem um mandato fixo, não sendo possível a sua demissão *ad nutum*, são nomeados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado Federal, de maneira que irão inevitavelmente representar os interesses do segmento político ao qual pertencem, o que pode gerar desvios indesejáveis na conduta administrativa. Assim, é necessário questionar até que ponto as agências atuam com autonomia e independência.

Em continuidade, embora seja patente a existência de alguns empecilhos, o Judiciário tem tomado para si a função de controle da legalidade dos atos emanados pelas agências reguladoras.

Durante vários anos, vigorou o entendimento de que a intervenção jurisdicional estaria limitada ao aspecto formal do ato administrativo, ou seja, toda forma de intervenção que ultrapassasse os limites da análise da formalidade do ato demonstraria um sério desrespeito ao princípio da separação dos Poderes. Contudo, o que se vê atualmente é um controle jurisdicional da atividade administrativa cada vez mais amplo, evoluindo de uma mera aferição da legalidade para o controle da constitucionalidade do ato.

Assim, o controle judicial dos atos administrativos passa também a englobar o atendimento pelo administrador dos demais princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, não ficando tal análise restrita ao princípio da legalidade. Um exemplo disso é a legitimidade do Judiciário para coibir ou desfazer atos abusivos ou praticados com desvio de poder.

Conclui-se então que, quanto aos regulamentos editados pelas agências, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, o exame dos atos tomando por base, entre outros aspectos, o princípio da proporcionalidade. Assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o princípio da proporcionalidade:

Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige *proporcionalidade* entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in *RDP* 65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. (DI PIETRO, 2003, p. 81, grifo nosso).

Em suma, o magistrado pronunciar-se-á acerca de possíveis excessos cometidos pela agência reguladora no uso da sua competência normativa abstrata, verificando também a própria constitucionalidade desses atos, agindo assim como última, e em alguns casos única, instância de proteção da coletividade de possíveis “abusos normativos” cometidos pelas referidas entidades.

4. Conclusão

Não resta dúvida de que a atuação das agências reguladoras brasileiras padece de uma falta de fiscalização de seus atos, o que vem resultando em um excesso normativo, assim como a criação de regulamentos que exorbitam as competências delegadas por lei, em patente desobediência aos princípios regentes da Administração. Essa situação é cada vez mais nítida e causa preocupação tanto ao governo como à população em geral.

O controle da legalidade de tais atos é ainda insuficiente para garantir que se encontram de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, assim como se visam ao atendimento do interesse público.

O Judiciário tem tentado fazer esse papel de órgão fiscalizador dos atos administrativos oriundos das agências, contudo enfrenta dificuldades para analisar questões de ordem eminentemente técnica, cujo estudo é fundamental para a prolação de uma sentença passível de dar fim ao conflito.

Uma forma de dar solução a esses problemas seria o estabelecimento, por meio de lei, de limites rígidos do poder regulamentar das agências reguladoras, não deixando margem de interpretação para o administrador e prevenindo assim uma “enxurrada” de regulamentos de legalidade duvidosa e a consequente atuação emergencial do Judiciário para resguardar os direitos da população e dos agentes regulados.

5. Referências bibliográficas

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo moderno*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 9.427, de 26/12/1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 9.472, de 16/07/1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2011.

11

- Normas de Publicação
para autores
- Writers' Guidelines
- Conteúdo Digital
Complementar

Português

English

DVD - Sumário

DVD - Informações

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA 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 para a página eletrônica www.mp.mg.gov.br/dejure.
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 o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.
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; os comentários à jurisprudência, um máximo de 10 páginas. Seguem as normas de padronização dos trabalhos:

I - Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o Arial, corpo 9.

9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - 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).

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 corpo do texto deverá ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito**.

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 até 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 8, 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 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.; CRISTOFOLETTI, 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/eccos-v6n2_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.

XII - Sugere-se o portal eletrônico <www.bn.br>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes , para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.

XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2011, os textos enviados adotem preferencialmente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

WRITERS' GUIDELINES

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 is accepted provided there is appropriate attribution. 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.

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

Authors who wish to submit articles must access the site www.mp.mg.gov.br/dejure, fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words) 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 inch [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 Guérin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font Times New Roman 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

a) Book reference: The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) Book (section or chapter): The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section or 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.

CONTEÚDO DIGITAL COMPLEMENTAR

SUMÁRIO:

1 - Palestra

“A atuação do Promotor de Justiça na investigação e no plenário do júri nos crimes com grande repercussão social: interpretação de provas científicas e relacionamento com a imprensa”

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Francisco Cembranelli

Palestra promovida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional em 14 de maio de 2010, na sede da Procuradoria-Geral de Justiça

2 - Penal

Jurisprudências selecionadas.

3 - Processo Penal

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Parecer em apelação criminal – tráfico de drogas

José Fernando Marreiros Sarabando

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

4 - Civil

Jurisprudências selecionadas.

5 – Processo Civil

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Recurso em sentido estrito – combate à violência contra a mulher

Regina Duayer Hosken e José Ricardo Sousa Rodrigues

Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais

6 – Coletivo

Jurisprudências selecionadas.

7 – Processo Coletivo

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Mandado de segurança – suspensão de atividade de colheita e comercialização de floresta plantada – litígio possessório

Luciana Perpétua Corrêa

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

8 – Público Constitucional

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: ADI: colocação de piso diferencial para deficiente visual

Elaine Martins Parise e Renato Franco de Almeida

Procuradora de Justiça e Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

9 – Público Institucional

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Recomendação Administrativa – defesa da criança e do adolescente

Andréa Mismotto Carelli, Gustavo Rodrigues Leite e José Aparecido Gomes Rodrigues

Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais

10 – Público Administrativo

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Mandado de segurança:

redução percentual do somatório da receita municipal

Spencer dos Santos Ferreira Júnior

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

12 – Informações Gerais

Normas de publicação para autores / writers' guidelines

Créditos do DVD

CONTEÚDO DIGITAL COMPLEMENTAR

INFORMAÇÕES:

A De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, disponibiliza um disco DVD contendo palestras, vídeos, jurisprudências, técnicas e outras informações de grande relevância. Para uma fácil utilização do DVD disponível na contracapa desta revista, seguem algumas orientações.

1. Informações sobre o Disco DVD:

O Disco anexo é um DVD Híbrido. O disco é assim chamado por possibilitar, por meio de seu processo de gravação, a reprodução de diferentes conteúdos quando inseridos em um computador pessoal ou aparelho convencional de DVD-Player ligado a uma TV.

O disco foi desenvolvido para uso no sistema operacional Windows, preferencialmente Windows XP ou superior, bem como para a maioria dos DVD-Players convencionais.

2. Visualizando o conteúdo digital:

Para visualizar o conteúdo digital, clique com o botão direito do mouse no diretório do DVD e selecione a opção "Explorar".

Em seguida, execute o arquivo "DeJure16" e será aberta uma janela do seu navegador com o conteúdo digital da revista.

3. Visualizando a palestra ou vídeo disponível:

Para visualizar a palestra disponível em seu DVD, insira-o em um DVD-Player convencional ligado a uma TV. Aguarde até que o menu do disco apareça na tela.

4. Navegando no DVD em seu computador:

A resolução ideal de tela é de 800x600 ou 1024x768. Ao inserir o disco em um computador pessoal (Windows XP), a navegação do material complementar iniciar-se-á automaticamente.

Alguns computadores podem exibir uma mensagem avisando que "o conteúdo ativo pode danificar seu computador [...] tem certeza que deseja permitir que CDs executem conteúdo ativo no seu computador?" Nesse caso, autorize o uso de conteúdo ativo clicando em "sim".

A tela de apresentação aparecerá. Navegue no sistema de maneira similar a uma navegação na internet. Clique nas opções desejadas para abri-las.

OBS: Ao utilizar o disco em sistemas operacionais Windows Vista ou Windows 7, uma tela de seleção surgirá, dando ao usuário a opção de navegar no conteúdo digital ou a de visualizar o conteúdo em vídeo.

5. Solução de problemas:

Caso o disco apresente algum problema de reprodução, realize os procedimentos a seguir.

O DVD não toca em DVD Player Convencional, ou trava/para durante a reprodução.

Soluções: * Limpe o DVD com um pano suave e seco e tente novamente.

 * Teste o disco em outro DVD Player.

A reprodução automática do conteúdo para computadores não funciona.

Soluções: * Navegue pelo Windows Explorer até a pasta do disco DVD e dê duplo clique no arquivo autorun.exe.

 * Instale uma versão mais atual de seu navegador de internet.

 * Teste o disco em outro computador.

Caso o disco não funcione corretamente, por favor, acesse o conteúdo digital complementar no site www.mp.mg.gov.br/dejure