

**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

Alderico de Carvalho Junior
André Pataro Myrrha de Paula e Silva
Charley Teixeira Chaves
Chrystiane do Nascimento de Magalhães
Daniel Augusto dos Reis
Daniel Guimarães Gonçalves
Emerson Garcia
Felipe Faria de Oliveira
Flávia Vigatti Coelho de Almeida
Helena Carvalho Moysés
Henrique Hoffmann Monteiro de Castro
Izabella Artur Costa
João Gaspar Rodrigues
José Sávio dos Reis
Leonardo Silva Nunes
Lidiane Duarte Horsth
Luciana Perpétua Corrêa
Luciano José Alvarenga
Marília Mariano de Lima Flecha
Mariluce das Graças de Lima Reis
Mário Frota
Peterson Barbosa de Oliveira
Simone Queiroz da Silveira Hirashima

jan | jun 2011

ISSN n.º : 1809-8487

vol. 11

18

Revista Jurídica De Jure

www.mp.mg.gov.br/dejure

Alderico de Carvalho Junior
André Pataro Myrrha de Paula e Silva
Charley Teixeira Chaves
Chrystiane do Nascimento de Magalhães
Daniel Augusto dos Reis
Daniel Guimarães Gonçalves
Emerson Garcia
Felipe Faria de Oliveira
Flávia Vigatti Coelho de Almeida
Helena Carvalho Moysés
Henrique Hoffmann Monteiro de Castro
Izabella Artur Costa
João Gaspar Rodrigues
José Sávio dos Reis
Leonardo Silva Nunes
Lidiane Duarte Horsth
Luciana Perpétua Corrêa
Luciano José Alvarenga
Marília Mariano de Lima Flecha
Mariluce das Graças de Lima Reis
Mário Frota
Peterson Barbosa de Oliveira
Simone Queiroz da Silveira Hirashima

jan | jun 2012

ISSN n.º : 1809-8487

vol. 11

18

jan | jun
2012



**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br
+55 (31)3330-8179

Address: Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-916, Brazil
www.mp.mg.gov.br/dejure
dejure@mp.mg.gov.br
(Contact: Alessandra de Souza Santos, Ms.)
+55 (31)3330-8179

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

v. 11, n.18 (jan/jun 2012). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2012.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

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

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

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

CDU. 34
CDD. 342

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

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

Linha Teórica:

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

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile:

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

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

**REVISTA DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

**JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCO

A *De Jure* tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

MISSION

The mission of *De Jure* is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às área de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

PÚBLICO ALVO

A *De Jure* está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista *De Jure* requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista *De Jure*, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of *Journal De Jure*, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista é distribuída por meio de permuta e doação.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). *De Jure* was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. *De Jure* is distributed by means of exchange or donation only.

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

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Procurador de Justiça Alceu José Torres Marques

DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Procurador de Justiça Rogério Filippetto de Oliveira

COORDENADOR PEDAGÓGICO 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

- Prof. Dr. Adilson de Oliveira Nascimento (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Esp. Emerson Felipe Dias Nogueira (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. Leonardo Barreto Moreira Alves (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Esp. Marcos Paulo de Souza Miranda (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Renato Franco de Almeida (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. Rodrigo Iennaco de Moraes (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra / Portugal)
Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)
Prof. Dr. Eduardo Martinez Alvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)
Prof. Michael Seigel (University of Florida, Estados Unidos)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento – Itália)
Prof. Dr. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin
(Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)
Prof. Me. João Cancio de Mello Junior (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Paraná)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Prof. Me. Leonardo Silva Nunes (Faculdade de Negócios de Belo Horizonte, Brasil)
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Professor no Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)

Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)
Prof. Me. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Profa. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Esp. Luciano Coelho de Ávila (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor Legislativo do Senado Federal, Brasil)

EDITORACÃO

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

REVISÃO

Alessandra de Souza Santos
Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
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

Prof. Me. Adirson Antônio Glório Ramos - Faculdade de Direito Vale do Rio Doce, Brasil
Me. André Gonçalves Godinho Fróes - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
Promotor de Justiça Eduardo Sens dos Santos, Esp. - Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho - Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brasil
Prof. Me. Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Moraes - Universidade de Itaúna, Brasil
Profa. Ma. Patrícia Ribeiro de Carvalho Brandão - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Brasil
Prof. Me. Ricardo Ferreira Sacco - Universidade FUMEC, Brasil
Promotora de Justiça Andressa de Oliveira Lanchotti, Ma. - Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Promotor de Justiça Christiano Leonardo Gonzaga Gomes - Prof. Me. da Faculdade Milton Campos, Brasil
Promotor de Justiça Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães -
Prof. Me. da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Brasil
Promotor de Justiça Marcos Pereira Anjo Coutinho, Esp. - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COM SELEÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Promotora de Justiça de Minas Gerais Luciana Perpétua Corrêa
Helena Carvalho Moysés

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

Alceu José Torres Marques - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Rogério Filippetto de Oliveira - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

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

EDITORIAL BOARD

Prof. Adilson de Oliveira Nascimento, PhD

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes, PhD

(Minas Gerais State Prosecutor, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Emerson Felipe Dias Nogueira, BA (Minas Gerais State Prosecutor, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Leonardo Barreto Moreira Alves, MA (Minas Gerais State Prosecutor, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Marcos Paulo de Souza Miranda, BA (Minas Gerais State Prosecutor, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Renato Franco de Almeida, PhD (Minas Gerais State Prosecutor, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Rodrigo Iennaco de Moraes, MA (Minas Gerais State Prosecutor, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior researcher of the Center of Social Studies, Coimbra / Portugal)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

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

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

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

Prof. Michael Seigel (University of Florida, USA)

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

Prof. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. João Cancio de Mello Junior, MA (Judge of the Superior Court of the State of Minas Gerais, Brazil)

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

Prof. Elton Venturi, PhD (Federal Prosecutor, Curitiba, Brazil)

Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)

Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)

Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)

Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaipua, Brazil)

Prof. Leonardo Silva Nunes, MA (Faculdade de Negócios de Belo Horizonte, Brazil)

Prof. Luciano José Alvarenga, MSc (Centro de Atualização em Direito - CAD), Brazil; Universidade Gama Filho, Brazil)

Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. - São Paulo, Brazil)

Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaipua, Brazil)

Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)

Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)

Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)

Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)
 Prof. Rosemire Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)
 Prof. Robson Renault Godinho, MA (Rio de Janeiro State Prosecutor, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Emerson Garcia, PhD (Rio de Janeiro State Prosecutor, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (São Paulo State Prosecutor, Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
 Prof. José Roberto Marques, PhD (São Paulo State Prosecutor, Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)
 Dermeval Farias Gomes Filho, BA (Prosecutor, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)
 Luciano Coelho de Ávila, BA (Prosecutor, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)
 Prof. José dos Santos Carvalho Filho, MA (Rio de Janeiro State Prosecutor, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)
 Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Legislative Advisor of Brazilian Senate, Brazil)

EDITING

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

PROOF READING

Alessandra de Souza Santos
 Fernanda Cunha Pinheiro da Silva
 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

Prof. Adirson Antônio Glório Ramos, MA - Faculdade de Direito Vale do Rio Doce, Brazil
 André Gonçalves Godinho Fróes, MA - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
 State Prosecutor Eduardo Sens dos Santos, BA - Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil
 Prof. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho, MA - Faculdade de Direito Novos Horizontes, Brazil
 Prof. Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Moraes, MA - Universidade de Itaúna, Brazil
 Prof. Patrícia Ribeiro de Carvalho Brandão, MPhil- Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Brazil
 Prof. Ricardo Ferreira Sacco, MA - Universidade FUMEC, Brazil
 State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti, MA - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil
 State Prosecutor Christiano Leonardo Gonzaga Gomes, MA - Prof. at Faculdade Milton Campos, Brazil
 State Prosecutor Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães, MA -
 Prof. at Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Brazil
 State Prosecutor Marcos Pereira Anjo Coutinho, BA - Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil

COLLABORATION WITH SELECTION OF JURISPRUDENCE IN THIS ISSUE

Minas Gerais State Prosecutor Luciana Perpétua Corrêa
 Helena Carvalho Moysés

COMPLEMENTARY DIGITAL CONTENT

Credits in DVD disc.

PREFÁCIO

É com grande satisfação que apresentamos a nossos leitores o número 18 da Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com o permanente objetivo de disseminar conhecimento.

Neste trabalho, continua preponderando o enfoque a partir do pós-positivismo jurídico, proporcionando o conhecimento e a discussão dos temas numa ordem multidisciplinar.

Nesta edição, a Revista De Jure traz, na seção de Doutrina Internacional, um interessante ensaio do eminente professor português Mário Frota, fundador e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo - APDC. O Prof. Mário Frota discorre acerca do parecer acerca do papel dos Municípios nas políticas de promoção dos interesses e de proteção dos direitos do consumidor, solicitado pela Associação Nacional de Municípios Portugueses - ANMP.

Esta edição traz em sua seção de Doutrina Nacional, o Professor Charley Teixeira Chaves, que discorre sobre os fundamentos da execução fiscal contra a fazenda pública.

No DVD encartado, há disponível a palestra em vídeo sobre “O novo Direito Civil preventivo”, proferida pelo Procurador de Justiça do Estado

de Minas Gerais Nelson Rosendal em 2 de agosto de 2011, no Hotel Mercure em Belo Horizonte. A Revista De Jure 18 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 demais operadores do Direito.

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.

Finalizo, registrando a consolidação da Revista De Jure no cenário nacional, como importante referencial acadêmico e científico para a construção do saber.

ROGÉRIO FILIPETTO DE OLIVEIRA
Procurador de Justiça

Diretor do Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público de Minas Gerais

Chegamos à edição n. 18 da Revista De Jure trazendo algumas modificações e inovações. Estas alterações têm os objetivos de aperfeiçoar a revista apresentando-a como referência de consulta e estudo para os operadores do Direito, e de ampliar sua exogenia e seu reconhecimento na sociedade acadêmica. Através desse aprimoramento, busca-se aumentar sua nota de qualificação na QUALIS/CAPES, bem como sua inscrição nas bases de dados da Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal (Redalyc), da Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM).

Reforçamos que, para atender aos parâmetros internacionais de qualidade editorial, somente será aceita a submissão de artigos inéditos, ou seja, os artigos enviados à Revista De Jure não podem ter sido publicados em nenhuma de suas versões nem estar simultaneamente submetidos, com finalidade de publicação, em outro periódico, ou mesmo em meio

eletrônico. Outrossim, recebidos os artigos, passam eles por uma revisão cega de pares. O empenho de que se revestem as alterações, a fim de que a Revista De Jure se insira na Redalyc, há de justificar-se, uma vez que as revistas inscritas na base de dados desta constituem destaque no

cenário acadêmico de produção científica na América Latina. E ressaltamos que, apesar dessa reestruturação, a De Jure mantém seu caráter pluralista e multidisciplinar.

Fica aqui o convite a todos para que continuem contribuindo com esta publicação por meio do envio de artigos,

comentários à jurisprudência e de peças processuais. O sucesso deve-se, principalmente, à colaboração dos estudiosos do Direito, os quais reforçam a posição da revista como legítimo espaço de discussão acadêmica.

ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES
Procurador-Geral de Justiça

*“Fica aqui
o convite a
todos para
que continuem
contribuindo
com esta
publicação”*

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ALDERICO DE CARVALHO JUNIOR

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Antes de ingressar no Ministério Público atuou como Diretor de Acompanhamento Judiciário (2006-2007) e Chefe de Gabinete (2007-2009) da Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas do Estado de Minas Gerais. A partir de 2007 foi gerente-adjunto do projeto estruturador de atendimento às medidas socioeducativas e coordenou o programa de gestão do sistema socioeducativo - GEDUC.

ANDRÉ PATARO MYRRHA DE PAULA E SILVA

Analista em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ex-Assistente Jurídico do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES

Doutorando em Direito Processual, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Diretor Acadêmico e Pesquisador/Procurador Institucional da FASPI. Pesquisador da PUC Minas: Grupo de Pesquisas de Direito, Constituição e Processo José Alfredo de Oliveira Baracho. Ex-Assessor de Juiz do TJMG. Professor de Graduação e Pós-Graduação. Experiência Docente na PUC Minas, no IEC-PUC Minas, na Faculdade Novos Horizontes, na Fundação Pedro Leopoldo e na FASPI - Belo Horizonte

CHRYSTIANE DO NASCIMENTO DE MAGALHÃES

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

DANIEL AUGUSTO DOS REIS

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor da PUC Minas, Especialista em Direito Público (PUC Minas).

DANIEL GUIMARÃES GONÇALVES

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito.

EMERSON GARCIA

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça (2005-2009). Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia - Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro da International Association of Prosecutors (The Hague - Holanda).

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Professor universitário.

FLÁVIA VIGATTI COELHO DE ALMEIDA

Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Professora da Universidade de Itaúna. Advogada.

HELENA CARVALHO MOYSÉS

Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

HENRIQUE HOFFMANN MONTEIRO DE CASTRO

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ex-Oficial da PMSC e ex-Advogado. Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho. Especialista em Segurança Pública pelas Faculdades Barddal. Bacharel em Direito pela UFMG.

IZABELLA ARTUR COSTA

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais – UFMG. Pós-Graduada em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG.

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*, 1999; *Tóxicos...*, 2001; *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*, 2007; *Segurança pública e comunidade: alternativas à crise*, 2009.

JOSÉ SÁVIO DOS REIS

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil. js_savio@yahoo.com.br

LEONARDO SILVA NUNES

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Negócios de Belo Horizonte, onde também leciona as disciplinas Direito Processual Civil, Direito Processual Constitucional e Prática Jurídica Simulada (Recursos Cíveis). Leciona disciplinas de Direito Processual Civil e Direito Processual Coletivo como professor colaborador em cursos de Pós-Graduação e preparatórios para concursos públicos. Ex-professor substituto de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Ouro Preto/MG. Advogado. leotsss@gmail.com.

LIDIANE DUARTE HORSTH

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil e em Direito Eleitoral pela PUC Minas.

LUCIANA PERPÉTUA CORRÊA

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais, com atuação no Tribunal do Júri da Comarca de Uberlândia.

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Ciências Naturais pela Universidade Federal de Ouro Preto. Concluinte da especialização em Ambiente, Sustentabilidade e Educação na Universidade de Évora, Portugal. Pesquisador filiado à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Professor no Centro de Atualização em Direito/Universidade Gama Filho.

MARÍLIA MARIANO DE LIMA FLECHA

Mestre em Administração Pública. Pesquisadora da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro.

MARILUCE DAS GRAÇAS DE LIMA REIS

Especialista em Gestão Pública. Analista em Educação da Secretaria de Estado da Educação de MG.

MÁRIO FROTA

Fundador e Primeiro Presidente da AIDC - Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador e Presidente da APDC - Associação Portuguesa de Direito do Consumo. Diretor do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo. Presidente do Conselho Diretor da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.

PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA

Advogado especialista em Direito Público. Professor de Direito Administrativo do Centro de Ensino Técnico para Profissionais do Trânsito - CENTEC.

SIMONE QUEIROZ DA SILVEIRA HIRASHIMA

Fonoaudióloga pelas Faculdades Metodistas Integradas Izabela Hendrix. Arquiteta e Urbanista. Especialista em Engenharia Sanitária e Meio Ambiente e Mestre em Ambiente Construído e Patrimônio Sustentável pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutoranda em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

1 ASSUNTOS GERAIS

Doutrina Internacional • Ensaio

- 25 | 54 **M**UNICÍPIOS PORTUGUESES
E PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES
Mário Frota

Doutrina Nacional • Artigo

- 55 | 101 **F**UNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA EXECUÇÃO
FISCAL E DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA
CONSTITUTIONAL BASIS OF TAX FORECLOSURE
AND OF FORECLOSURE AGAINST THE TREASURY
Charley Teixeira Chaves

Diálogo Multidisciplinar • Artigo

- 102 | 138 **A**POSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO: ESTUDO DE
CASO DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM ATIVIDADE
LOTADOS NA SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DE
MINAS GERAIS COM REQUISITOS LEGAIS PARA APOSENTADORIA
RETIREMENT IN THE CIVIL SERVICE: CASE STUDY OF CIVIL
SERVANTS FROM THE MINAS GERAIS SECRETARIAT OF EDUCATION
WHO REMAIN ACTIVE AFTER HAVING REACHED RETIREMENT CONDITIONS
Marília Mariano de Lima Flecha
Mariluce das Graças de Lima Reis

2 DIREITO PENAL

Artigo

143 | 162 **E**XISTE UM DIREITO INFRACIONAL?

IS THERE AN INFRACTION LAW?

Alderico de Carvalho Junior

Comentário à Jurisprudência

163 | 177 **P**RINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E CRIME DE CASA DE PROSTITUIÇÃO

Henrique Hoffmann Monteiro de Castro

3 DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo

181 | 201 **A**ILEGITIMIDADE DO ART. 217-A DO CPB ANTE O CASO CONCRETO SOB A PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA

ILLEGITIMACY OF ARTICLE 217-A OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODE FOR CONCRETE CASES IN THE LIGHT OF PROCEDIMENTALISM

Felipe Faria de Oliveira

Comentário à Jurisprudência

202 | 216 **P**ROCEDIMENTO ESPECIAL DO JÚRI – NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – POSSIBILIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA EMBASAR-SE EM PROVAS PRODUZIDAS EM FASE INQUISITORIAL

Luciana Perpétua Corrêa

4 DIREITO CIVIL

Artigo

- 221 | 245** **A** “MUDANÇA DE SEXO” E SUAS
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: BREVES NOTAS
“SEX CHANGE” AND ITS JURIDICAL IMPLICATIONS: SHORT NOTES
Emerson Garcia

Comentário à Jurisprudência

- 246 | 254** **O** DIREITO À CONCEPÇÃO DERIVADO DO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E DO DIREITO DE SER FELIZ
Helena Carvalho Moysés

5 DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Artigo

- 259 | 297** **C** LÁUSULAS GERAIS E DIREITO PROCESSUAL:
EVOLUÇÃO HISTÓRICA E EFETIVIDADE
DO PARADIGMA DA JURISDIÇÃO INTERPRETATIVA
GENERAL TERMS AND PROCEDURAL LAW: HISTORIC EVOLUTION
AND EFFECTIVENESS OF THE INTERPRETATIVE JURISDICTION
Daniel Guimarães Gonçalves

Comentário à Jurisprudência

- 298 | 309** **A** IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO AMBIENTAL
Flávia Vigatti Coelho de Almeida

6 DIREITO COLETIVO

Artigo

- 313 | 356** **M**INISTÉRIO PÚBLICO E ACESSIBILIDADE: A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PARA MEMBROS E SERVIDORES COM DEFICIÊNCIA
- PUBLIC PROSECUTION SERVICE AND ACCESSIBILITY: CONCRETIZATION OF THE EQUALITY PRINCIPLE FOR PROSECUTORS AND CIVIL SERVANTS WITH IMPAIRMENT
- Daniel Augusto dos Reis*

Comentário à Jurisprudência

- 357 | 369** **A**RGUMENTOS JURÍDICOS E PREMISSAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DA POLUIÇÃO SONORA COMO CRIME AMBIENTAL
- Luciano José Alvarenga*
Simone Queiroz da Silveira Hirasbima

7 DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Artigo

- 373 | 391** **A**S AÇÕES COLETIVAS EM PORTUGAL
- CLASS ACTIONS IN PORTUGAL
- Leonardo Silva Nunes*

Comentário à Jurisprudência

- 392 | 405** **A** POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA A FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DE NATUREZA CONSUMERISTA
- Chrystiane do Nascimento de Magalhães*

8 DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Artigo

409 | 476 **A**VIDA PREGRESSA COMPATÍVEL COM A REPRESENTAÇÃO POPULAR NO SISTEMA BRASILEIRO DE INELEGIBILIDADES

PAST LIFE COMPATIBLE WITH THE OFFICE IN POLITICAL POWER IN THE BRAZILIAN INELLEGIBILITY SYSTEM

Lidiane Duarte Horsth

Comentário à Jurisprudência

477 | 491 **O**PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADA PELOS TRIBUNAIS PARA CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – CRIME DE CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR SOB O EFEITO DO ÁLCOOL

Peterson Barbosa de Oliveira

9 DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

Artigo

495 | 521 **A**S PECULIARIDADES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO MINISTERIAL NAS COMARCAS DO INTERIOR

DISTINCTIVE FEATURES OF THE WORK OF PROSECUTORS IN STATE ATTORNEY OFFICES OF SMALL TOWNS

João Gaspar Rodrigues

Comentário à Jurisprudência

522 | 527 **C**ONDUTAS CULPOSAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Izabella Artur Costa

10 DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

Artigo

531 | 551 O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION AND
THE ENFORCEMENT OF THE EFFICIENCY PRINCIPLE

José Sávio dos Reis

Comentário à Jurisprudência

552 | 561 A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO PARA A AQUISIÇÃO DE BENS SOB ENCOMENDA: POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

André Pataro Myrrba de Paula e Silva

11 NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA OS AUTORES • WRITERS' GUIDELINES

565 P_{ORTUGUÊS}

574 E_{NGLISH}

SUMÁRIO

CONTEÚDO DIGITAL - DVD ENCARTADO

O DVD ESTÁ DISPONÍVEL NA ÚLTIMA PÁGINA DESTE VOLUME.
INSIRA-O EM UM DVD PLAYER PARA VISUALIZAR A PALESTRA.
INSIRA-O EM UM COMPUTADOR PARA ACESSAR OS OUTROS CONTEÚDOS.

1 - Palestra (Vídeo Digital - Insira o Disco em um DVD Player)

“O novo Direito Civil preventivo”

Palestra proferida pelo Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais Nelson Rosenvald em 2 de agosto de 2011, no Hotel Mercure em Belo Horizonte.

2 - Penal (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)

Jurisprudências selecionadas.

3 - Processo Penal (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Medida cautelar inominada: pedido de revogação de prisão preventiva
Sylvio Fausto de Oliveira e Luciana Perpétua Corrêa
Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais

4 - Civil (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)

Jurisprudências selecionadas.

5 - Processo Civil (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Apelação cível - autorização para a interrupção da gestação de feto portador de anencefalia
Geraldo de Faria Martins da Costa
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

6 – Coletivo (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)

Jurisprudências selecionadas.

7 – Processo Coletivo (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Ação civil pública de obrigação de fazer: pedido de tutela liminar para adoção de providências concretas de melhoria do serviço público municipal de saúde

Márcio Florestan Berestinas

Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso

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

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Procedimento Administrativo: Verificação de eventual inconstitucionalidade nas Leis municipais n.ºs 2.136/2011 e 2.139/2011, que alteraram a Lei municipal n.º 1.420/2000, Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município de Viçosa.

Marcos Pereira Anjo Coutinho

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Ação Civil Pública com pedido liminar: atividade de mineração

Vinícius Alcântara Galvão, Marcos Paulo de Souza Miranda e

Carlos Eduardo Ferreira Pinto

Promotores de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

Jurisprudências selecionadas.

Técnica: Voto em Recurso Administrativo: Conflito Negativo de Atribuições

Nedens Ulisses Freire Vieira

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

11 – Informações Gerais (Arquivo digital - Insira o disco em um computador)

Normas de publicação para autores / writers' guidelines

Créditos do DVD

1

Assuntos Gerais

Doutrina Internacional
Doutrina Nacional
Diálogo Multidisciplinar
Palestra • DVD-ROM

ASSUNTOS GERAIS

DOCTRINA INTERNACIONAL

MUNICÍPIOS PORTUGUESES E PROTECÇÃO DOS CONSUMIDORES

MÁRIO FROTA

Fundador e Presidente

Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal

apdc.cedc@mail.telepac.pt

1. O interesse da Associação Nacional de Municípios

AANMP - Associação Nacional de Municípios Portugueses – solicitou parecer acerca do papel dos Municípios nas políticas de promoção dos interesses e de protecção dos direitos do consumidor.

Subjacente, o acervo normativo em vigor. Em termos prospectivos, o eventual desenvolvimento de atribuições e competências tanto à luz dos quadros vigentes como de uma sua projecção consequente e de molde a tornar efectivo um estatuto que se pretende aureolado de respeito e dignidade. Num plano de concertação e de razoabilidade do mercado do consumo.

Perante coordenadas tais, cumpre apreciar o direito posto – em termos genéricos e específicos – e desenhar um modelo que sirva em absoluto os interesses em presença e os imperativos de cidadania que cumpre preservar.

Eis os termos.

2. O parecer

2.1. O quadro normativo geral

2.1.1. O escopo da LDC - Lei de Defesa do Consumidor

A Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa do consumidor, define liminarmente:

CAPÍTULO I

Princípios gerais

Artigo 1º

Dever geral de protecção

1- Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais proteger o consumidor; designadamente através do apoio à constituição e funcionamento das associações de consumidores e de cooperativas de consumo, bem como à execução do disposto na presente lei.

2- A incumbência geral do Estado na protecção dos consumidores pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos. (grifo nosso)

Aí se comete, como se observa, às autarquias locais, *maxime* aos municípios, a atribuição maior, qual seja a de proteger o consumidor mediante instrumentos que exemplificativamente se desenham.

2.1.2. Demais atribuições concorrentes: Estado, Regiões Autónomas e Municípios – a educação e a formação

Aos Municípios se conferem concorrentemente atribuições em domínios outros, a saber, e por extenso, os da educação e da formação aos consumidores.

Com efeito, o artigo 6º comete *expressis verbis* atribuições específicas neste particular.

Cumpre conferir:

Artigo 6º

Direito à formação e à educação

1- Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como nas acções de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.

2- Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor; designadamente através de:

a) Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;

b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;

c) Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;

d) Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.

3- Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4- Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado. (grifo nosso)

2.1.3. Os Municípios e o relevante domínio da informação para a sociedade do consumo

A informação constitui de análogo modo privilegiado domínio de intervenção dos Municípios.

A tal provê a LDC no seu

Artigo 7.º

Direito à informação em geral

1-Incumbê ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de:

a) Apoio às acções de informação promovidas pelas associações de consumidores;

b) Criação de serviços municipais de informação ao consumidor;

c) Constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de interesses dos consumidores;

d) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinados a difundir informação geral e específica;

e) Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso incondicionado.

2- O serviço público de rádio e de televisão deve reservar espaços, em termos que a lei definirá, para a promoção dos interesses e direitos do consumidor.

3- A informação ao consumidor é prestada em língua portuguesa.

4- A publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores.

5- As informações concretas e objectivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário.

De onde se extrai que aos Municípios cumpriria – em obediência estrita a uma tal prescrição injuntiva – constituir: Serviços Municipais de Informação do Consumidor, Conselhos Municipais de Consumo e Bases de Dados.

2.1.4. O acesso a uma justiça acessível e pronta como outro dos segmentos da política de consumidores em que os Municípios intervêm

Neste particular avulta ainda um outro dispositivo – o artigo 14 da LDC – que, no seu n.º 1, define uma orientação peculiar:

Artigo 14º

Direito à protecção jurídica e direito a uma justiça acessível e pronta

1- Incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objectivo de dirimir os conflitos de consumo. (grifo nosso)

Os centros de arbitragem constituem, em regra, uma estrutura orgânica que dispõe de um serviço de mediação (acessorariamente de um serviço de informação conexo à sua específica actividade) e de um tribunal arbitral, a que preside um juiz-árbitro a recrutar de entre magistrados judiciais – em efectividade de funções ou em situação de jubilação – pelo Conselho Superior da Magistratura que o indigita em cada uma das circunstâncias.

Os Municípios, por via de regra, integram as instituições-suporte e co-financiam o funcionamento do centro, de par com o Ministério da Justiça e o da Economia e Inovação, que ora detém responsabilidades no que tange à protecção dos direitos do consumidor.

Mas os Municípios, em sobreposição que importará ponderar adequadamente, co-financiam de análogo modo os julgados de paz, enquanto órgãos extrajudiciais de resolução alternativa de conflitos, que o Ministério da Justiça, através do GRAL – *Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios* –, vem promovendo em quadrícula e em cuja competência cabem os conflitos emergentes das relações jurídicas de consumo.

2.1.5. Os demais preceitos da LDC e os Municípios

Os dispositivos não enunciados nos pontos precedentes não são de todo imprestáveis: constituem normas cogentes cuja observância se impõe, sempre que os Municípios se revejam na titularidade de relações em cujo contrapolo figurem os munícipes. É esse o sentido e alcance do n.º 2 do artigo 2.º da LDC:

Artigo 2º

Definição e âmbito

1- Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.

2- Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

E aí inscreve-se, entre outros, o fornecimento dos denominados serviços públicos essenciais, tal como prescreve – em tema de protecção dos interesses económicos do consumidor – o artigo 9.º em alguns dos seus preceitos:

Artigo 9º

Direito à protecção dos interesses económicos

1- O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.

2- Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados:

a) À redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em

contratos singulares;

b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor.

3- A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais.

4- O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.

5- O consumidor tem direito à assistência após a venda, com incidência no fornecimento de peças e acessórios, pelo período de duração média normal dos produtos fornecidos.

6- É vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros.

7- Sem prejuízo de regimes mais favoráveis nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o direito de retractação, no prazo de sete dias úteis a contar da data da recepção do bem ou da conclusão do contrato de prestação de serviços.

8- Incumbe ao Governo adoptar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos.

9- Incumbe ao Governo adoptar medidas tendentes a prevenir a lesão dos interesses dos consumidores no domínio dos métodos de venda que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas apostas em contratos singulares e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de se vincularem. (grifo nosso)

E, no quadro dos serviços públicos essenciais, mister é inscrever os que resultam, afinal, da LSPE – Lei dos Serviços Públicos Essenciais, na redacção que lhe é dada pela Lei 12/2008, de 26 de Fevereiro:

Artigo 1º

Objecto e âmbito

1- A presente lei consagra regras a que deve obedecer a prestação de serviços públicos essenciais em ordem à protecção do utente.

2- São os seguintes os serviços públicos abrangidos:

- a) Serviço de fornecimento de água;*
- b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica;*
- c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados;*
- d) Serviço de comunicações electrónicas;*
- e) Serviços postais;*
- f) Serviço de recolha e tratamento de águas residuais;*
- g) Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.*

3- Considera-se utente, para os efeitos previstos nesta lei, a pessoa singular ou colectiva a quem o prestador do serviço se obriga a prestá-lo.

4- Considera-se prestador dos serviços abrangidos pela presente lei toda a entidade pública ou privada que preste ao utente qualquer dos serviços referidos no n.º 2, independentemente da sua natureza jurídica, do título a que o faça ou da existência ou não de contrato de concessão. (grifo nosso)

Ademais, importa tomar ainda em devida conta os poderes conferidos na LDC – artigos 15 e 18 – às associações representativas dos consumidores, já que aos Municípios, sempre que assumam o estatuto de fornecedores, cumpre observá-los em plenitude.

Repare-se no que estabelece o

Artigo 15º

Direito de participação por via representativa

O direito de participação consiste, nomeadamente, na audição e consulta prévias, em prazo razoável, das associações de

consumidores no tocante às medidas que afectem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos consumidores.

E no conteúdo do artigo enunciado em segundo lugar:

Artigo 18º

Direitos das associações de consumidores

1- As associações de consumidores gozam dos seguintes direitos:

a) Ao estatuto de parceiro social em matérias que digam respeito à política de consumidores, nomeadamente traduzido na indicação de representantes para órgãos de consulta ou concertação que se ocupem da matéria;

b) Direito de antena na rádio e na televisão, nos mesmos termos das associações com estatuto - de parceiro social;

c) Direito a representar os consumidores no processo de consulta e audição públicas a realizar no decurso da tomada de decisões susceptíveis de afectar os direitos e interesses daqueles;

d) Direito a solicitar, junto das autoridades administrativas ou judiciais competentes, a apreensão e retirada de bens do mercado ou a interdição de serviços lesivos dos direitos e interesses dos consumidores;

e) Direito a corrigir e a responder ao conteúdo de mensagens publicitárias relativas a bens e serviços postos no mercado, bem como a requerer, junto das autoridades competentes, que seja retirada do mercado publicidade enganosa ou abusiva;

j) Direito a consultar os processos e demais elementos existentes nas repartições e serviços públicos da administração central, regional ou local que contenham dados sobre as características de bens e serviços de consumo e de divulgar as informações necessárias à tutela dos interesses dos consumidores;

g) Direito a serem esclarecidas sobre a formação dos preços de bens e serviços, sempre que o solicitem;

b) Direito de participar nos processos de regulação de preços de fornecimento de bens e de prestações de serviços essenciais;

nomeadamente nos domínios da água, energia, gás, transportes e telecomunicações, e a solicitar os esclarecimentos sobre as tarifas praticadas e a qualidade dos serviços, por forma a poderem pronunciar-se sobre elas;

i) Direito a solicitar aos laboratórios oficiais a realização de análises sobre a composição ou sobre o estado de conservação e demais características dos bens destinados ao consumo público e de tornarem públicos os correspondentes resultados, devendo o serviço ser prestado segundo tarifa que não ultrapasse o preço de custo;

j) Direito à presunção de boa fé das informações por elas prestadas;

l) Direito à acção popular;

m) Direito de queixa e denúncia, bem como direito de se constituírem como assistentes em sede de processo penal e a acompanharem o processo contra-ordenacional, quando o requeiram, apresentando memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou outras diligências de prova até que o processo esteja pronto para decisão final;

n) Direito à isenção do pagamento de custas, preparos e de imposto do selo, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto;

o) Direito a receber apoio do Estado, através da administração central, regional e local, para a prossecução dos seus fins, nomeadamente no exercício da sua actividade no domínio da formação, informação e representação dos consumidores;

p) Direito a benefícios fiscais idênticos aos concedidos ou a conceder às instituições particulares de solidariedade social.

2- Os direitos previstos nas alíneas a) e b) do número anterior são exclusivamente conferidos às associações de consumidores de âmbito nacional e de interesse genérico.

3- O direito previsto na alínea b) do n.º 1 é conferido às associações de interesse genérico ou de interesse específico quando esse interesse esteja directamente relacionado com o bem ou serviço que é objecto da regulação de preços e, para

os serviços de natureza não regional ou local, exclusivamente conferido a associações de âmbito nacional.

Registe-se que nem sempre se tem presente o que se plasma nos incisos transcritos, designadamente no que tange à formação do preço dos produtos e serviços essenciais, tal como a lei os caracteriza. O que, por direitas contas, representa grave lesão dos interesses dos munícipes-consumidores, cujo ordenamento padece de uma concretização factual mercê das fragilidades do quadro associativo e de um olhar mais circunspecto sobre a tectura normativa de que se procurou oferecer uma perspectiva genérica nos dispositivos em destaque.

2.2. O quadro normativo específico

2.2.1. A Lei de Transferência de Atribuições e Competências para os Municípios

De entre as *atribuições* cometidas aos *municípios* pela Lei 159/99, de 14 de Setembro, figuram as inerentes à promoção dos interesses e à protecção dos direitos do consumidor sob a fórmula concentrada de *defesa do consumidor* (alínea *m*) do n.º 1 do artigo 13).

Mas domínios há, no quadro das atribuições, que se imbricam – de modo transversal – na defesa do consumidor, em particular os que se enunciam como segue:

Ordenamento e urbanismo
 Equipamento rural e urbano
 Ambiente e saneamento básico
 Habitação
 Saúde
 Acção social
 Energia
 Transportes
 Comunicações
 Educação
 Património, cultura e ciência
 Actividades de lazer.

E, como se realça nos areópagos internacionais, a política de consumidores é algo de transversal de que se não pode deixar de curar. Sem menoscabo, é óbvio, da intervenção directa e imediata no que tange ao específico mercado de consumo cujo papel é o de prover à satisfação de necessidades implícitas, intrínsecas, como expressas, do consumidor mediante a intervenção das autoridades, sempre que tal se revele indispensável à reposição dos equilíbrios.

2.2.2. As competências específicas circunscritas aos órgãos municipais que não aos das freguesias

E no que tange especificamente a competências, o artigo 27.º, sob a epígrafe “*defesa do consumidor*”, confere aos órgãos municipais as que se compendiam nas fórmulas que se exprimem como:

- a) Promover acções de informação e defesa dos direitos dos consumidores;
- b) Instituir mecanismos de mediação de litígios de consumo;
- c) Criar e participar em sistemas de arbitragem de conflitos de consumo de âmbito local;
- d) Apoiar as associações de consumidores.

Na sua singeleza, um mundo se descobre por trás de cada um dos domínios versados.

Mas o quadro ali traçado está aquém das exigências postuladas pela própria LDC, como sem esforço se inferirá do que se consignou na parte primeira do documento.

Parece cingir-se à informação, mediação e à participação em sistemas de arbitragem (voluntária institucional), atenta a modelação de interesses em torno dos institutos a que se dá corpo.

Mas afigura-se-nos que ultrapassa a fronteira de cada um dos restritos campos a cuja invocação se recorre.

Abrange ainda, sem se tender à exaustão:

- os aspectos imbricados na educação e na formação do consumidor, tal como emerge do artigo 6.º da LDC,
- os que relevam na concertação de interesses no seio dos mercados locais mercê dos processos a debater no Conselho Municipal de Consumo que jamais se terá criado em qualquer das autarquias,
- os que entroncam no reforço da segurança em qualquer dos domínios por que o conceito se espraia – da segurança dos produtos e serviços em geral, à segurança rodoviária, passando pela segurança alimentar, em particular através do partido veterinário municipal, cuja intervenção importa incrementar.

A construção de um “novo quadro” de atribuições dos Municípios e competências dos seus órgãos.

2.2.2.1. Que atribuições cometer aos Municípios neste domínio?

Enunciem-se de modo sistemático:

- a) Definir as políticas municipais de consumo em ordem ao reforço do estatuto do consumidor;
- b) Cooperar na execução das políticas nacionais;
- c) Participar em projectos e acções de âmbito intermunicipal e nacional;
- d) Promover acções de formação permanente de consumidores e fornecedores e de divulgação e sensibilização de áreas temáticas neste domínio;
- e) Assegurar aos consumidores em geral um serviço permanente de informações, dotado de especialistas habilitados em informação para o consumo;
- f) Promover, por sua iniciativa ou em cooperação com outras entidades, a difusão de informação tanto de direitos como da genuinidade ou não de produtos e serviços, em particular os susceptíveis de afectar saúde e segurança;
- g) Eleger a segurança como área privilegiada de intervenção na cadeia alimentar;
- h) Avaliar eventuais necessidades factuais e ou normativas, carreando ao poder central propostas que visem a consecução de uma efectiva protecção;

- i) Promover a articulação e a concertação dos pares no seio do Conselho Municipal do Consumo;
- j) Estimular o associativismo mediante concessão de meios técnicos e financeiros e avaliar da sua aplicação efectiva;
- k) Exigir, fundadamente, a quaisquer entidades, informações e promover diligências tendentes à salvaguarda de interesses e direitos;
- l) Assegurar que os imperativos de promoção de interesses e de protecção de direitos se insiram na definição e execução das demais políticas municipais;
- m) Participar na definição do serviço público de rádio e televisão nas estações regionais e locais no quadro da formação e informação do consumidor;
- n) Elaborar o cadastro de fornecedores do concelho e dos serviços públicos essenciais e outros de implantação nacional;
- o) Carrear às entidades competentes denúncias e reclamações no âmbito das relações de consumo que não caibam nas atribuições do Município;
- p) Celebrar compromissos de ajustamento de conduta com agentes económicos relapsos;
- q) Apreçar as concretas hipóteses de facto suscitadas perante os Serviços Municipais e garantir a mediação dos conflitos;
- r) Garantir o acesso dos consumidores a mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Ao Município deveria ser reconhecida ainda *legitimatio ad causam* (processual como procedimental) em acções de expressão transindividual ou meta-individual quer perante órgãos de judicatura quer de entidades reguladoras no quadro direitos e interesses que lhe é lícito defender.

2.2.2.2. As competências outorgadas ao presidente da Câmara Municipal

Afigura-se-nos de articular do modo seguinte o quadro de competências do edil que presida aos destinos da Câmara Municipal:

- a) Presidir ao Conselho Municipal do Consumo;
- b) Obter de quaisquer fornecedores, mediante solicitação

fundamentada, informações indispensáveis à salvaguarda de interesses e direitos dos consumidores;

c) Emitir avisos públicos, nomeadamente através dos *media*, sempre que um qualquer produto ou serviço, na área da sua circunscrição, seja susceptível de afectar a integridade física, a saúde ou a segurança do consumidor ou os seus interesses económicos;

d) Formular recomendações aos agentes económicos locais em ordem à supressão de riscos ou perigos para a saúde, segurança ou interesses económicos dos consumidores;

e) Determinar a apreensão de produtos ou a suspensão de serviços que importem perigos ou riscos para a integridade física, saúde ou segurança do consumidor;

f) Determinar a inscrição no cadastro dos fornecedores das decisões condenatórias passadas em julgado;

g) Subscrever os compromissos de ajustamento de conduta à legalidade;

h) Aplicar coimas e sanções acessórias cominadas na lei;

i) Avaliar anualmente a operacionalidade dos serviços e determinar as correcções que as circunstâncias determinarem.

2.2.2.3. As estruturas orgânicas impostas pelo leque de atribuições daqui decorrentes

O quadro de atribuições e competências que se oferece à apreciação dos destinatários implicará necessariamente o desenho de uma estrutura orgânica que sirva os objectivos que mister será alcançar sem detença.

Daí que – na arquitectura proposta – figure em primeiro lugar um Serviço Municipal de Consumo. E, depois, um Conselho Municipal de Consumo.

a) O Serviço Municipal do Consumo que não da Informação ao Consumidor

O Serviço Municipal do Consumo (que não da informação ao consumidor, como se pretende na LDC - *a*) do n.º 1 do artigo 7.º) cumpriria as atribuições que à autarquia incumbem se, de par com uma unidade de informação ao consumidor, acrescesse outra de

gestão de reclamações e mediação dos conflitos tendente a uma *composição amigável dos litígios* (*amicabilis compositio*), e uma outra no quadro da segurança de produtos e serviços, em que a *segurança alimentar* pudesse eventualmente representar, em termos hodiernos, preocupação manifesta e de prioridade intrínseca.

Em termos ideais, curial seria houvesse ainda uma unidade susceptível de se ocupar dos temas de educação e formação para o consumo. Mercê, no entanto, de dificuldades orçamentais, talvez se pudesse relegar para o Conselho Municipal do Consumo as competências neste passo recortadas com a cooperação de professores dos ensinos básico e secundário que se submeteriam a específica formação neste domínio.

Importaria introduzir um instrumento novo – o *compromisso de ajustamento de conduta* –, análogo, aliás, ao que é brandido com eficácia no Brasil, a fim de lograr atingir, com dispensa do recurso aos tribunais ou à comissão de aplicação de coimas em matéria económica e da publicidade, resultados imediatos na recondução à legalidade de agentes económicos que actuam – episódica ou reiteradamente, à margem do ordenamento e com repercussões negativas manifestas no estatuto do consumidor.

Caberia ao Gabinete do Presidente, mediante intervenção do Serviço Municipal, celebrar compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais, no quadro das respectivas competências.

A qualquer tempo, o órgão subscritor poderia, perante novas informações ou se as circunstâncias o exigirem, rectificar ou complementar o acordo firmado, determinando as demais providências que se fizerem necessárias, sob pena de invalidade imediata do acto.

O compromisso de ajustamento de conduta conterà, entre outras, cláusulas que estipulem condições sobre: obrigação do fornecedor de adequar a sua conduta às exigências legais, no prazo ajustado; sanção pecuniária compulsória por incumprimento do que ajustado for, segundo o prudente arbítrio da entidade competente.

A celebração do compromisso de ajustamento de conduta suspenderá o curso dos autos de contra-ordenação, se houverem sido instaurados.

b) O Conselho Municipal do Consumo

O Conselho Municipal do Consumo, a que presidiria o presidente da Câmara, teria de ter a participação das associações de interesses económicos do concelho, das de consumidores, de educadores, de personalidades de reconhecido mérito e de um magistrado do Ministério Público, ante as atribuições e competências que ao Ministério Público se conferem susceptíveis de determinar a sua intervenção na tutela de interesses e direitos, sempre que em causa direitos individuais homogêneos, colectivos e difusos, tal como se recortam doutrinalmente e por empréstimo da moldura conceitual do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor do Brasil.

O Conselho Municipal do Consumo subdividir-se-ia em comissões por especialidades, nele se congregando as forças vivas e cidadãos de prestígio em distintas áreas em colaboração que os próprios agrupamentos de escolas, institutos e universidades poderiam emprestar, onde fosse o caso, para adequada valorização de tais estruturas orgânicas.

De entre as comissões, cuja formação se poderia ir preenchendo gradativamente em função das reais necessidades experimentadas, realce para as que de imediato constituiriam o núcleo duro:

- Comissão de Educação para o Consumo;
- Comissão de Informação para o Consumo;
- Comissão de Segurança de Produtos e Serviços de Consumo;
- Comissão de Segurança Alimentar;
- Comissão de Segurança Rodoviária (eventualmente).

Ao Conselho Municipal do Consumo caberá a elaboração do seu próprio regimento.

Os Serviços Municipais de Consumo assegurarão o apoio administrativo, técnico e logístico ao Conselho Municipal de Consumo e às suas comissões especializadas.

2.3. Em conclusão

1. Compulsadas atribuições e competências dos Municípios no que tange à promoção dos interesses (formação e informação para o consumo) e protecção dos direitos dos Consumidores (mediação, composição de interesses e apreciação e julgamento dos pleitos em que se envolvam os consumidores no quadro das suas relações com o mercado de consumo), em vista quer das prescrições da LDC como da Lei de Transferência de Atribuições e Competências de 14 de Setembro de 1999, é possível traçar um quadro congruente susceptível de assentar em:

- 1.1. Atribuições da Câmara Municipal;
- 1.2. Competências do Presidente da Câmara Municipal;
- 1.3. Estruturas orgânicas exigíveis.

2. De entre as atribuições da Câmara Municipal, enfoque em:

- 2.1. Definir as políticas municipais de consumo em ordem ao reforço do estatuto do consumidor;
- 2.2. Cooperar na execução das políticas nacionais;
- 2.3. Participar em projectos e acções de âmbito intermunicipal e nacional;
- 2.4. Promover acções de formação permanente de consumidores e fornecedores e de divulgação e sensibilização de áreas temáticas neste domínio;
- 2.5. Promover, por sua iniciativa ou em cooperação com outras entidades, a difusão de informação tanto de direitos como da

genuinidade ou não de produtos e serviços, em particular os susceptíveis de afectar saúde e segurança;

2.6. Eleger a segurança como área privilegiada de intervenção na cadeia alimentar;

2.7. Avaliar eventuais necessidades factuais e ou normativas, carreando ao poder central propostas que visem a consecução de uma efectiva protecção;

2.8. Promover a articulação e a concertação dos pares no seio do Conselho Municipal do Consumo;

2.9. Estimular o associativismo mediante concessão de meios técnicos e financeiros e avaliar da sua aplicação efectiva;

2.10. Exigir, fundadamente, a quaisquer entidades, informações e promover diligências tendentes à salvaguarda de interesses e direitos;

2.11. Assegurar que os imperativos de promoção de interesses e de protecção de direitos se insiram na definição e execução das demais políticas municipais;

2.12. Participar na definição do serviço público de rádio e televisão nas estações regionais e locais no quadro da formação e informação do consumidor;

2.13. Elaborar o cadastro de fornecedores do concelho e dos serviços públicos essenciais e outros de implantação nacional;

2.14. Carrear às entidades competentes denúncias e reclamações no âmbito das relações de consumo que não caibam nas atribuições do Município;

2.15. Celebrar compromissos de ajustamento de conduta com agentes económicos relapsos;

2.16. Apreciar as concretas hipóteses de facto suscitadas perante os Serviços Municipais e garantir a mediação dos conflitos;

2.17. Garantir o acesso dos consumidores a mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

3. As competências a outorgar ao presidente da Câmara Municipal dispor-se-ão como segue:

- 3.1. Presidir ao Conselho Municipal do Consumo;
- 3.2. Obter de quaisquer fornecedores, mediante solicitação fundamentada, informações indispensáveis à salvaguarda de interesses e direitos dos consumidores;
- 3.3. Emitir avisos públicos, nomeadamente através dos *media*, sempre que um qualquer produto ou serviço, na área da sua circunscrição, seja susceptível de afectar a integridade física, a saúde ou a segurança do consumidor ou os seus interesses económicos;
- 3.4. Formular recomendações aos agentes económicos locais em ordem à supressão de riscos ou perigos para a saúde, segurança ou interesses económicos dos consumidores;
- 3.5. Determinar a apreensão de produtos ou a suspensão de serviços que importem perigos ou riscos para a integridade física, saúde ou segurança do consumidor;
- 3.6. Determinar a inscrição no cadastro dos fornecedores das decisões condenatórias passadas em julgado;
- 3.7. Subscrever os compromissos de ajustamento de conduta à legalidade;
- 3.8. Aplicar coimas e sanções acessórias cominadas na lei;
- 3.9. Avaliar anualmente a operacionalidade dos serviços e determinar as correcções que as circunstâncias determinarem.

4. Estruturas orgânicas a criar ou a recriar ante a fisionomia actual de determinadas autarquias:

- 4.1. Serviços Municipais de Consumo com unidades de:
 - 4.1.1. Informação ao consumidor;
 - 4.1.2. Gestão de Reclamações, Mediação e Composição de Interesses;
 - 4.1.3. Segurança de Produtos e Serviços de Consumo.

4.2. Conselho Municipal do Consumo com comissões especializadas:

4.2.1. Comissão de Educação para o Consumo;

4.2.2 Comissão de Informação para o Consumo;

4.2.3. Comissão de Segurança de Produtos e Serviços;

4.2.4. Comissão de Segurança Alimentar;

4.2.5. Comissão de Segurança Rodoviária (eventual).

O modelo preconizado é susceptível de adaptações e naturalmente que – face à dimensão e à natureza, entre outros, dos municípios rurais – poder-se-á estabelecer uma estrutura orgânica *multi ou intermunicipal*, conquanto o Conselho Municipal do Consumo deva ter essa mesma dimensão – município por município, à dimensão do próprio município.

3. O anteprojecto de diploma

A preocupação foi a de condensar o mais possível o texto do anteprojecto para corresponder às exigências da concisão, da clareza e da simplicidade.

A edição de 21 de Março corrente do Expresso é explícita (artigo Sopas de letras, de Cristina Figueiredo) em apontar defeitos à má concepção das leis portuguesas na sua prolixidade e incompreensão das molduras linguísticas.

Tal crítica – que os legistas dirigem habitualmente aos textos de lei portugueses – não colherá decerto neste particular.

Trata-se, porém, de um mero borrão sobre que se introduzirão as correcções que as distintas perspectivas de quem está no terreno recomendarão ou imporão.

3.1. Justificação de motivos

A Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, cometeu aos Municípios atribuições no domínio da protecção do consumidor e no quadro da educação, formação e informação para o consumo.

Na Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, figuram, de entre as atribuições cometidas aos Municípios, as inerentes à promoção dos interesses e à protecção dos direitos do consumidor sob a fórmula condensada de “defesa do consumidor”.

E aí se recortam:

- a) Promover acções de informação e defesa dos direitos dos consumidores;
- b) Instituir mecanismos de mediação de litígios de consumo;
- c) Criar e participar em sistemas de arbitragem de conflitos de consumo de âmbito local;
- d) Apoiar as associações de consumidores.

A despeito das directrizes normativas que precedem, o actual panorama dos Municípios no plano da promoção dos interesses como no da protecção dos direitos do consumidor impõe distinta definição e enquadramento, razão determinante da intervenção legislativa a que ora se procede.

Define-se conceitualmente a intervenção dos Municípios na promoção dos interesses, a saber, na educação, formação e informação para o consumo como no quadro da protecção dos direitos mediante a mediação dos conflitos e no estabelecimento de condições que propiciem a resolução célere, segura e não onerosa dos conflitos de consumo em que se envolvam os consumidores.

Definem-se as atribuições dos Municípios com o pormenor exigível para que se delimitem os campos de actuação.

E aí figuram, pela vez primeira, a definição das políticas municipais de consumo, em uma perspectiva integrada, já que se imbricam – de modo transversal – na “defesa do consumidor” políticas como a do ordenamento e urbanismo, equipamento rural e urbano, ambiente e saneamento básico, habitação, saúde, acção social, abastecimento de água, energia, transportes, comunicações, educação, cultura e ciência e actividades de lazer, de entre as atribuições que se inscrevem na Lei de Transferência de Atribuições e Competências de 14 de Setembro de 1999.

A cooperação, porém, na execução das políticas nacionais – em homenagem ao sumo bem dos cidadãos/consumidores – é imperativo que não pode deixar de se consignar.

E bem assim a participação em projectos e acções quer de âmbito nacional, quer regional, quer ainda intermunicipal.

O objectivo primacial, porém, é o de dotar os municípios – em articulação que pontualmente se definirá no quadro dos Municípios ou Associações de Municípios – de um serviço de informação suficiente, competente e polivalente no que tange aos domínios do consumo, informação que obviamente se não conterà nos estreitos limites dos direitos do consumidor plasmados em diplomas legais.

Assume ainda particular relevo a formação dos consumidores em geral, missão que incumbe aos municípios, de harmonia com o que emerge do artigo 6º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, e em que se não regista uma intervenção sistemática, efectiva e real, mesmo nos escassos municípios dotados de centros ou gabinetes de informação.

A informação para o consumo não se circunscreve, porém, à informação jurídica, cumprindo despertar capacidades técnicas no domínio das ciências do consumo em sentido lato.

Aos municípios incumbirá ainda avaliar as necessidades factuais ou normativas que se imbriquem no estatuto do consumidor de molde a carrear para o poder central as propostas tendentes a uma efectiva protecção.

Domínio que carece de consistência é o dos canais com o tecido económico e a informação pertinente para a consecução de medidas de salvaguarda.

Daí que se imponha – no quadro das atribuições – conferir-se o poder de exigir de quaisquer entidades, públicas, privadas ou de economia mista, informações que habilitem à adopção de medidas que garantam o consumidor.

Outro dos aspectos em que aos municípios cumpre intervir é o da definição do serviço público de radiodifusão áudio e audiovisual de modo a cumprirem-se os desígnios da informação ao consumidor nos *media* com implantação municipal ou intermunicipal.

Domínio particularmente relevante é o que se prende com a detenção de informação circunstanciada acerca das actividades económicas e dos estabelecimentos implantados na área dos municípios.

Constitui algo de elementar que se religa particularmente às políticas municipais de consumo.

Os sucessivos instrumentos editados pelas instâncias legiferantes da União Europeia, *v.g.*, o Regulamento 852/2004, de 29 de Abril, do Parlamento Europeu e do Conselho, apontam como relevantes os procedimentos do estilo. Donde, dever verter-se na Lei, como imperativo, a preparação de um cadastro actualizado que permita ao município saber a cada instante que actividades se desenvolvem na sua circunscrição territorial.

Ao cadastro se associa, no plano das competências, sempre que se registem violações ao estatuto do consumidor, o registo das decisões condenatórias transitadas ou passadas em julgado, insusceptíveis de recurso, pois, a fim de se ter em permanência uma radiografia do corpo económico do município ou dos municípios circum-vizinhos para eventual consulta dos consumidores interessados. Em termos comparatísticos, países há que dispõem de um tal registo que em razão da afirmada globalização asseguram publicidade *urbi et orbi* - em suporte acessível - das decisões à generalidade dos interessados, permutando informações com países terceiros.

Para além da formação e da informação, cabe aos municípios a mediação dos conflitos.

As concretas espécies de facto que excedam as suas competências serão carreadas *ex officio* às entidades competentes.

Na sequência – e se se frustrarem as diligências de mediação encetadas –, importa criar condições para que o julgamento das concretas situações de facto se promova: donde, caber aos municípios garantir o acesso a mecanismos alternativos de resolução de litígios, quer se trate de julgados de paz, quer de tribunais arbitrais de conflitos de consumo, que ao Estado incumbirá criar, em cooperação óbvia com as autarquias locais.

Ponto relevante – ainda no plano das atribuições – é o do poder da celebração de “*compromissos de ajustamento de conduta*” que noutras latitudes tão bons resultados têm proporcionado na recondução dos agentes económicos relapsos à legalidade.

Na sequência de um inquérito administrativo ou civil promovido pelos serviços municipais do consumo, com direito ao contraditório do agente denunciado ou reclamado, se se verificar que o infractor se predispõe a cumprir as prescrições legais, firmará com o município um termo de ajustamento de conduta pelo qual conformará a sua actuação de futuro.

Ter-se-á de prever a hipótese de, em caso de incumprimento do “compromisso de ajustamento de conduta”, o infractor se obrigar ao pagamento de um montante diário, uma sorte de “*astreinte*”, de sanção pecuniária compulsória, de resto, prevista já no artigo 829-A do Código Civil. E que na hipótese das condições gerais dos contratos / cláusulas abusivas o DL 446/85, de 25 de Outubro, também prevê no seu artigo 33. Trata-se de um mecanismo eficaz que visa a subtrair um sem número de feitos dos tribunais ou, se for o caso, das comissões de aplicações de coimas, com apreciável economia de meios e um ror de vantagens que permitem uma real aproximação entre os relapsos e a Administração local. Os consumidores colherão decerto os reflexos da introdução de um tal procedimento.

Há propostas para que, em determinados domínios, se dote o Ministério Público de atribuições semelhantes.

Com inenarráveis vantagens sobretudo em segmentos em que a inútil reprodução de meios processuais, como no caso das condições gerais dos contratos, anteciparia de anos as decisões judiciais.

Outorgam-se sequencialmente competências aos municípios.

No plano das competências, susceptíveis, aliás, de se articularem entre Municípios e Associações de Municípios, em termos gerais, conferem-se especificamente as que permitam:

- obter informações dos fornecedores – quer se trate de entidades públicas, privadas ou de economia mista – que se revelem indispensáveis à salvaguarda de interesses e direitos dos consumidores: os municípios terão, porém, de fundamentar devidamente o pedido.

Caberá ainda aos municípios emitir avisos públicos, em particular através dos *media*, em ordem à salvaguarda de direitos e interesses dos consumidores, quaisquer que sejam – das saúde e segurança aos interesses económicos.

Nesta linha, a formulação de recomendações cabe de análogo modo, por forma a aplanar dificuldades no quadro das relações de consumo e da oferta disponível no mercado.

Avultam ainda, no plano de que se trata, competências para determinar a apreensão de produtos e suspensão de serviços – na área restrita dos municípios e / ou associações de municípios – que representem perigo ou risco para os consumidores, desde que fundadamente – desde os produtos primários a outros em circulação no mercado destinados ao consumo.

É ainda competência do município, como noutro passo se assinalou, a inserção no cadastro de fornecedores das decisões condenatórias passadas em julgado, como forma de auxiliar os consumidores nas suas próprias decisões negociais.

Ademais, firmar compromissos de ajustamento de condutas, como forma de garantir a recondução à legalidade de agentes económicos relapsos (e, quiçá, contumazes) também se inscreve na competência própria dos Municípios.

Relevante é ainda o conferir-se aos Municípios *legitimatío ad causam* (legitimidade processual activa) para as acções colectivas (acção popular e acção inibitória), previstas nas Leis 83/95, de 31 de Agosto, e 24/96, de 31 de Julho, sempre que em causa se achem interesses individuais homogéneos, colectivos e difusos que importem directamente aos consumidores, enquanto tais.

A Direcção-Geral do Consumidor e o Ministério Público detêm uma tal legitimidade e, paralelamente, quadrará bem que aos Municípios se reconheça e atribua para que possam intervir judicialmente sempre que os casos e as circunstâncias o requeiram.

Trata-se, afinal, de definir, alargando, os campos de intervenção dos municípios e associações de municípios no peculiar domínio da promoção dos interesses e no da protecção dos direitos do consumidor.

Com um tal quadro de atribuição e competências restitui-se aos Municípios o papel que lhes cabe em termos de concorrer, a seu nível, para a protecção que lhe incumbe e que a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, de forma genérica já reconhecia.

Artigo 1º

Dever geral de protecção

1. Ao Município incumbe a promoção dos interesses e a protecção dos direitos do consumidor.

2. O Município provê à formação do consumidor mediante:

- a) Participação na promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados de consumo;
- b) Cooperação em programas e actividades de educação para o consumo, nomeadamente nos ensinos infantil, básico e secundário;

c) Promoção de acções de educação permanente, de formação e sensibilização para os consumidores em geral.

3. O Município veicula a informação ao consumidor, entre outros meios, através de:

- a) serviço municipal do consumo;
- b) bases de dados e arquivos digitais de direito do consumo de acesso incondicionado.

Artigo 2º

Atribuições

1- Os municípios dispõem neste domínio das seguintes atribuições:

- a) Definir as políticas municipais de consumo em ordem ao reforço do estatuto do consumidor;
- b) Cooperar na execução das políticas nacionais;
- c) Participar em projectos e acções de âmbito intermunicipal e nacional;
- d) Promover acções de formação permanente de consumidores e fornecedores e de divulgação e sensibilização de áreas temáticas neste domínio;
- e) Assegurar aos consumidores em geral um serviço permanente de informações, dotado de especialistas habilitados em informação para o consumo;
- f) Promover, por sua iniciativa ou em cooperação com outras entidades, a difusão de informação tanto de direitos como da genuinidade ou não de produtos e serviços, em particular os susceptíveis de afectar saúde e segurança;
- g) Eleger a segurança como área privilegiada de intervenção na cadeia alimentar;
- h) Avaliar eventuais necessidades factuais e ou normativas, carreando ao poder central propostas que visem a consecução de uma efectiva protecção;
- i) Promover a articulação e a concertação dos pares no seio do Conselho Municipal do Consumo;
- j) Estimular o associativismo mediante concessão de meios técnicos e financeiros e avaliar da sua aplicação efectiva;
- k) Exigir, fundadamente, a quaisquer entidades, informações e promover diligências tendentes à salvaguarda de interesses e direitos;

- l) Assegurar que os imperativos de promoção de interesses e de protecção de direitos se insiram na definição e execução das demais políticas municipais;
- m) Participar na definição do serviço público de rádio e televisão nas estações regionais e locais no quadro da formação e informação do consumidor;
- n) Elaborar o cadastro de fornecedores do conselho e dos serviços públicos essenciais e outros de implantação nacional;
- o) Carrear às entidades competentes denúncias e reclamações no âmbito das relações de consumo que não caibam nas atribuições do Município;
- p) Celebrar compromissos de ajustamento de conduta com agentes económicos relapsos;
- q) Apreciar as concretas hipóteses de facto suscitadas perante os Serviços Municipais e garantir a mediação dos conflitos;
- r) Garantir o acesso dos consumidores a mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Artigo 3º

Competências dos órgãos municipais

Compete ao presidente da câmara municipal:

- a) Presidir ao Conselho Municipal do Consumo;
- b) Obter de quaisquer fornecedores, mediante solicitação fundamentada, informações indispensáveis à salvaguarda de interesses e direitos dos consumidores;
- c) Emitir avisos públicos, nomeadamente através dos media, sempre que um qualquer produto ou serviço, na área da sua circunscrição, seja susceptível de afectar a integridade física, a saúde ou a segurança do consumidor ou os seus interesses económicos;
- d) Formular recomendações aos agentes económicos locais em ordem à supressão de riscos ou perigos para a saúde, segurança ou interesses económicos dos consumidores;
- e) Determinar a apreensão de produtos ou a suspensão de serviços que importem perigos ou riscos para a integridade física, saúde ou segurança do consumidor;
- f) Determinar a inscrição no cadastro dos fornecedores das decisões condenatórias passadas em julgado;
- g) Subscrever os compromissos de ajustamento de conduta à legalidade;

- h) Aplicar coimas e sanções acessórias cominadas na lei;
- i) Avaliar anualmente a operacionalidade dos serviços e determinar as correcções que as circunstâncias determinarem.

Artigo 4.º

Estruturas orgânicas

1. Criar-se-ão serviços municipais de consumo com valências, entre outras, na informação, gestão de reclamações e mediação de conflitos e segurança de produtos e serviços de consumo.
2. Constituir-se-ão conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e de consumidores, docentes dos diferentes graus e ramos de ensino, especialistas de distintas áreas e personalidades de reconhecido mérito, podendo subdividir-se em comissões especializadas.
3. As estruturas adaptar-se-ão ao perfil dos municípios.

Eis, pois, o que se afigura de considerar.

Praza a Deus que do projecto à obra não diste um abismo...

(autor convidado)

DOI: 10.5935/1809-8487.20120001

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS
DA EXECUÇÃO FISCAL E DA EXECUÇÃO
CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

**CONSTITUTIONAL BASIS OF TAX FORECLOSURE
AND OF FORECLOSURE AGAINST THE TREASURY**

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES¹

Diretor acadêmico Faculdade São Francisco de Piumhi, Brasil
charleychaves@hotmail.com

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido com o objetivo de compreender a Execução Fiscal e a Execução contra a Fazenda Pública, nos moldes democráticos implantados pela Constituição de 1988, abrangendo a importância do devido processo constitucional em sua expansividade Constitucional. O procedimento executivo, apesar da sua variabilidade em face aos demais procedimentos, não retira a incidência do devido processo constitucional. Assim, seria incorreto falar que no procedimento executivo não se aplica o princípio do contraditório, bem como os da ampla defesa e da isonomia. A própria Constituição não faz distinção entre Processo e Procedimento, também não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo, consoante se lê do art. 5º, LV, da CR/88.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório; devido processo constitucional; Execução Fiscal e Execução contra a Fazenda Pública.

¹ Outras informações: <<http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>>

ABSTRACT: This article was developed with the aim of understanding foreclosure against Tax and Public Finance, in the manner implemented by the democratic Constitution of 1988, covering the importance of Due Process Constitutional its expansiveness. The foreclosure procedure, despite its variability, in relation to other procedures, does not cease the incidence of the Constitutional Due Process. Thus, it would be incorrect to say that the foreclosure procedure shall not be applied in the principles of the contradiction, adversarial system, the legal defense and equality. The Constitution itself makes no distinction between proceedings and procedures. The legislator could not do it in the common law, as the article 5, subsection IV, of Brazilian Constitution reads.

KEY WORDS: Contradictory; due constitutional process; performance: Audit and foreclosure against the State.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo constitucional. 2.1. O devido processo constitucional. 2.2. Mitigações e exceções do contraditório e da isonomia. 3. Execução fiscal e execução contra a Fazenda Pública. 3.1. Especificidades da cognição na execução? 3.2. Prerrogativas e privilégios inconstitucionais. 3.3. Execução contra a Fazenda Pública. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Inúmeras são as confusões e os privilégios ocorridos nos “processos” executivos Fiscal e contra a Fazenda Pública, em face de uma incompreensão da importância da Constituição da República de 1988, que implantou o modelo democrático participativo e expansivo a todo o ordenamento jurídico. Deixa-se claro que não há a intenção de se esgotar aqui todo conhecimento que merece o tema, pois, pelo fato de o trabalho em pauta se tratar de artigo acadêmico, não alcançaremos esse fim, tendo em vista que muitos dos temas aqui presentes poderiam se transformar em dissertações ou até mesmo em teses.

Verifica-se que, quando a Fazenda é “autora” do Procedimento Executivo Fiscal, ela abarca inúmeros privilégios desproporcionais,

porém, quando “ré”, ocorre o inverso, há em seu favor um protecionismo injustificado que merece críticas epistemológicas. “Perceptível que nenhuma das diferenciações como econômicas, estruturais e/ou físicas do aparelhamento das instituições, justificam a disparidade entre as partes”. (CHAVES, 2011, p. 1.122).

Todo esse trabalho fora desenvolvido com o objetivo de compreender a Execução Fiscal e a Execução contra a Fazenda Pública, nos moldes democráticos implantados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), abrangendo a importância do Devido Processo Constitucional em sua expansividade Constitucional.

Também é importante a distinção feita por Elio Fazzalari entre Processo e Procedimento, a qual nos auxiliará para expurgar equívocos seculares.

Ressalta-se que este estudo não se fecha em conceito imutável, que poderá ser refutado ou auxiliar os operadores do Direito numa nova perspectiva, qual seja, a do Devido Processo Constitucional. Observa-se, novamente, que não é nossa pretensão analisar detalhadamente todo o procedimento executivo.

A realização deste trabalho também se justifica sob o enfoque da aplicação do Direito e das Normas Constitucionais, pois visa procurar soluções democráticas adequadas para o conflito existente entre as determinações constitucionais e a norma infraconstitucional.

2. Processo constitucional

2.1. O devido processo constitucional

Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera trouxeram três características gerais do modelo Constitucional do Processo Civil na Itália: *expansividade, variabilidade e perfectibilidade*, que refletem e colaboram para a compreensão constitucional do processo. Como alerta Leal:

Atualmente, pelas características da *expansividade, variabilidade e perfectibilidade* do processo, não há falar em Processo constitucional e outro infraconstitucional, de vez que é este forma ju-

ridicamente fundada naquele dentro de um modelo institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos que lhe são qualificativos. (LEAL, 2004, p. 50, grifo nosso).

A expansividade corresponde à supremacia da norma constitucional, na hierarquia das fontes, como vinculadora e irradiadora de toda fisionomia dos procedimentos criados pelo legislador (o Povo através dos seus representantes), como o Devido Processo Legislativo, mas sempre em harmonia com o modelo democrático constitucional. Significa dizer que a norma constitucional expande a sua vinculação ao ordenamento jurídico, pois dela se extrai a principiologia estruturante do Estado. A supremacia da norma constitucional esboça a sua imperatividade, ela é responsável pela estruturação do Estado, de suas funções e atribuições, da distribuição de competência, dos processos de elaboração das normas jurídicas, do “Processo Legislativo”, de garantias e deveres dos cidadãos e dos princípios que deverão ser afetos ao Direito (normas infraconstitucionais). Tudo isso demonstra que o campo de irradiação e o efeito validador do ordenamento jurídico imposto pela Constituição são amplos, via de consequência, expansivos.

A *variabilidade*, outra característica apontada por Andolina e Vignera (1990), imprime as diversas formas necessárias criadas pelo legislador para atender a objetivos diversos, porém, sem se distanciar do modelo constitucional. O Estado atribui sua função a diversos órgãos, outorgando competência para exercício das funções, como Legislativa, Executiva e Judicial. Nelas são inseridas uma variedade de procedimentos com finalidades particulares e próprias, mas sem se desmembrar de sua raiz, ou seja, do Devido Processo Constitucional. (CHAVES, 2008).

Importantes são os ensinamentos de Leal, os quais apontam que

[...] a jurisdição é UNA, por isso não é penal, civil, especial, comum – o procedimento é que pode apresentar características *variadas* como penal, civil, especial e o *Processo é único* para reger todos os Procedimentos. (LEAL, 2004, p. 235).

Por isso, o procedimento judicial assume categorias variáveis como: procedimento de conhecimento, de execução, cautelar, especial e extravagante (LEAL, 2004, p. 252), todos regidos, vinculados e criados pelo Devido Processo Constitucional, que é sempre jurisdicional.

Verifica-se que o procedimento executivo, um dos temas deste trabalho, apesar da sua variabilidade em relação a outros, qual seja, a de satisfação de direitos acertados, não retira a incidência do Devido Processo Constitucional. Assim, é incorreto afirmar que no procedimento executivo não se aplica o princípio do contraditório, bem como os da ampla defesa e da isonomia.

Assim, a característica da *perfectibilidade* significa que a norma infraconstitucional deve-se adequar ao modelo constitucional. Isso retira qualquer tentativa inconstitucional de criar leis que contrariem a Constituição. Todos os procedimentos devem-se adequar (aperfeiçoar) à estrutura regida pelo Devido Processo Constitucional (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14-15).

Inadmissíveis são as tentativas reformistas (STRECK, 2006, p. 163.) e inconstitucionais, que pretendem adaptar a Constituição às recentes normas infraconstitucionais. Na realidade, o conteúdo da norma infraconstitucional é que deve ser adaptado ao modelo constitucional e nunca o inverso, sendo aquele sempre fiscalizado processualmente – controle preventivo – (Devido Processo Legislativo) por todos (controle difuso ou concreto).

O *Devido Processo Constitucional* corresponde, para Rosemiro Pereira Leal, à interligação do Direito Constitucional Processual – principiologia para formação eidética do processo, isto é, “*substantive due process*, princípios processualizados em sentido moderno”; agrega a procedimentalidade (procedimentalidade para operacionalizar esses princípios) e o “Direito Processual Constitucional (*procedural due process*) – procedimentos legais – expansividade – ações constitucionais e similares, procedimentos dos Códigos” (LEAL, 2004, p. 232), sendo denominados, hoje, de *devido processo legal* (conjunto de ações constitucionais para se operacionalizar em esses princípios).

O Devido Processo Legal é um meio necessário para instrumentalidade e operacionalidade desses princípios. Faz-se necessário agregar, também, uma teoria da procedimentalidade, consoante defendido por Fazzalari.² Assim, o Devido Processo Constitucional corresponde ao

[...] *substantive due process + procedural due process of law* constitucionalizados – fonte do ‘Processo Jurisdicional’ que é sempre Constitucional no Estado de Direito Democrático. (LEAL, 2004, p. 232)

Lembra ainda Leal que o Processo não é apenas um agrupamento de princípios (se fosse só princípio seria apenas um instituto), mas um agrupamento de outras operacionalidades, como o direito ao advogado, ‘Devido Processo Legal’ (agrupamento de institutos e princípios), acesso à Jurisdição³ ou ao Direito⁴. Portanto, o processo designa uma:

² A compreensão do procedimento, dentro da ótica do Processo como procedimento em contraditório, passa a ser entendida como sequência de atos preparatórios de um provimento; aqui se incluem provimento judicial, legislativo e administrativo. O princípio constitucional do contraditório é visto como garantidor da lógica argumentativa explanada no processo discursivo e que legitima a decisão enquanto decisão participada. Com efeito, mostra-se incompatível a decisão isolada, fruto da consciência do magistrado e ligada a valores subjetivos como quer a escola instrumentalista. “Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor” (LEAL, 2002, p. 27.)

³ Corresponde ao acesso à atuação dos conteúdos da lei e não à atuação pessoal dos juízos ou dos agentes Estatais. Legitima-se pela compreensão do que seja isonomia. “O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia, que são a isotopia, a isonomia e a isocrítica em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos na interpretação da lei (isomenia) e igualdade de todos para criar, alterar ou substituir a lei (isocrítica)” (LEAL, 2004, p. 72.)

⁴ Interessante é a expressão adotada pelo processualista Fernando Horta Tavares, que, ao utilizar “Acesso ao Direito” ao invés de “Acesso à Justiça”, utilizou uma justificativa convincente; argumentou que a expressão “Acesso ao Direito” “se enquadra melhor à ideia do Estado de Direito calcado na observância do Princípio da Reserva Legal como norteador das relações jurídicas”. E prossegue explicando que “Acesso ao Direito” deve ser “entendido como o conjunto de princípios estruturados constitucionalmente para garantir não só o acesso do Cidadão aos tribunais e demais órgãos estatais como também e, além disso, que este direito se exerce segundo o conteúdo definido pelos demais princípios configuradores do Devido Processo”. (TAVARES *apud* OLIVEIRA; MACHADO, 2009, p. 266).

[...] instituição constitucionalizada que se define pela conjunção dos princípios jurídicos da ampla defesa, da isonomia, do contraditório e do instituto do devido processo legal, para assegurar a produção, o exercício, o reconhecimento ou a negação de direitos alegados e sua definição pelos *provimentos* nas esferas Judiciárias, Legislativa e Administrativa. (LEAL, 2004, p. 220).

Nesse diapasão, a produção, a atuação e a aplicação do direito na democracia só se validam no espaço estatal discursivo do Devido Processo Constitucional como o lugar de sua legitimidade originária em suas vertentes dos Devidos Processos Legislativo e Legal. (LEAL, 2002, p. 139).

2.2. Mitigações e exceções do contraditório e da isonomia

Observa-se que, como comentado alhures, os procedimentos executivo fiscal e contra a Fazenda Pública são regidos pelo Devido Processo Constitucional, conquanto observada sua variabilidade, que não pode nunca contrariar a Constituição.

O princípio do contraditório preexiste no procedimento executivo, sendo inadmissível qualquer redução, exceção, mitigação ou exclusão. As normas infraconstitucionais devem adaptar-se ao modelo constitucional, evitando-se que sejam instituídos privilégios em favor de uma das partes.

Não se pode deixar de afirmar que não existe cognição no “processo” de execução, porém, em face das suas peculiaridades, a cognição será mais restrita do que acontece no procedimento de conhecimento. Madeira destaca que:

Não obstante se consiga perceber a presença da cognição nos processos de execução e cautelar, a atividade cognitiva é bem menos notada nessas duas modalidades, haja vista as suas peculiaridades. (MADEIRA, 2008, p. 201).

A desculpa de não existir contraditório na execução fiscal deve-se ao fato de o Direito já estar pré-acertado (jurissatisfativa), é o mesmo que ignorar a compreensão do que representa tal princípio.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a condizente oportunidade de igualdade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

Contudo, cabe distinguir uma confusão que obscurece a compreensão do contraditório e do seu conteúdo, como bem explica Gonçalves, *in verbis*:

O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o seu conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, ou seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. (GONÇALVES, 2001, p. 127, grifo nosso).

Não se realiza o contraditório pelas peças gráficas encaminhadoras de pretensão e de resistência. A garantia de participação se funda na liberdade,

[...] não é a contestação gráfica o ato de excepcionar expressamente a ação do autor, mas a liberdade de as partes desdizerem ou não, de resistirem ou não, a pretensões divergentes. (LEAL, 2005, p. 44).

Por oportuno, pede-se vênia para se discordar daqueles que, mesmo defendendo a presença de contraditório na execução, fazem-no de forma reduzida ou atenuada. O contrário senso afirma que o contraditório é amplo, trata-se de igualdade de oportunidade no procedimento e não é necessário que se fale da imprescindibilidade da discussão do seu conteúdo material para materializá-lo. O contraditório ultrapassa as expectativas de discussão sobre determinado conteúdo, “podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem” (LEAL, 2004, p. 167); efetiva-se, assim, a garantia do contraditório, exercido pela liberdade de manifestar-se ou não, logicamente respondendo pelo ônus processual de seus atos.

O juiz tem o dever de informar e de garantir que a informação seja dada, para que a parte, querendo, possa intervir. E quando se diz querendo, pretende-se realçar que *a parte jamais poderia ser obrigada a vir praticar os atos processuais que lhe são destinados, podendo optar por suportar os eventuais ônus de sua omissão*. (GONÇALVES, 2001, p. 162, grifo nosso).

O contraditório é a garantia da participação das partes, não qualquer participação, mas aquela em simétrica igualdade de armas, e é a garantia da qual usufruem as partes, pois estão em jogo os interesses delas. Apesar de conflitantes, como muito bem resume Fazzalari, são as partes, os “interessados e os contra-interessados”⁵, os únicos sujeitos do processo que serão atingidos na universalidade de seus direitos, de forma imperativa, através do provimento final. Por isso, a instituição de diferenciação não pode ser construída pelo legislador ordinário; mesmo criados por lei, os privilégios e as prerrogativas, conferidos legalmente para a Fazenda Pública, devem ser adaptados ao Devido Processo Constitucional.

Muitos acreditam que o contraditório se realiza apenas via Embargos de Devedor, processo autônomo, na expressão de Liebman, ação incidente (2003). Veja que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não delimitou a qual processo (leia-se procedimento) deve ser assegurado o contraditório. Na verdade, a partir da leitura do art. 5º, LV, CR/88 se extrai a presença do contraditório em todos os processos, inclusive no executivo. Assim, tal artigo expressa os seguintes dizeres: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*”. Por conta da Constituição da República o exercício do contraditório é imprescindível em todo processo, tanto no executivo quanto no administrativo, e não apenas por “ação” de embargos ou impugnação (cumprimento de sentença) fora da execução, mas de forma “endoprocessual”, isto é, dentro do procedimento executivo. O contraditório é facultativo para as partes, mas obrigatório para

⁵ Para Fazzalari o procedimento é o Gênero do qual o processo é Espécie. Tem o processo o marco identificado no contraditório, na sua ausência preexiste apenas o gênero, o procedimento. Cf. Fazzalari (2006, p. 120-121). Nesse sentido, Gonçalves (2001, p. 129-130).

todos os procedimentos, representando, assim, um dever do julgador em garanti-lo.

O Estado, através de um suposto interesse público, cria situações de inferioridade do particular em relação a si, o que é admitido dentro do paradigma democrático. Ainda se compreende igualdade como uma fórmula “aritmética”, na qual a igualdade serve para se igualarem os iguais e se desigualarem os desiguais.

O direito deve ser assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento sem disparidade. Estas são as salutares críticas apontadas por Leal:

A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento. (LEAL, 2008, p. 98).

Por seu turno, o legislador preferiu criar um procedimento próprio para cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública, que na realidade é uma execução por quantia certa, porém regulada pela Lei nº 6.830/80, “traçando regras próprias, algumas que desproporcionalmente beneficiam o Fisco e que, por isso, devem ter sua constitucionalidade examinada com rigor”. (WAMBIER, 2002, p. 413).

A rigor, a eliminação desses privilégios é essencial para se adequar o processo ao postulado constitucional do art. 5º, CR/88. (CHAVES, 2011, p. 1.122).

O legislador não pode criar parâmetros que tenham como diferencial o interesse público. O Direito só encontra legitimidade se produzido no recinto do processo, caso contrário, ele é ilegítimo. No Estado Democrático não se trabalha direito inato, tem-se direito a partir do momento em que uma legislação cria esse direito. Eles não brotam

de uma subjetividade e não são direitos que reconhecem uma subjetividade prévia da existência deste direito, porque o recinto da criação do direito é o processo. (CHAVES, 2008).

São esclarecedoras as palavras de Leal, pois,

[...] no direito democrático, o que não é provido pelo *devido processo legislativo* fiscalizável processualmente por todos (*devido processo legal*) não é juridicamente existente. (LEAL, 2002, p. 38, grifos no original).

A Teoria do direito democrático apenas é concebida, na contemporaneidade, numa esfera de processualidade, porque a construção do direito deve se dar pelo atendimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (LEAL, 2002).

Alerta Leal (2008) que, na base constituinte do direito democrático, existe a necessidade de se implantar primeiro um regulamento da fala (texto legal), já que deve ser aprovado um texto legal para se estabelecer os critérios de formação de vontade e de opinião, não podendo haver vontades e opiniões espontâneas. Deve-se adotar a principiologia do processo para reger o debate sobre a criação de direitos. Essa criação do direito não pode vir de uma fala sábia, prodigiosa ou de um discurso vazio. A lei democrática deve passar pelo instituto do devido processo na base de sua construção.

Na teoria processual os critérios de formação de vontade e de opinião não brotam naturalmente da inteligência humana sem o peso da autoridade, do carisma e do mítico. Apenas adquiriremos uma “neutralidade deontológica” (HABERMAS, 1997) a partir do momento em que se instalar, para formação de vontades e opiniões, um critério, o do devido processo.

A Fazenda Pública tem recebido tratamento diferenciado nas duas execuções, na parte em que é interessada (execução fiscal) e na parte contra-interessada, (execução contra a Fazenda Pública) ocorrendo violação da simétrica paridade e da isonomia.

A isonomia é princípio-norma que rege a atuação dos sujeitos do processo quanto à igualdade argumentativa na formação do discurso estrutural do procedimento de produção e aplicação do direito, não se admitindo uma ISONOMIA (igualdade discursiva dos sujeitos do processo por vinculação normativa a idênticos princípios legais) que estivesse numa realidade diversa da estrutura procedimental, porque, a se *considerar uma igualdade ou desigualdade extra-sistemático-processual, esta seria psíquica, física, cultural, estética, ideológica ou econômica não isonomicamente juridificada e não acolhível no arcabouço da teoria processual do direito democrático* (processo instituinte, constituinte e constitucional de direito). (LEAL, 2005b, p. 81-82, grifo nosso).

Leal realça que

[...] em países de formação estatalista rígida, como o Brasil, o ente público ou paraestatal goza de prazos privilegiados, colocando os interesses do Estado acima dos direitos dos cidadãos, como se o Estado, com feições de Leviatã, não estivesse sob comando do ordenamento jurídico e fosse dono do destino das pessoas. (LEAL, 2008, p. 183).

Deflui-se da participação dos interessados na atividade preparatória do provimento, em simétrica paridade de armas, a construção democrática do provimento final, requisito indispensável e viabilizador da sua validade, mesmo na execução.

3. Execução fiscal e execução contra a Fazenda Pública

3.1. Especificidades da cognição na execução

Afirmou Madeira (2008), conforme citado outrora, que a cognição também se encontra no procedimento de execução. A justificativa da ausência do contraditório na execução fiscal pelo fato de o direito já se encontrar pré-acertado (jurissatisfativa) é inadequada. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a condizente oportunidade de igualdade de tratamento que se funda na liberdade de todos perante a lei. A cognição passa pelos princípios

institutivos do processo, entre eles temos o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Mostra-se perceptível que o procedimento de execução não é indiferente aos princípios institutivos.

Madeira explica o conceito atual de cognição:

No atual paradigma constitucional, a cognição pode ser conceituada como instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos. (MADEIRA, 2008, p. 213).

O procedimento de execução, de acordo com sua variabilidade, objetiva a satisfação do direito de um credor materializado por um título executivo, já que o direito foi anteriormente acertado por um procedimento de conhecimento (Título Executivo Judicial⁶), por determinação legal ou por vontade das partes (Título Executivo Extrajudicial). Ocorre que, na Execução Fiscal, a cobrança da dívida ativa⁷ alicerça-se no título executivo criado pela Fazenda Pública, ainda que o título prescindia de requisitos como o da certeza, o da liquidez e o da exigibilidade. Corrobora o entendimento Araken ao explicar que,

[...] *certo* o crédito, constante do título, quando não há dúvida sobre sua existência; *líquido*, quando insuspeito seu objeto; e *exigível*, quando inexistem objeções contra sua atualidade”. (ASSIS, 2002, p. 926)

⁶ O acerto do direito propiciará os atos executivos através da fase procedimental do cumprimento de sentença (processo sincrético).

⁷ Dívida ativa é, pois, o crédito da Fazenda Pública regularmente inscrito no órgão e feito por autoridades competentes, posteriormente ao esgotamento do prazo final para pagamento fixado por lei ou por decisão final, em processo administrativo regular. Esta dívida, regularmente inscrita, goza da presunção relativa de certeza e liquidez, que pode ser elidida por prova irretorquível a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

O art. 3º⁸ da Lei nº 6.830/80 (LEF) determina que o título executivo da execução fiscal regularmente inscrita goze da presunção de certeza e liquidez, sendo sua presunção relativa e podendo ser ilidida por prova.

A certeza do direito já acertado não é absoluta e gira em torno do título que pode ser ilidido por vícios, ausência de um dos seus atributos (certeza, liquidez e exigibilidade) entre outras situações.

Ao contrário do que ocorre com os demais títulos extrajudiciais que são formados pela manifestação de vontades das partes, daí a certeza do Direito, o título executivo extrajudicial – Certidão da Dívida Ativa (CDA) – não se constitui dessa maneira. Ele não tem como característica de sua constituição a bilateralidade, sua formação ocorre *unilateralmente*⁹, sem a participação do contribuinte devedor do tributo, resultando, assim, em uma execução inconstitucional, caso se acredite que a partir dela não se possa discutir o acerto do direito criado unilateralmente por uma das partes. Mesmo existindo procedimentos administrativos, normalmente ineficientes, não são observados princípios como do contraditório, da ampla defesa ou da isonomia, princípios “mínimos” para se dar legitimidade à formação de uma certeza do direito, já que pregamos não só princípios, mas a observância do Devido Processo Constitucional, conforme alhures comentado.

⁸ Art. 3º, Lei nº 6.830/1980: “A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite”.

⁹ “Muitos, infelizmente, ainda não se habituaram a examinar as questões jurídicas a partir da Constituição, e alguns até chegam a sustentar que constitui uma falsa questão a de saber se determinado direito tem, ou não, fundamento constitucional. Assim é a questão de saber se a Constituição Federal de 1988 assegura ao contribuinte o processo administrativo fiscal como instrumento de acerto da relação tributária. O que se quer com ela saber é se existem normas na Constituição Federal de 1988, suficientes para a configuração do direito subjetivo do contribuinte, ao processo administrativo, como instrumento de acerto de sua relação com o Estado fisco. Em outras palavras, a essa questão consiste em saber se o legislador ordinário pode suprimir, simplesmente, o processo de acerto tributário, permitindo que o lançamento do tributo se faça unilateralmente, sem participação do sujeito passivo da obrigação tributária”. MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões do processo administrativo tributário. *Estudos doutrinários*, 31 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

O título, no caso a CDA, deve obedecer a determinados elementos, sob pena de ofender os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, o artigo 2º, do § 5º ao 8º, da Lei nº 6.830/1980 (LEF), estabelece alguns requisitos:

§ 5º- O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I – o *nome do devedor, dos co-responsáveis* e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II – o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V – a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6º- *A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.*

§ 7º- O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

§ 8º- *Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.* [grifo nosso].

A transparência e a clareza são determinantes dos títulos de crédito, incluindo a CDA. Não se admite nenhuma surpresa para as partes. Os requisitos formais devem ser claros para possibilitar a ampla defesa:

Sem a consignação de dados concretos e compreensíveis, a CDA subtrai ao juiz controle do processo e, ao executado, o exercício da ampla defesa. O controle do processo, em qualquer dos seus aspectos, torna-se inviável porque os elementos fundamentais da execução fiscal são a inicial e a CDA, nos termos do art. 6º da Lei nº 6.830/80. A defesa do executado fica cerceada porque a ele são apresentados documentos que informam valores diversos daqueles que se quer cobrar ou contendo dados incompreensíveis. (CHIMENTI *et al.*, 2002, p. 64).

Como explica Theodoro Júnior: “O título estará perfeito, para fins executivos, quando tiver condições de revelar quem deve, o que deve e quando se terá de realizar o *quantum* devido”. (2004, p. 18).

Ressalta Nunes que: “o contraditório constitui uma verdadeira garantia de *não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões”. (NUNES, 2004, p. 51). Não se pode suprimir o processo de acerto tributário sem participação dos interessados.

Para tanto, o título CDA deveria refletir o que se apurou no Procedimento Administrativo:

Não pode o ente arrecadador buscar o acerto de seu crédito após ter instruído título e dado início à execução. O título executivo para ser válido, leia-se gerar presunção de liquidez e certeza, deve espelhar fielmente o que se apurou no procedimento administrativo – que a seu turno deve ter sido realizado em absoluta adstrição à lei, material, formal e, em certos casos, processual – sob pena de ineficácia da execução e nulidade do título. Se não for regular o procedimento administrativo não haverá presunção de certeza impossibilitando qualquer pretensão executória por parte do Fisco. (MARINS, 2006, p. 53).

O que nos impressiona é a possibilidade da substituição da CDA ou emenda no *iter* procedimental fiscal, consoante se lê do art. 2º, § 8º, da LEF. O art. 203 do Código Tributário Nacional repete esse privilégio dado à Fazenda Pública, permite a substituição da CDA no curso da execução fiscal [*sic*]. Assim,

[...] a CDA pode ser substituída ou emendada até o julgamento, em primeira instância, da execução ou dos embargos opostos a ela. Não havendo qualquer sentença, o limite para a substituição ou emenda da CDA é a lavratura do auto de arrematação ou adjudicação dos bens. (CHIMENTI *et al.*., 2002, p. 65).

No entanto, prevalece a ideia da formação *unilateralmente do título*, sem a participação do contribuinte devedor do tributo, resultando, assim, em uma execução inconstitucional, sem se acreditar que nela não se possa discutir o acertamento do direito criado unilateralmente por uma das partes, em observância aos princípios como do contraditório, da ampla defesa ou da isonomia, princípios “mínimos” para que se possa dar legitimidade à formação de uma certeza do Direito.

Ao permitir a substituição da certidão por uma diversa, equipara-se a alteração de um dos elementos da ação: pedido ou causa de pedir, situação que contraria os *princípios processuais*. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 26).

A tentativa de colocar um possível contraditório posterior à formação do título não legitimaria a sua substituição. “Substituída ou emendada a CDA, reabre-se para o executado um prazo equivalente a 30 (trinta) dias para a oposição de embargos à execução” (CHIMENTI *et al.*., 2002, p. 65). A surpresa já existiu. A violação do contraditório ocorreu. Fica visível que o procedimento administrativo fiscal não funciona como acertamento da relação tributária, sua substituição ou emenda podem ser feitas em juízo [*sic*]. Por isso, a imprescindibilidade da observância do contraditório e da ampla defesa.

Torna-se inadmissível concluir que o procedimento executivo fiscal seja apenas de caráter satisfativo, sem a presença do contraditório, uma dívida inquestionável via procedimento de *pura execução forçada*. Daí a razão da presunção relativa da liquidez e da certeza da CDA. Admite-se prova em contrário. Questionável é aceitar, dentro da sistemática da LEF, que a Certidão de Dívida Ativa pode ser substituída, bem como se pode admitir redirecionamento contra o sócio-gerente, mesmo que não conste o seu nome na CDA.

Outras situações ocorrem no procedimento executivo que prescindem de acerto participativo, isto é, construído de forma participada, como na avaliação e no redirecionamento de execução, em que a certeza é afetada por falta de um dos pressupostos de constituição do título.

Existem julgados, no sentido de que poderá ser redirecionada a execução contra o responsável tributário, ainda que o seu nome não conste na Certidão de Dívida Ativa (CDA). Verifica-se que a Fazenda vem pretendendo acerto a responsabilidade de terceiros ou coobrigados no procedimento executivo fiscal, “que não figuraram no processo administrativo e contra quem não se formou o título executivo, que é a Certidão de Dívida Ativa” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 38). Recordase que tanto o art. 3º como o art. 2º, § 3º, mencionam que o título CDA será apurado por órgão competente, bem como seus requisitos: liquidez e certeza. O art. 202 do Código Tributário Nacional e o art. 2º, § 5º, inciso I, da LEF colocam como requisito do termo de inscrição a individualização do devedor e corresponsáveis.

Por isso Humberto Theodoro alerta que a corresponsabilidade não pode ser uma escolha unilateral, *in verbis*:

[...] a co-responsabilidade tributária não pode, em regra, *decorrer de simples afirmação unilateral da Fazenda no curso da execução fiscal. Reclama, como é curial, apuração pelos meios legais, e só depois do indispensável acerto do fato que a tiver gerado é que a responsabilidade do estranho poderá ser havida como líquida e certa*. Isto, como é óbvio, nunca poderá ser feito depois da penhora, no *bojo da execução forçada já em curso, já que a certeza é pressuposto de admissibilidade da própria execução, devendo anteceder-lhe obrigatoriamente*. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 39, grifo nosso).

Silva Pacheco nos previne que “a falta do nome invalida o termo, equivalendo à falta de devedor conhecido e determinado” (PACHECO, 1981, p. 3). Com efeito, é necessário saber se o executado é devedor responsável, dentro da estrutura procedimental vigente pela dívida, pois prescinde de acerto anterior pelas vias cognitivas próprias.

A jurisprudência do STF tem entendido que, para viabilizar o redirecionamento da execução, mesmo que o nome do sócio responsável não conste na certidão da dívida ativa, é indispensável que a respectiva petição simplesmente descreva, como causa para redirecionar, uma das situações caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do terceiro pela dívida do executado. Mas, se já constar o nome do co-devedor no título, autoriza-se desde logo o redirecionamento¹⁰, sendo pacífico esse entendimento pelos Tribunais. Indispensável é a inscrição prévia do débito da sociedade também em nome do sócio-gerente¹¹.

Todavia a corresponsabilidade tributária, mesmo não apurada antes da inscrição da Dívida Ativa, prescinde da observância de requisitos legais, consoante se vê da leitura do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, ou seja, *resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto*. Tais requisitos não podem ser simplesmente alegados pela Fazenda, eles necessitam de acerto feito de forma participada.

Nesse sentido, já decidiu o TJMG:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. INCLUSÃO DOS SÓCIOS. ART. 135, INCISO III, CTN. LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. INOCORRÊNCIA. I – O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio da empresa, somente é cabível quando ficar demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, ou ainda na hipótese de dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada. Precedentes do STJ e TJMG. II – A mera certidão do oficial de justiça informando que não fora localizada a empresa executada no endereço indicado e/ou a não-localização de bens a penhorar não caracteriza *per se* dissolução irregular da sociedade. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.04.230648-0/001 – COMARCA DE BELO HORIZONTE.

¹⁰ BRASIL, 1982.

¹¹ Salvo, é claro, os sucessores, para quem a transmissão do débito é automática e objetiva, sem reclamar nenhum acerto judicial ou administrativo.

Depende da Fazenda a comprovação de que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, consoante determina o art. 135 do CTN:

A Primeira Seção da E. Primeira Turma/STJ, no julgamento do Resp 648624 (MG) – j. em 05.12.2006 – estatuiu ‘... entendimento no sentido de que: (a) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra *sócio-gerente* cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; (b) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; (c) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também compete ao sócio, em virtude da presunção relativa de liquidez e certeza da referida certidão’.

MINAS GERAIS. Tribunal De Justiça Do Estado De Minas Gerais. Agravo De Instrumento 1.0024.04.230648-0/001. Relator: Dês. Fernando Botelho. Belo Horizonte, 23 de outubro de 2008. Minas Gerais, Belo Horizonte, 12 nov. 2008.

No entanto, o entendimento majoritário ainda [*sic*] é que os sócios-gerentes

[...] podem ser citados – e ter seus bens penhorados – independentemente de processo judicial prévio para a verificação inequívoca das circunstâncias de fato, aludidas no art. 135, *caput*, do CTN, matéria essa que, no entanto poderá ser discutida amplamente, em embargos de executado. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 40)

Concluiu-se que contra a sociedade, não se localizando os bens desta, basta requerer o redirecionamento contra o sócio-gerente para ser citado em nome próprio, devendo a Fazenda unicamente deixar claros e precisos os requisitos que caracterizou na inicial, relegando qualquer apuração prevista no art. 135, *caput* CTN e desconsiderando o próprio título CDA como fundamentador do procedimento executivo [*sic*]. Cabe lembrar que o título CDA

representa um pressuposto processual para o desenvolvimento adequado do procedimento executório. “A CDA deve refletir de forma idônea o que se apurou no procedimento administrativo”. (MARINS, 2006, p. 53).

A inclusão do sócio-gerente (redirecionamento da execução) deve passar pelo Devido Processo Constitucional, não é possível a responsabilização automática do sócio-gerente pelas dívidas da empresa. O redirecionamento da execução deve passar pelo Devido Processo Constitucional (acertamento), comprovando o disposto no art. 135, III, do CTN, isto é, atuação com excesso de poderes, infração de lei, contrato social, estatutos ou ainda na hipótese de dissolução irregular da sociedade.

Ressalta-se que o redirecionamento da execução fiscal sem esses requisitos é passível de agravo de instrumento.

Torna-se berrante que a defesa, nesse molde, possa ser feita apenas por embargos. Ora, se o procedimento executivo é colocado como meio de acertamento para a Fazenda, nada melhor que admitir a ampla participação endoprocedimental para apurar a incidência ou não dos requisitos do art. 135 do CTN, os quais não caracterizaram ou provaram a responsabilidade dos sócios; assim não haveria certeza e o título não seria exigível. Em regra, a execução forçada não poderia cair sobre os bens daqueles cuja certeza não esteja caracterizada para se justificar qualquer satisfação. A simples inadimplência não caracteriza infração legal, mesmo porque a obrigação de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do sócio-gerente ou do diretor.

Antes, cabe esclarecer que título executivo não é requisito para o exercício do direito de ação. O direito de ação é incondicionado e garantido constitucionalmente. Mesmo sem a presença de um título, a parte terá direito “incondicional de movimentar a jurisdição”. (LEAL, 2004, p. 121). O agir em juízo, nas palavras de Aroldo Plínio,

[...] não pode se condicionar ao prévio reconhecimento da existência do direito alegado. Significa dizer que a existência do di-

reito para o qual se pleiteia a tutela pode ser confirmado ou negado pelo provimento. (GONÇALVES, 2001, p. 165).

O artigo 5º, XXXV, da CR/88, em consonância ao defendido, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do “Poder” Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Entender o redirecionamento de execução, nos moldes previstos pela Lei nº 6830/80, responsabilizando um terceiro “ou um coobrigado que não figuraram no procedimento administrativo e contra quem não se formou o título executivo”, é reduzir uma melhor compreensão da Execução Fiscal apenas para satisfação; se o responsável tributário estiver a reclamar o acerto e o título, isso não será condição para o exercício do direito de ação; admitindo-se a execução forçada sem título executivo e, consequentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar no próprio procedimento (legitimadora do procedimento e legitimada após a definição das partes), surgem, assim, os poderes, faculdades e deveres que competem ao sujeito individualizado na participação do it. do provimento. Na petição, peça gráfica encaminhadora da pretensão, é que se esgota e se opera o direito de ação, instaurando-se, assim, o procedimento. O direito de ação assegurado constitucionalmente

[...] (liberdade-legal e fundamental de ativar o juízo) abstrato, público, autônomo e irrestrito, ao contrário do que entendia Liebman, já está inteiramente exercido, podendo-se repetir em tantas ocasiões quantas forem as ações provocadas. (LEAL, 2005, p. 43).

Relata Humberto Theodoro que

[...] o devido processo legal é garantia que deve ser observada em favor de todos aqueles que venham a figurar como partes, seja no processo de conhecimento, seja no de execução”. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 50).

É preocupante para o Estado Democrático de Direito que aqueles que venham a sofrer decisões, sejam patrimoniais, sejam restritivas

de liberdade, não participem da sua formação. Se acreditássemos em procedimento sem contraditório, unilateral, com interesse apenas satisfativo, reconheceríamos a inaplicabilidade do Devido Processo Legal, presente no art. 5º, inciso LIV, que estabelece: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mesmo que o direito esteja acertado, não cabendo mais discussão, a execução forçada deve, ainda sim, primar pelo respeito e aplicação do Devido Processo Constitucional, dentro da sua *expansividade, variabilidade e perfectibilidade*, para que não ocorra agressão abusiva ao patrimônio de devedor, bem como para que se preserve a dignidade da contraparte “devedora”, não a transformando em um “acusado” sem direito a nada, a não ser pagar de qualquer forma, pois a “culpa” (inadimplência) impede que seja observada uma expropriação digna e constitucional.

Portanto, “na execução deve ser possibilitada a discussão preventiva das partes sobre qualquer questão a ser analisada [...]” (NUNES, 2004, p. 50). Nas situações em que não se obteve uma declaração de certeza ou não houve um acerto prévio, os atos procedimentais ou até a própria pretensão podem ser resolvidos, ainda que no próprio procedimento executivo, com observância do devido processo.

Entendemos, ainda, que a *penhora* não viola o Devido Processo Legal, pois sua finalidade é separar, individualizar e apreender bens para determinado ato procedimental futuro, qual seja, a desapropriação. Nas palavras de Liebman,

[...] visa também conservar os bens assim individuados na situação em que se encontram, evitando que sejam escondidos, deteriorados ou alienados em prejuízo da execução em curso. (LIEBMAN, 2003, p. 149).

Na penhora não se pode dizer que a contraparte (devedor) foi privada de seus bens sem o devido processo ou não foram “assegurados *o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. (art. 5º, IV, CF). A consequência da penhora é, “pois, meramente processual e consiste em imprimir a responsabilidade

na coisa apreendida de forma tal que a coisa continue sujeita à execução, quaisquer que sejam os atos realizados pelo executado a seu respeito”. (LIEBMAN, 2003, p. 153). A contraparte *não perde a propriedade da coisa com a penhora*, seus direitos são preservados. Obsta-se, apenas, que os bens sejam disponibilizados ou alienáveis enquanto não se finda o procedimento executório.

O problema, a nosso ver, concentra-se no depósito e na retirada do bem da “contraparte”, do exercício do uso e do gozo da coisa, sem o Devido Processo Legal, mesmo que provisoriamente. Normalmente, é nomeado o próprio executado como depositário, respondendo pelas coisas em sua custódia. O que se deve evitar, em observância do devido processo, é a expropriação do bem. Verifica-se que a penhora gera preferência à parte interessada (exequente) em face de outros credores, mas não lhe dá a propriedade, apenas o direito de levá-lo à hasta pública. Coloca-se que a penhora pode ser feita a qualquer momento do *iter* procedimental, não sendo ela condição para a observância do Devido Processo Constitucional nem garantia do juízo para o exercício dos embargos à execução, na expressão de Liebman (2003, p. 153) ação incidente do executado, sob pena de negar o princípio da ampla defesa e criar condições inexistentes para o exercício ao direito-de-ação; como comentado alhures, isso é incondicional¹².

Cabe esclarecer que o chamado *ARRESTO* (nomenclatura incorreta, deve ser chamado de *PRÉ-PENHORA*) (ASSIS, 2002, p. 585-586) trata de providência de índole cautelar. Seu fim é preservar parte do patrimônio capaz de responder pela dívida, colocando-o a salvo de desvios, ocultações, dilapidações. Realiza-se antes da citação da parte contra interessada, por conseguinte, lavra-se auto de “arresto”. A pré-penhora seguida da citação se converte em penhora.

¹² Independente da exigência contida no art. 16, § 3º, da LEE, ele defende não ser possível que se exija garantias de juízo para o exercício dos embargos do devedor. Entendemos que a penhora pode ser feita em qualquer momento do percurso procedimental, o que não pode haver é a expropriação sem conclusão do Devido Processo.

3.2. Prerrogativas e privilégios inconstitucionais¹³

Muitos dos temas aqui tratados poderiam ser alvo de dissertações ou até mesmo de teses. Dessa forma, não temos a pretensão de esgotá-los, principalmente pelo fato de este artigo se tratar de trabalho elaborado a partir de uma monografia. Assim, faremos algumas digressões sem exaurir os temas.

Nossa ênfase será em algumas análises de diferenciação, isso por motivos metodológicos e pela inviabilidade espacial, em alguns parâmetros, tendo a Fazenda Pública e o Juízo Executivo como focos primordiais, dentro das atuais previsões legais.

A Lei nº 6.860 (LEF), em seu art. 25, *caput*, ao estabelecer a intimação dos advogados das partes, exige que a intimação do representante da Fazenda seja sempre pessoal, enquanto a do executado continuará normalmente sendo feita de forma impressa; essa prerrogativa também se estende aos embargos fiscais. O despropósito do legislador em criar discriminação normativa, ferindo o princípio da isonomia e o tratamento igual das partes, fundamentado por *deficit* estrutural do Estado, não justifica tamanha diferença. O tratamento deve ser uno e é imperativo que haja observação durante todo o percurso procedimental do devido processo. Sem se considerarem os direitos fundamentais, as partes “estarão sempre em níveis de uma *desigualdade ilegal* que as impedem de debater e pretender, no espaço-tempo procedimental, direitos em condições argumentativas isonômicas” (LEAL, 2005b, p. 79).

Ao executado, no momento de substituição de bens, previsto no art. 15 da LEF, apenas é permitida a substituição dos bens em casos restritos, isto é, por depósito em dinheiro ou fiança bancária, enquanto a Fazenda é franqueada em termos amplíssimos, independente da ordem enumerada no artigo 11 da LEF. Aqui se observa a importância do Devido Processo. Pode ocorrer que a parte interessada (Fazenda) utilize a prerrogativa do art. 15 da LEF para substituir bens já penhorados proporcionais ao valor da dívida por

¹³ Inconstitucionais ou não *recepcionadas*, no caso da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

outros bens, de acordo com seu “interesse”, sem justificativa, como se ela mantivesse um “poder discricionário de escolha dos bens do devedor para garantir a execução fiscal” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 117). A substituição pela Fazenda, dos bens penhorados, ignora a ordem elencada no art. 11,¹⁴ nega a participação discursiva para construção da decisão que defere ou não a substituição e coloca outros bens do devedor em situações de risco, sendo certo que, anteriormente, tal material fora aceito e, ainda, consubstancia um entendimento no qual o juiz seria mero prolator dos pedidos da Fazenda, “uma vez que a disposição legal não faz qualquer referência à motivação do pedido ou à possibilidade de o juiz indeferi-lo”. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 117), violando o disposto no art. 93, IX, da CR/88.

Veja-se que a Fazenda tem a prerrogativa de cancelar a inscrição ilegal de Dívida Ativa, mesmo depois de ajuizada a execução, sem ônus para as partes, afrontando flagrantemente o princípio da isonomia entre elas (art. 26, da LEF), pois os motivos que ensejaram o pedido do cancelamento da inscrição de Dívida Ativa devem ser demonstrados. Esses privilégios consubstanciam o entendimento sobre os procedimentos de formação da Dívida Ativa, que são falhos, a ponto de isentar, antes da decisão de primeira instância e sem oposição de embargos, as partes, ou se deveria dizer, a Fazenda Pública. Porém a Fazenda não antecipa as despesas processuais; consoante se lê no artigo 39 da LEF, ela é isenta “do pagamento de custas e emolumentos”, no mesmo sentido verifica-se a previsão do art. 27 da CPC.

A Fazenda pode ainda substituir o título no percurso do procedimento executivo por outro título sem a participação da contraparte (executado). Como bem colocado por Araken de Assis,

[...] é admissível corrigir ou substituir o título, alterando a *causa petendi* da respectiva demanda executória. Aliás, modificar a

¹⁴ Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I – dinheiro; II – título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III – pedras e metais preciosos; IV – imóveis; V – navios e aeronaves; VI – veículos; VII – móveis ou semoventes; e VIII – direitos e ações.

certidão implica, em geral, regenerar a própria inscrição, da qual aquele é retrato fiel. (ARAKEN, 2002, p. 924-925).

Para Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 26),

[...] não se pode permitir a substituição da certidão por outra substancialmente diversa porquanto tal providência equivaleria a alterar o pedido ou a *causa petendi*, o que repugna os princípios do direito processual.

O que não se pode é admitir que a substituição prevista no art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, mesmo assegurando à contraparte a devolução do prazo para embargos, seja utilizada como mecanismo de correção da certidão “defeituosa”, já que, se ela foi constituída sem observância do Devido Processo Constitucional, já se mostra, assim, eivada de vícios e sua substituição ou emenda, unilateralmente, não corrigem defeitos que dependam da participação democrática dos seus protagonistas.

O art. 11, § 3º, da LEE, estabelece que, sempre que a Fazenda Pública requerer, o Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, em qualquer fase do processo, sem dar ao contrainteresado a oportunidade de participar do pedido de Remoção. A decisão (provimento) não pode consistir em ato isolado, legitimando-se, unicamente, a autoridade que o proferiu. Cabe às partes, em conjunto com o Juiz, a preparação do provimento e a produção das provas, em observância do contraditório.

Apenas as decisões fundamentadas, construídas com a participação dos interessados, coadunam com o modelo democrático. Por isso a fundamentação das decisões é uma garantia que se amolda, indiscutivelmente, ao paradigma do Estado de Direito Democrático.

Outro ponto que viola a garantia constitucional do contraditório corresponde à formação e à apresentação do laudo. Verifica-se que, ocorrendo a impugnação da avaliação, pelo contrainteresado,

ou pelo interessado (Fazenda Pública), antes de publicado o edital de leilão, o Juiz ouve a outra parte e nomeia avaliador oficial para proceder à nova avaliação dos bens penhorados. Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação (art. 13, § 3º, da LEF). O provimento judicial não pressupõe prévia manifestação das partes sobre o conteúdo do laudo, fazendo com que elas fiquem reféns do entendimento e da valoração do laudo dado pelo Juiz. Por ser obscura a fase de avaliação, sendo mitigada a participação na construção do laudo, apontam-se prejuízos inimagináveis à parte contraintressada, pois o art. 24, I, da Lei nº 6.830/80, outorga à Fazenda o direito de adjudicar os bens penhorados pelo preço da avaliação “antes do leilão”. Por isso a importância da avaliação com observância do contraditório, para que não ocorram manobras irreais do valor dos bens penhorados e se causem prejuízos à contraparte.

Aponta-se mais uma prerrogativa injustificada à Fazenda. Findo o leilão, à Fazenda se afigura lícito, mesmo havendo proponente vitorioso, o direito de resolver o remate, configurando-se inovadora a hipótese de “dissolução do negócio”, através do exercício do direito de preferência conferido pelo art. 24, II, “b”, no prazo de 30 (trinta) dias. Neste caso, o preço da adjudicação é o “da melhor oferta”, ou seja, equivale ao lance vitorioso. Mas para a Fazenda, mesmo havendo licitante vitorioso, o prazo do direito de preferência é de 30 (trinta) dias. Deve-se aguardar o transcurso desse prazo contado a partir da data do leilão, conforme art. 24, parágrafo único, da LEF.

Problema estrutural é a confecção e a assinatura do auto de arrematação, que será lavrado de imediato (art. 693 do CPC). Ocorrendo a assinatura, estará perfeita, acabada e irretratável a arrematação (art. 694 do CPC). Percebe-se que, em face do art. 24, parágrafo único, da LEF, deve-se aguardar a assinatura do auto de arrematação pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que possa a Fazenda manifestar sua preferência, nas mesmas condições do arrematante, confusão que se agrava quanto ao pedido de remição da execução (art. 651 do CPC) ou de remição de bens (art. 787 do CPC – *revogado* pela Lei nº 11.382, de 2006), ambos admissíveis a qualquer tempo até a assinatura do auto. São providenciais os comentários de Araken de Assis, que tenta fazer uma melhor interpretação da sistemática

lacunosa da LEF e das dúvidas ocasionadas pelo art. 24 da Lei de Execução Fiscal:

Àquelas dúvidas se acrescentará uma terceira, que é a superveniência tanto do requerimento para remir, quanto da ação de resgate, cumulativamente com a postulação da Fazenda para adjudicar.

Por outro lado, a remição do bem, que em nada prejudicará o crédito da Fazenda, preferirá a arrematação e a adjudicação, porquanto menos gravosa ao executado. PRINCÍPIO DO MENOR SACRIFÍCIO DO EXECUTADO.

Enquanto não for assinado o auto de arrematação, descabe expedir carta ou imitar o arrematante na posse da coisa. Se, por descuido, isto ocorrer, deverá o arrematante ser desapossado pelas vias ordinárias. (ASSIS, 2002, p. 983).

Assim sendo, caso a execução forçada objetive a satisfação do crédito do devedor, mesmo sendo realizada de outra forma, ela não gera prejuízos para a Fazenda, a qual receberá o montante exato da dívida. Prejuízos ocorreriam se a preferência elencada no art. 24 da LEF obstasse tanto a remição da execução (art. 651 do CPC) quanto a remição da dívida (art. 787 do CPC – *revogado* pela Lei nº 11.382, de 2006), pois os bens servem como garantia do pagamento, o qual, ocorrendo, implica a liberação dos bens. Injustificado é não aceitar a remição por aqueles legitimados legais, com intuitos “outros”, vinculados ao patrimônio do devedor. Seria como se se afirmasse que a execução fiscal teria o objetivo de perseguir um bem do devedor a todo custo, mesmo que ele ou alguém quite o que era devido. Sabe-se que o patrimônio do devedor responde por seus débitos e dele procuram-se retirar os recursos necessários à satisfação do credor, isso quando não há o pronto pagamento. Percebe-se que a finalidade da execução não é o bem em si, mas o pagamento do que se devia.

3.3. Execução contra a Fazenda Pública

De um lado temos uma execução cheia de prerrogativas e privilégios para o exequente, melhor dizer, para a Fazenda (execução fiscal),

do outro lado, em posição diversa, temos a execução contra a Fazenda Pública, com procedimento divergente dos demais, uma vez que os bens do Estado são impenhoráveis; não há penhora nem citação para se pagar. Cria-se uma proteção ao Estado, que nunca cumpre as decisões de forma espontânea, transparecendo, assim, uma “inaceitável imunidade” em relação ao cumprimento das condenações judiciais, porque com grande facilidade as pessoas jurídicas de direito público se furtavam ao cumprimento dessas condenações e contra essa violação do direito do credor e da isonomia dos procedimentos, não existindo sanções rápidas e eficazes para o cumprimento.

Não são outras as explicações que Araken de Assis oferece acerca dos privilégios do Estado:

Anima o Estado brasileiro, às vezes, certo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado, ao crédito da Fazenda Pública, e, de outro, ao crédito contra a Fazenda. Investiu-se o Estado, na primeira hipótese, de procedimento especial dotado de inúmeras e radicais simplificações, algumas duvidosas no merecimento e beliscando a constitucionalidade, e no qual os expedientes hábeis à rápida realização do crédito, princípio comum a toda execução, se mesclam a privilégios descabidos. (ASSIS, 2002, p. 904).

Enquanto exequente, o Estado pugna pela rapidez do recebimento do seu crédito, porém, como executado, o Estado é lastimoso, burocrático e lento. O pagamento é feito via precatório, observando-se a ordem cronológica do seu pagamento e a preferência que a lei determina para algumas situações (“pequeno valor”).

Com efeito, fora comentado anteriormente, no item 2.2, que o argumento do “interesse público” não justifica criar procedimentos distintos para a mesma modalidade de execução. A Fazenda Pública tem recebido tratamento diferenciado nas duas execuções, na execução em que é parte interessada (execução fiscal) e naquela em que é parte contra interessada (execução contra a Fazenda Pública), ocorrendo, assim, violação da simétrica paridade e da isonomia.

Resta concluir que é “perceptível que nenhuma das diferenciações como econômicas, estruturais e/ou físicas do aparelhamento das instituições justificam a disparidade entre as partes” (CHAVES, 2011, p. 1.122).

Não são outras as palavras de Rômulo Eugênio de Vasconcelos Alves, *in verbis*:

O argumento de que o Estado representa o interesse público – e que o tratamento diferenciado justifica-se pela insuficiência de seus defensores – é insustentável em sua gênese, pois o *interesse público maior é o atendimento aos ditames e princípios constitucionais e não à criação de fórmulas de exceção*, além de que a insuficiência de defensores do Estado, se existe, é fato cuja responsabilidade é do próprio Estado, não cabendo esse alegar deficiência provocada por si próprio.

Ademais, há que se entender que, apesar da clara e justa prevalência de interesse público sobre o privado, não cabe imaginarmos privilégios à Fazenda Pública, tendo em vista que *qualquer discriminação seria inconstitucional por afronta ao princípio da isonomia jurídica*. (ALVES, 2005, p. 52, grifo nosso).

Transformar e colocar como ponto diferencial do tratamento dado ao particular (povo) e ao Estado o “interesse público”, o qual representa o Estado, é dizer que, para o Estado, as leis não se aplicam, quando se aplicam, isso ocorre de formas diferentes dos demais procedimentos, assim, a isonomia destes é afetada. Destarte, “no Estado Democrático de Direito nenhuma pessoa natural ou jurídica, incluindo óbvio o próprio Estado, está imune ao cumprimento da lei” (CUNHA, 1999, p. 81). O art. 5º, II, da CR/88, não exclui o Estado da obrigatoriedade do cumprimento da lei.

É curial enfatizar que o pilar da democracia é o povo, “instância global da atribuição de legitimidade democrática” (MÜLLER, 2003, p. 60), instrumentalizado pela sua participação e fiscalização ampla e irrestrita dos seus próprios interesses, na formação de opinião e vontade, bem como no próprio destino do Estado.

Coloca-se que muitos defendem que não haveria necessidade de se falar em execução contra a Fazenda Pública, pois faltam os caracteres próprios da execução como penhora e todos os atos subsequentes interligados, por serem os bens públicos impenhoráveis, bem como o executado não ser citado para pagar, apenas convocado para se defender (embargos) sem garantia de juízo, o que pugnamos para todos os procedimentos executivos, mas com a paralisação da expropriação até a conclusão do Devido Processo. A majoritária “doutrina brasileira considera que, não existe propriamente execução contra a Fazenda Pública, ou trata-se de execução ‘indireta’, ‘imprópria’ (não há execução forçada)”. (CUNHA, 1999, p. 69).

Vejamos o que Theodoro Júnior pronuncia:

Na verdade, há tão-somente uma execução imprópria, na espécie, cujo procedimento é, sinteticamente, o seguinte: a) seja judicial ou não o título executivo, a citação da Fazenda será feita sem comunicação de penhora, limitando-se à convocação para opor embargos em dez dias (art. 730, *caput*); b) não havendo a oposição de embargos, ou sendo estes rejeitados, o juiz através do presidente do Tribunal Superior, expedirá a requisição de pagamento, que tem o nome de precatório. O juiz de primeiro grau não requisita diretamente o pagamento, mas dirige-se, o requerimento do credor, ao tribunal que detém a competência recursal ordinária (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal etc.), cabendo ao respectivo presidente formular a requisição à Fazenda Pública executada (art. 730, n. I); [...] d) O pagamento será feito ao credor na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito (Código de Processo Civil, art. 730, n. II); e) Se o credor for preterido no seu direito de preferência, mediante pagamento direto pela Fazenda a outro exequente, poderá requerer ao presidente do tribunal que expediu a ordem de pagamento que, depois de ouvido o chefe do Ministério Público (Procurador-Geral da Justiça, ou equivalente), ordene o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito (Código de Processo Civil, art. 731); f) Esse seqüestro, segundo melhor entendimento doutrinário, não é voltado diretamente contra a Fazenda, porque, sendo seus bens impenhoráveis, são também inseqüestráveis. Dirige-se contra o credor que tenha recebido pagamento fora da ordem legal, atingido as importâncias irregularmente em-

bolsadas. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em decisão de seu Pleno, já admitiu a possibilidade de que tal seqüestro pudesse recair diretamente sobre as rendas da Fazenda Pública infratora, em quantidade suficiente para satisfazer o crédito exequendo. (THEODORO JÚNIOR *apud* WAMBIER, 2002, p. 389).

Importante questionamento consiste em pensar que a impenhorabilidade dos bens públicos não é absoluta, podendo se aplicar o procedimento executivo próprio sem privilégios. Defluisse que as empresas públicas, “que são totalmente constituídas com bens do Estado que as cria, teriam um patrimônio público”. Todavia, a Constituição de 1988 declara que as empresas públicas se sujeitarão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, “o que abrange a penhorabilidade de seus bens”. (CUNHA, 1999, p. 110-111). Consequentemente, verifica-se que, apesar de as empresas públicas serem constituídas por bens dos Estados, estas não são impenhoráveis. Lásaro Cândido aponta também como penhoráveis os bens dominicais, aqueles sobre os quais o Estado exerce domínio. São bens que constituem o patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, mas não afetados a uma destinação pública específica.

Realmente, alguns bens públicos (bens dominicais, por exemplo) não têm utilização específica e imediata pela coletividade, razão por que em relação a tais bens não se pode aplicar a mesma regra para justificar a intangibilidade que deve continuar gozando os demais bens públicos. (CUNHA, 1999, p. 116).

O artigo 101 do Código Civil dispõe que os bens públicos dominicais podem ser alienados, desde que observadas as exigências da lei, sendo assim, eles são alienáveis e consequentemente penhoráveis, não se impedindo que o bem passe do patrimônio do devedor ao do credor, por motivo da execução forçada, isto é, pelo procedimento comum para execução, sem privilégios outros. Situação interessante é a que acontece em países cuja penhorabilidade é permitida ou privada dos bens públicos:

Uma outra solução, igualmente protetiva dos direitos dos credores, começou a surgir em alguns outros países, como a Itália,

a Espanha, Portugal e a Argentina, que, limitando a impenhorabilidade dos bens públicos, admitem a penhora de bens dominicais do Estado e de receitas públicas não vinculadas ao exercício de atividades essenciais. Em Portugal, os bens dos corpos administrativos, as coisas do seu domínio privado, podem ser penhoradas, desde que não estejam afetadas a um fim de utilidade pública. Na Espanha, em 1998, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do Regulamento das Fazendas Locais que proibia genericamente a penhora de bens públicos, fosse ou não do patrimônio disponível. Na Argentina, se o Estado se tornar remisso, poderão ser penhorados bens públicos de utilização privada. No Direito Italiano, não são impenhoráveis o dinheiro público e os créditos inscritos em balanço, salvo os originários de relações de direito público, como tais entendidas as resultantes de atos cumpridos no exercício de poderes de império da administração; os créditos públicos de origem privada, que não têm uma destinação pública previamente estabelecida. (SILVA, 1999, p. 49).

O precatório, instituto tipicamente brasileiro, encontrou amparo constitucional pela primeira vez no art. 182 da Carta Magna de 1934, a qual “instituiu procedimento especial em relação aos pagamentos devidos pela Fazenda Pública”. (CUNHA, 1999, p. 34). O precatório surgiu como solução para o cumprimento das decisões judiciais, pois “o Poder Executivo gozava de certa imunidade em relação ao cumprimento regular de condenações judiciais”, sob alegação de que um “poder” não poderia interferir no outro, ou seja, “como poderes autônomos e independentes, é inconcebível a ‘ingerência’ de um Poder sobre o outro” (CUNHA, 1999, p. 33). As demais Constituições mantiveram a presença do precatório: de 1937 (art. 95), 1946 (art. 204), 1967 (art. 112), Emenda Constitucional de 1969 (art. 117) e na atual Carta Política (1988), em seu art. 100, inclusive com a redação da Emenda Constitucional nº 30, de setembro de 2000, e Emenda da Constitucional nº 62, de 2009.

O art. 100, após a Emenda Constitucional nº 62/2009, passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença

judiciária, far-se-ão 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se

o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios

para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Então, a base inicial do precatório surgiu como solução para o cumprimento das decisões judiciais proferidas contra o “Poder” Executivo, que gozava certa imunidade no cumprimento regular de condenações judiciais, “blindado” pela ideia de que um “Poder” não poderia interferir no outro, isto é, não se admitia a “ingerência” de um “Poder” sobre o outro. A concepção “Poder” pode ser esclarecida a partir de Montesquieu, que lançou sua famosa trilogia

acerca da divisão das funções dos poderes do Estado, sem que nada tenha mencionado em relação à “separação de poderes”. O autor defendeu o equilíbrio entre os poderes exercidos pelo Estado e dizia que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (DIAS, 2004, p. 68). Não se deve falar em vários poderes do mesmo Estado. O Poder é uno e emana do POVO. Na realidade a expressão “separação de poderes”, atribuída a Montesquieu, não foi empregada uma única vez por ele. Nesse contexto, a visão tripartite, separação de “Poderes”, deve ser compreendida como *separação de funções*.

[O] Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – só podem ser compreendidos, segundo concepção doutrinária mais atual, como sistemas ou complexos de órgão aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado. (DIAS, 2004, p. 74).

O precatório constitui um grande dilema representante da morosidade do cumprimento das decisões, o que nos faz lembrar a peregrinação para atendimento médico pelo próprio Estado (SUS). Lado outro, criam-se mecanismos para agilizar os procedimentos, promovem-se celeridade e rapidez dos procedimentos, enquanto o Estado não é sequer tocado pelas Reformas Processuais. (CHAVES, 2011).

Com a Emenda Constitucional nº 37/2002, proibiu-se o fracionamento do valor executado e a expedição de precatório complementar ou suplementar, conforme art. 100, § 8º, da CR/88 – incluído pela EC nº 62/2009; tal fato representa técnica de dominação, permitindo que a parte interessada abra mão de seu direito para se beneficiar do procedimento Requisição de Pequeno Valor (RPV). Dispensa-se a expedição de precatórios para o pagamento de “pequeno valor¹⁵” quando a parte renuncia ao excedente. Essa inovação Constitucional cria dilema quanto ao recebimento dos valores, ferindo o princípio da isonomia.

¹⁵ Até sessenta salários mínimos, conforme a Lei nº 10.259/2001, art. 17, § 1º, c/c art. 3º (Requisição de Pequeno Valor – RPV).

Uma vez que os precatórios são regidos por peculiaridades burocráticas, estes devem ser apresentados até o dia 1º de julho, para então ser incluídos no orçamento da entidade, podendo ser pagos até o final do exercício seguinte (art. 100, § 5º, CR/88), transformando-se em mecanismo lento, enquanto para os pequenos valores as atividades são priorizadas e mais rápidas. Imagine-se a seguinte situação: dois particulares, por fatos idênticos, obtêm uma condenação contra a Fazenda Pública, todavia, com valores distintos, uma vez que um deles teve menores danos e o valor encontra-se dentro do limite previsto como de “pequeno valor”, não se submetendo ao precatório. Já o outro terá que subjugá-lo à via demorada do precatório ou poderá abdicar de parte do seu direito reconhecido por sentença até os limites que enquadrem no “pequeno valor” e receber por esse procedimento mais célere. (WAMBIER, 2002, p. 382). Por fim, o procedimento de “pequeno valor” cria tratamento diferenciado para fatos e direitos idênticos, que podem se diferenciar apenas nos montantes a serem pagos, fato que estimula a renúncia de direito, em face da demora e da burocracia do precatório.

Max Weber (1983), preocupado com ações e condutas, diagnosticou e denominou “os três tipos puros de dominação legítima”. O uso da técnica de dominação tem um objetivo histórico-social. A primeira das dominações é a dominação carismática, fundamentada nas virtudes pessoais e quase sobrenaturais de um indivíduo admirado por todos: o exercício da liderança de um indivíduo sobre os demais. A segunda, a dominação tradicional, baseia-se em algum componente da tradição da sociedade, consuetudinária, e, por fim, a dominação legal ou racional se funda na legalidade formal, ou seja, na escrituração do direito que permite identificação de uma racionalidade. No caso em tela, a dominação legal, em virtude da burocracia que se subordina ao estatuto legal, cujo direito de mando está legitimado por uma regra escriturada imposta, faz com que aqueles que escolhem um mecanismo lento, para alívio do Estado, acabam por renunciar ao seu direito para receber mais rápido.

Habermas explica como a técnica de dominação se perpetua:

Determinados fins e interesses da dominação não são outorgados à técnica apenas ‘posteriormente’ e a partir de fora – inserem-se já na própria construção do aparelho técnico; a técnica é, em cada caso, um projeto histórico-social; nele se projeta o que cada sociedade e os interesses nela dominantes pensam fazer com os homens e com as coisas. (HABERMAS, 2001, p. 47).

Não se deve falar em escolha da parte interessada, pois se trata de mecanismo de dominação legal, que não dá alternativa, principalmente em um país como o nosso, cheio de problemas econômicos e desigualdade social. Cabe colocar que muitas das vezes a imprescindibilidade em receber os valores não resulta em outra escolha senão a de renunciar a parte do direito reconhecido por uma decisão condenatória em face do Estado. Pode ser que os valores a serem recebidos sejam para pagar despesas e tratamentos médicos, que podem ter como fato gerador o ilícito praticado pelo próprio Estado, “optando-se”, assim, por renunciar ao excedente para adequar o montante ao valor conceituado como de “pequeno valor”, em face da necessidade urgente do recebimento e pela demora das vias normais. O Estado cria duas vias para recebimento de valores, fruto de condenações. Uma é o precatório e a outra, o de “pequeno valor” (técnica de dominação legal), agindo nessa última como se fosse um “agiota” que, ao emprestar dinheiro, cobra juros abusivos daquele que não tem alternativa. Observa-se que o beneficiado por tal renúncia não é aquele cidadão que optou por receber “rápido” para atender suas necessidades. Veja-se que é “rápido” em relação ao procedimento extremamente lento que é o precatório.

Neste contexto, não há como se falar em “vontades”, mas sim em submissão. Como bem comentado por Leal, “se os direitos fundamentais não forem executados judicialmente, nunca se poderá falar num piso de igualdade para incluídos e excluídos como ponto de partida ao reconhecimento cognitivo, por igual tempo de argumentação processual (ISONOMIA).” (LEAL, 2005, p. 79).

4. Conclusões

Ao cabo deste estudo, impõe-se concluir que o Processo é único para reger todos os Procedimentos. O procedimento executivo, apesar da sua variabilidade, em face dos demais procedimentos, não retira a incidência do Devido Processo Constitucional. Assim, é incorreto falar que no procedimento executivo não se aplica o princípio do contraditório, bem como os da ampla defesa e da isonomia. A própria Constituição não faz distinção entre processos e não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo, consoante se vê no art. 5º, IV. Extrai-se a presença do contraditório em todos os processos, inclusive o processo executivo, “aos litigantes, em *processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. Os exercícios do contraditório e da ampla defesa são imprescindíveis em todo o processo, tanto no executivo quanto no administrativo e não apenas por “ação” de embargos externos à execução, mas “endoprocessual”, isto é, dentro do procedimento executivo.

O art. 5º, LIV, da CR/88, estabelece que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mesmo que o direito esteja acertado, na execução forçada deve-se ainda primar pela aplicação do Devido Processo Constitucional, dentro da sua *expansividade, variabilidade e perfectibilidade*, para que não ocorra agressão abusiva ao patrimônio de devedor, bem como para preservar a dignidade da contraparte “devedora”, não a transformando em “acusada” sem direito a nada, a não ser pagar de qualquer forma, pois a “culpa” (inadimplemento) impede que seja observada uma expropriação digna e constitucional.

Ao Devido Processo Legal é atualmente atribuída a grande responsabilidade de ser um princípio fundamental, ou seja, sobre ele repousam todos os demais princípios constitucionais. A garantia do Devido Processo Legal evoluiu para um conceito de bases isonômicas e não mais se funda na separação das classes sociais. O Devido Processo Legal representa uma garantia do povo frente ao Estado, isto é, assegurará um Processo Devido de forma participada

com observância dos princípios constitucionais. O Devido Processo Legal é instituto constitucional que coexiste com os princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia e que impede a formação unilateral do título executivo (CDA).

Fica claro que os princípios do contraditório e da ampla defesa não são excluídos do procedimento executivo.

Por fim, o procedimento executivo reivindica uma compreensão constitucional, pelo Devido Processo Constitucional, garantindo que o próprio Estado observe as mesmas regras do processo construídas isonomicamente para todos.

A execução que tem como parte o Estado é cheia de prerrogativas e privilégios inconstitucionais, em posição de contraparte, a Fazenda Pública (execução contra a Fazenda Pública), com procedimento diverso dos demais, desfruta do privilégio que os bens do Estado são impenhoráveis, não há penhora nem sequer a citação para se pagar. Cria-se uma proteção ao Estado que nunca cumpre, de forma espontânea, as decisões, instala-se uma “inaceitável imunidade” do Estado em relação ao cumprimento das condenações judiciais, porque, com grande facilidade, as pessoas jurídicas de direito público se furtavam ao cumprimento dessas condenações e a contra essa violação do direito do credor e da isonomia dos procedimentos, não existindo sanções rápidas e eficazes para o cumprimento do débito.

5. Referências bibliográficas

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*: corso di Lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.

ALVES, Rômulo Eugênio de Vasconcelos. *Execução fiscal e objeção de executividade*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 25, 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 97.612-4. Relator: Min. Soarez Muñoz. Brasília, DF, 8 out. 1982.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi. *Direito processual: coletânea de artigos*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2004. p. 36-59.

_____. *Ação penal, instituição popular do ministério público e o conceito de Parte na construção do provimento processual penal no direito democrático*. 2008. 255 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

_____. Eliminar a distinção de prazos para os sujeitos processuais. Findar com os prazos denominados de impróprios e criar mecanismo para observância dos prazos procedimentais. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); ALMEIDA, Andréa Alves de (Org). *Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos e Cruz, 2011. v. 1.

_____. Charley Teixeira. Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Lei de execução fiscal comentada e anotada: Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório: origens, fundamentos e mecanismo da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública*. Belo Horizonte, 1999. Dissertação (Mestrado).

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Vol. II.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

_____. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. Estudos continuados de teoria do processo. São Paulo: Síntese, 2001. 2 v.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

_____. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

_____. Teoria da defesa no processo civil. In: *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

_____. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b.

_____. *Teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Bestbook, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões do processo administrativo tributário. *Estudos doutrinários*. 31 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

MARINS, James. Fundamentos do processo tributário e execução fiscal. *Caderno de Direito Tributário*: EMAGIS – 2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_Marins_Web.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição*. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MÜLLER, Frederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico*: revista da Escola Superior de Advocacia OAB/MG: Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./jun. 2004.

OLIVEIRA, Allan Helber. Acesso à justiça: a qual justiça? In: GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos (Org.). *Lições de cidadania*. Brasília, DF: OAB, 2003.

PACHECO, José da Silva. *Comentário à nova lei da execução fiscal*. (Lei n. 6.830, de 22.9.1980). São Paulo: Saraiva, 1981.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus*: revista eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, ago. 2003. Disponível em: <http://www.fmg.pucminas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em: 3 dez. 2004.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*: processo de execução. 5. ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. In: *Sociologia*. Organização de Gabriel Cohn e coordenação de Florestan Fernandes (Grandes Cientistas Sociais, 13). São Paulo: Ática, 1983.

Artigo enviado em: 02/08/2011

Artigo aprovado em: 03/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120002

**APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO:
ESTUDO DE CASO DOS SERVIDORES PÚBLICOS
EM ATIVIDADE LOTADOS NA SECRETARIA DE
ESTADO DE EDUCAÇÃO DE MINAS GERAIS COM
REQUISITOS LEGAIS PARA APOSENTADORIA**

**RETIREMENT IN THE CIVIL SERVICE: CASE
STUDY OF CIVIL SERVANTS FROM THE MINAS
GERAIS SECRETARIAT OF EDUCATION WHO
REMAIN ACTIVE AFTER HAVING REACHED
RETIREMENT CONDITIONS**

MARÍLIA MARIANO DE LIMA FLECHA
Pesquisadora
Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, Brasil
marilia.flecha@fjp.mg.gov.br

MARILUCE DAS GRAÇAS DE LIMA REIS
Analista em Educação
Secretaria de Estado da Educação de MG
mariluceglr@yahoo.com.br

RESUMO: A passagem de uma fase de plena produção para um momento de não trabalho gera conflitos, ansiedades e dúvidas no indivíduo. Estudos apontam que alguns fatores influenciam a resistência à aposentadoria, tais como: a perda da identidade institucional; a preocupação com questão financeira e o despreparo

frente à nova situação. O presente estudo tem por objetivo identificar e analisar os fatores que levam os servidores da Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais (SEEMG) com requisitos para aposentadoria resistirem ao afastamento do trabalho. Buscou-se identificar os conflitos presentes na fase de transição do trabalho para a aposentadoria verificando quais fatores dificultam o processo de tomada de decisão para a aposentadoria. Tem-se como público um grupo de servidores da SEEMG que já implementaram tempo e idade para aposentar-se. Os dados revelam que a valorização financeira e a profissional constituem fatores relevantes para a tomada de decisão, sobre afastar-se do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria; servidor público; trabalho; identidade; envelhecimento.

ABSTRACT: The transition from one phase of full production to a period of retirement often generates conflicts, anxieties and concerns for the individual. This study aims at analyzing the theme work and retirement for civil servants of the State of Minas Gerais Department of Education, who already have the right to retire since they fulfill all the legal requirements, but chose to continue working. Within the universe studied, we chose a representative sample of ten respondents. The interviews reveal that the financial gains and professional value help the decision of moving away from the work.

KEY WORDS: Retirement; Civil servant; Work; Identity; Aging.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Abordagem conceitual da aposentadoria. 2.1. Velhice/envelhecimento. 3. Contextualizando o sentido do trabalho. 3.1. O significado da palavra trabalho. 3.2. O trabalho e seus Sentidos. 4. Trabalho e identidade. 4.1. Trabalho e aposentadoria. 4.2. Trabalho como fonte de prazer. 5. A Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais. 6. Metodologia. 7. Análise e interpretação dos dados da pesquisa. 7.1. Identificação da palavra “trabalho”. 7.2. Sentimento em relação à aposentadoria. 7.3. Motivos que levam a permanecer no trabalho. 7.4. Fatores que contribuíram para auxiliar na tomada de decisão sobre o desligamento do trabalho formal. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O estudo sobre a aposentadoria tem se tornado um assunto de interesse dos servidores que atuam no Setor de Recursos Humanos das organizações. A passagem de uma fase de plena produção para um momento de não trabalho muitas vezes gera conflitos para a pessoa. França (1999) explica:

Aposentadoria significa a saída de um trabalho regular e, normalmente, o termo está associado à idade. Entretanto ser jovem ou velho para o trabalho não diz respeito apenas a uma avaliação da capacidade física, mental ou psicológica para o trabalho, mas também vai depender dos contextos demográfico, histórico, sócio-cultural, econômico e político nos quais o trabalhador está inserido. Muitos se aposentam bem jovens e outros falecem antes de se aposentarem. Alguns têm a possibilidade da livre escolha, outros são escolhidos e temem este momento e suas consequências no futuro. (FRANÇA, 1999).

A definição do tema do trabalho monográfico foi definido levando em conta a vivência/experiência de trabalho no setor de aposentadoria da Secretaria de Estado de Educação, vivenciando no dia a dia a resistência que os servidores têm quando se fala em aposentadoria associada ao termo afastamento permanente ou em se aposentar. Oliveira (2001) esclarece: “É como se eles pudessem, num passe de mágica – certamente é o que todos desejam – passar da juventude à morte sem transitar pela velhice” (OLIVEIRA, 2001).

As pessoas relacionam aposentadoria a velhice ou envelhecimento e desenvolvem o medo da desocupação, do ócio, dos problemas financeiros. Associam também aposentadoria a solidão, velhice e morte. A maioria dos servidores, por motivos diversos, não se preparam para esse momento da vida – a aposentadoria – e esta não é bem recebida porque não havia uma espera antecipada, não se estabeleceram metas para viver a aposentadoria, como se esse momento não existisse na vida.

Contudo, enquanto, para uns, a aposentadoria tem um significado aterrador, para outros, ao contrário, representa um imenso ganho, evidenciado pela liberação do trabalho formal e de todo o complexo de obrigações por ele impostas.

Estudos apontam que alguns fatores podem influenciar a resistência à aposentadoria, tais como a perda da identidade institucional; o receio do retorno ao lar e a preocupação com a parte financeira, uma vez que muitos acreditam que terão dificuldades em manter a atual situação econômica frente ao despreparo da aposentadoria, muitas vezes por identificá-la como fim da etapa produtiva.

Alguns não aceitam a aposentadoria por acreditar que ela está ligada às palavras “inativo” e “ociosidade”, ou seja, “sem função” na sociedade. Outros ainda consideram que este é o momento de desfrutar os resultados de seu trabalho, colocar em prática planos que foram deixados de lado em virtude da família, viagens, enfim, tudo aquilo do qual muitas vezes se abriu mão para estruturar a vida. Passa-se a pensar que é hora de colher os frutos.

Diante destas questões este estudo teve como problema de pesquisa investigar por que as pessoas que implementaram os requisitos legais para a aposentadoria ainda permanecem na instituição? Como hipótese a suposição de que a ausência de um programa de preparação para a aposentadoria contribui para a resistência dos servidores da sede da Secretaria de Estado de Educação de MG (SEEMG) em se aposentar.

Diante de tal realidade, esta pesquisa tem por objetivo geral identificar e analisar os fatores que levam os servidores da SEEMG em fase de aposentadoria a resistirem ao afastamento do trabalho, tendo como objetivos específicos identificar os conflitos presentes na fase de transição do trabalho para a aposentadoria, referentes aos aspectos: social, econômico, familiar, psicológico e de saúde; verificar quais os fatores que dificultam o processo de tomada de decisão para aposentadoria e estabelecer a relação entre aposentadoria e envelhecimento saudável e aposentadoria como prêmio ou punição.

Têm-se como questões norteadoras do trabalho: o que leva uma pessoa, depois de completar tempo e idade necessários para a aposentadoria, a não se afastar do trabalho? Existe uma época “certa” para se aposentar? O que é envelhecimento? O que significa envelhecer? Qual a situação vivenciada pelos servidores por ocasião da aposentadoria?

Como público-alvo tem-se um grupo de servidores da sede da Secretaria de Estado de Educação do Estado de Minas Gerais em fase de aposentadoria (que já implementaram tempo e idade para afastar-se do trabalho).

Para este estudo foram utilizadas entrevistas semiestruturadas com uma amostra representativa dos servidores da SEE lotados na sede. Trata-se de estudo de caso no qual os dados foram analisados qualitativamente, através de análise de conteúdos agrupados em categorias e subcategorias.

O trabalho compõe-se de nove seções. Além desta introdução, em que se traçou um panorama do assunto em questão, a seção 2 traz uma abordagem conceitual da aposentadoria. A seção 3 enfoca uma contextualização do sentido do trabalho, destacando o significado da palavra “trabalho”. A seção 4 aborda o trabalho enquanto identidade apontando sua representação na aposentadoria. A seção 5 apresenta a Secretaria de Estado de Educação, objeto de estudo desta pesquisa. A seção 6 detalha a metodologia utilizada e a seção 8 apresenta a análise dos dados obtidos. Por fim, a seção 9 apresenta, à luz das teorias estudadas, as considerações finais sobre os resultados da pesquisa.

2. Abordagem conceitual da aposentadoria

O dia seguinte para quem não tem definido o que fazer, aposentado ou desocupado, é sempre um desatino. É como viver em um só dia as desesperanças de todos os dias. É perder a vida de vista a cada pôr e nascer do sol. É o exercício de negar o que foi para não ser nada. (Extraído da fala de um aposentado – 40 anos de trabalho como engenheiro de uma companhia de mineração).

Aposentadoria, segundo Ferreira (2000), é definida como: 1. Ato ou efeito de aposentar. 2. Hospedagem, albergaria, alojamento. 3. Estado de inatividade de funcionário público ou de empresa particular, ao fim de certo tempo de serviço, com determinado vencimento. 4. Jubilação e 5. Pôr de parte, de lado. Segundo Zanelli e Silva (1996), a palavra “aposentadoria” procede da palavra *aposentos*, que sugere descanso, repouso, quietude, alívio. E, ainda, desaceleração, parada, ruptura com os estilos de vida assentados no trabalho cotidiano e o consequente formalismo que o caracteriza: horários, responsabilidades, hierarquia, disciplina, entre outras regras. Aposentadoria sugere, da mesma forma, a passagem de um ciclo de vida assentada no trabalho formal, compulsório, para outra, orientada pela desocupação, pelo lazer, pelo ócio.

Nesse sentido, a aposentadoria é um momento crucial na vida das pessoas, sobretudo, daquelas que dependem do benefício pecuniário dela decorrente para sobreviver – podendo, em consequência disso, ser marcado, de um lado, por calmarias; de outro, por tempestades devastadoras. A aposentadoria guarda muito do que foi a vida de trabalho das pessoas, daí o motivo de não ter para todas as pessoas o mesmo significado e, menos ainda, a mesma importância.

Fenômenos como a perda do referencial, o declínio físico, a sensação de abandono, a dependência de outras pessoas, a perda de noção do futuro, a necessidade de reacender a memória no resgate do passado como alimento do presente são vivências comuns a todas as pessoas que atingiram as fronteiras da terceira idade, sejam estes aposentados ou não. A terceira idade é conhecida como uma etapa da vida de um indivíduo. A época em que uma pessoa é considerada na fase da terceira idade varia conforme a cultura e o desenvolvimento da sociedade em que vive. Em países classificados como em desenvolvimento, por exemplo, alguém é considerado de terceira idade a partir dos 60 anos. Para a geriatria, somente após alcançar 75 anos a pessoa é considerada de terceira idade.

Vividos dois terços da vida, não há como deixar de cogitar sobre o seu destino final, a fronteira derradeira da caminhada: a morte. E, nesse resgate, a aposentadoria, principalmente quando

malsucedida, transforma-se numa fiel e inseparável parceria. Nessa perspectiva, a aposentadoria, como qualquer situação de mudança, pode ser um evento desencadeador de ansiedade e ameaçador de equilíbrio psicológico da pessoa. Embora não exista unanimidade, os autores citados a seguir, preocupados com esta problemática, buscaram elencar quais as variáveis que mais estão relacionadas a este desequilíbrio.

Léon (2000) afirma que o comprometimento da aparência pessoal, da saúde e do desempenho em relação à execução de algumas tarefas, mesmo que não atinja todos os indivíduos, pode reforçar alguns preconceitos em relação aos aposentados, podendo assim a aposentadoria ser visualizada como um demarcador temporal do envelhecimento. Para Bruns e Abreu (1997), o envelhecer pode significar tornar-se descartável, como se fosse algo que possui uma duração programada e que, após um período de uso, vai para o lixo. Deste modo, parece que a sociedade capitalista estabelece um tempo útil de vida para as pessoas e que a aposentadoria possui um papel de dispositivo legal que o sistema criou para estabelecer este limite. Em outras palavras, a aposentadoria concretiza esses limites do corpo que sofre as consequências de não ser reconhecido como produtor de mais valia, assim como uma mercadoria que tem seu tempo de uso vencido. deve ser retirada de circulação.

Segundo Bosi,

[...] o velho sente-se um indivíduo diminuído, que luta para continuar sendo homem. O coeficiente de adversidade das coisas cresce: as escadas ficam mais duras de subir, as distâncias mais longas a percorrer, as ruas mais perigosas de atravessar, os pacotes mais pesados de carregar. (BOSI, 1994, p. 79).

Além do comprometimento físico, a aposentadoria pode também representar perdas materiais, psicológicas e sociais, como a queda dos rendimentos financeiros, desligamento dos colegas de trabalho, perda do *status* social que o trabalho proporcionava, entre outros, o que pode incidir na diminuição da autoestima e da motivação, ocasionando adoecimento mental que se reflete em crises depressivas, ansiedade, alcoolismo e até mesmo no suicídio.

Um fator de extrema importância que reforça o caráter aversivo da aposentadoria, afetando a qualidade da transição, é, como aponta Ekerdt (1989 *apud* LEON, 2000), a falta de planejamento do futuro, seja pela falta de consciência da necessidade de planejar o futuro e a velhice, ou pela crença de que não há como controlar o futuro, o que pode ser considerado uma forma ineficaz de enfrentar a nova situação.

Uma pesquisa realizada por Bruns e Abreu (1997) reforça a variável falta de planejamento como causadora de angústia e solidão na pós-aposentadoria, ao concluir que a realização pessoal fica sempre como um esboço de projeto para ser concretizado após a aposentadoria e, quando esta chega, as pessoas sentem-se surpresas e desencantadas por não saberem gerenciar criativamente e com prazer a existência sem uma ocupação profissional, mesmo quando a atividade antes exercida era executada com insatisfação. A confrontação com o vazio deixado pelas horas antes dedicadas ao trabalho e o tédio do tempo desocupado, o afastamento ou a perda de relacionamento social com os colegas de trabalho, o medo do ócio, o papel social que a ocupação desenvolvida representava e a perda de reconhecimento que dela advinha e, ainda, as dificuldades de adaptação a um convívio mais extenso com a família, podem constituir um período de ameaça ao equilíbrio mental do indivíduo.

Com a autoconfiança diminuída e com um baixo grau de planejamento de vida pós-aposentadoria, além de preocupações financeiras e com a saúde, o período que antecede a aposentadoria pode vir a ser enfrentado com ansiedade e desencadear desequilíbrios tanto no aposentado como na estruturação de sua família e de seus demais vínculos. Segundo Zanelli e Silva (1996), na iminência da aposentadoria, os sentimentos se misturam e, por vezes se contradizem, pois a possibilidade concreta de parar de trabalhar conflita-se com o medo do tédio, da solidão, da instabilidade financeira e de doenças. Em decorrência de todos esses aspectos, com os quais o indivíduo depara nessa fase de transição, alguns podem enfrentar essa ruptura com o trabalho formal de uma maneira saudável. Porém, muitos, em decorrência de não saberem lidar com as mudanças dessa nova etapa da vida, podem adoecer.

2.1. Velhice / envelhecimento

Em muitas culturas e civilizações, principalmente as orientais, o velho, o idoso é visto com respeito e veneração, representando uma fonte de experiência, de valioso saber acumulado ao longo dos anos, da prudência e da reflexão. Em outras, o idoso representa “o velho”, “o ultrapassado” e “a falência múltipla do potencial do ser humano”. A velhice, segundo França (2007), é um processo pessoal, natural, indiscutível e inevitável, para qualquer ser humano, na evolução da vida. Nessa fase sempre ocorrem mudanças biológicas, fisiológicas, psicossociais, econômicas e políticas que compõem o cotidiano das pessoas. Há duas formas básicas de ocorrerem essas mudanças, de maneira consciente e tranquila ou ser sentida com grande intensidade; tudo dependerá da relação da pessoa com a velhice. De acordo com França (2007), os sinais característicos dessas mudanças são nítidos por conta da ação do tempo e social: *Mudanças Físicas*: gradual e progressiva; aparecimento de rugas e progressiva perda da elasticidade e viço da pele; diminuição da força muscular, da agilidade e da mobilidade das articulações, aparição de cabelos brancos e perda dos cabelos entre os indivíduos do sexo masculino; redução da acuidade sensorial, da capacidade auditiva e visual; distúrbios do sistema respiratório, circulatório; alteração da memória e outras. *Mudanças Psicossociais*: modificações afetivas e cognitivas; efeitos fisiológicos do envelhecimento; consciência da aproximação do fim da vida; suspensão da atividade profissional por aposentadoria; sensação de inutilidade; solidão; afastamento de pessoas de outras faixas etárias; segregação familiar; dificuldade econômica; declínio no prestígio social, experiências e de valores e outras. *Mudanças Funcionais*: necessidade cotidiana de ajuda para desempenhar as atividades básicas. *Mudanças Socioeconômicas*: acontecem quando a pessoa se aposenta.

Uma geração só vai se preocupar com o envelhecer quando sentir que esta nova fase de vida está se aproximando, produzindo sensações de desconforto, ansiedade, temores e medos fantasiosos. Pesquisas apontam que frequentemente essa ansiedade gera a falta de motivação levando o indivíduo a uma depressão, repercutindo organicamente e acelerando o envelhecimento ou provocando

distúrbios e dificuldades de adaptação a um novo contexto social. Contudo, estudos recentes comprovam que o avanço da idade não determina a deterioração da inteligência, pois ela está associada à educação, ao padrão de vida, a vitalidade física, mental e emocional. Também é preciso perder o preconceito sobre a idade cronológica das pessoas. Pode-se perceber que há jovens com 20, 40 ou 90 anos de idade, tudo dependerá da postura e do interesse de cada um.

Para Vargas (1983), é a velhice uma etapa do desenvolvimento individual, cuja característica principal é a de acentuada perda da capacidade de adaptação, com diminuição da vitalidade e aumento da vulnerabilidade de todas as funções do indivíduo. Como assevera Beauvoir (1983), a velhice não é acidente mecânico tal qual a morte, parecendo que cada organismo contém logo de saída sua velhice, consequência inelutável de sua evolução. Neste sentido, segundo Vargas (1983) velhice e envelhecimento não são termos sinônimos, pois ambos possuem características diferentes. A velhice, na qualidade de fenômeno personalíssimo, variável no tempo e espaço, é produto de fatores exógenos e endógenos. O envelhecimento, como um processo biopsíquico de degeneração orgânica, também é resultante do contexto social. O envelhecimento é o processo vital no qual a velhice está inserida.

Na perspectiva de Todd (2007), a velhice “é um estado de vida no qual a característica principal é o desgaste mental e corpóreo”. Dry (2007) considera a senescência como “a evolução que conduz o organismo desde o nascimento até a morte”. Daí porque a maior parte dos trabalhos sobre o envelhecimento humano concentra-se sobre as modificações sofridas pelo organismo total, ou em uma de suas partes entre o fim do crescimento e a morte.

O envelhecimento é um fenômeno biopsicossocial que atinge o homem e sua existência na sociedade. Nos dias atuais, reveste-se não só de características biopsíquicas, como também sociais e culturais. Afirma Beauvoir (1983) que o envelhecimento “tem uma dimensão existencial, como todas as situações humanas: modifica a relação do homem com o tempo, seu relacionamento com o mundo e com sua própria história”. Neste sentido, Vargas (1983) afirma

que envelhecimento, assim, só poderá ser compreendido em sua totalidade: ele não representa somente a ação ou efeito biológico ou psicológico, é também um efeito sociocultural. Para Vargas (1983) as características mais marcantes do envelhecimento são: diminuição progressiva e irreversível da energia livre disponível no organismo; perdas celulares; enfermidades degenerativas próprias da velhice, como consequência geral, e diminuição gradual da capacidade de adaptação do indivíduo ao meio ambiente.

Ainda, de acordo com Vargas (1983), no contexto psicossocial do velho, verifica-se que sua atenção encontra-se concentrada no passado; o presente é vivido como se estivesse detido ou estancado e o futuro é percebido como um bloqueio para todos os seus desejos. Essa incapacidade de experimentar um futuro imediato se traduz numa incapacidade para planejar a vida, e a perda do projeto existencial produz desesperança em descobrir um novo sentido existencial. O autor ressalta que se torna importante destacar também o envelhecimento populacional – entendido como o aumento proporcional de pessoas de sessenta anos, em diante, no contexto geral da população. Atualmente, pesquisas indicam que esta questão está se tornando o objeto primordial de estudo de grande número de cientistas sociais que hoje focalizam o aumento da percentagem dos velhos na população e sua repercussão nos diferentes setores socioculturais e econômicos das comunidades.

Ressalta-se que o envelhecimento da população é um processo normal, inevitável, irreversível e não uma doença e precisa ser acompanhado pelos governantes. O crescimento da população idosa no Brasil tem chamado a atenção de diversos setores sociais. Dados do IBGE (PNAD 2005) indicam que o Brasil está entre os 10 países do mundo com população superior a 60 anos e, segundo a *Economic and Social Affairs* (ESA), a estimativa para 2020 é de que a população idosa no Brasil tenha uma expectativa de vida de 71,2 anos (homem) e 74,7 anos (mulher), chegando a representar quase 13% da população; serão cerca de 32 milhões de habitantes na faixa etária acima de 60 anos. No Brasil pouca atenção tem sido dada aos reflexos do aumento da população idosa, especialmente, na área do trabalho, saúde, previdência, educação, lazer, enfim, nas políticas públicas de maneira em geral.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o envelhecimento ativo está apoiado em três princípios: 1) saúde; 2) participação; e 3) segurança. Para alcançar estes objetivos, é necessária a implantação de programas e políticas públicas que promovam melhor qualidade de vida das pessoas que estão envelhecendo. A palavra “ativo” refere-se à participação contínua nas questões sociais, econômicas, culturais, espirituais e civis e não somente à capacidade física ou a fazer parte da força de trabalho. A velhice vem se tornando um grave problema de natureza social e econômica com o crescente envelhecimento da sociedade moderna, provocando complicações, como a reestruturação social e a redistribuição de renda nacional. É, antes de tudo, um grande problema social, fruto do envelhecimento crescente da população, mas, sobretudo, é um sério problema humano, resultante da marginalização a que é condenado o idoso na sociedade atual.

Nessa perspectiva o envelhecimento populacional tem sido um tema recorrente nas pesquisas socioantropológicas que procuram desvendar os múltiplos aspectos desse processo. A maioria delas aponta para o deslocamento contínuo das fronteiras que delimitam essa etapa da vida, promovido pelo progresso da medicina, que permitiu o prolongamento da vida e pela criação de sistemas de aposentadoria, que possibilitam o cessar da atividade profissional e pelo surgimento de representações que se definem em oposição à velhice, como “terceira idade” e, mais recentemente, “sênior”.

O homem brasileiro nem sempre tem sabido envelhecer. Segundo Salgado (1982), influenciado, possivelmente, pela propaganda que tanto cultua as qualidades e o vigor dos jovens, procura manter-se eternamente nessa faixa de idade. Não costuma pensar na velhice, no envelhecimento. Entretanto, é fato que o ser humano não possa evitar o envelhecimento, apesar de todos os avanços científicos na área médica, mas é possível que ele exerça influência sobre o modo como ocorre esse processo, pois envelhecer não significa, necessariamente, redução da capacidade de trabalho, diminuição da atividade e outros eventos, mas pode significar enriquecimento pessoal e uma vida ativa e saudável.

Enfim, o envelhecimento não pode ser visto pela sociedade, pela família e pelo empregador sob os olhos da discriminação. Não só as pessoas envelhecem, as gerações também envelhecem, sem dar conta dos segundos, minutos, dias, semanas, meses e anos.

3. Contextualizando o sentido do trabalho

Comerás o pão com o suor do teu rosto. (Gênesis, III, 19).

Ser alguém está intimamente associado a fazer algo. (Erickson, 1976).

Trabalho, mais do que sobrevivência, é uma das mais expressivas manifestações do ser humano. É algo semelhante à arte, atividade em que o homem transforma e é transformado. Ocupa um importante e inegável espaço na existência humana, dá significado a ela, é uma referência fundamental para o ser humano, para o desenvolvimento pessoal e o reconhecimento social, é essencial em sua vida; as pessoas se realizam através do trabalho. Trabalhar significa exercer a criatividade, relacionar-se com outras pessoas, desenvolver-se, é uma condição fundamental para o acesso à dignidade e à cidadania.

No plano econômico, por meio do trabalho, garantimos a sustentação material de nossas vidas e dos nossos. No plano sociológico, o trabalho é um instrumento de ajustamento social. No plano psicológico, por meio do trabalho desenvolvemos nosso potencial e nos realizamos enquanto pessoas e é uma fonte de identificação e autorrealização. Sem dúvida, o homem evoluiu através do trabalho. Conseguiu impor-se à natureza, ampliou sua expectativa de vida e adquiriu conhecimento sobre si e sobre o mundo que o cerca. Mas, será o trabalho igual para todos? O homem passa a maior parte de sua vida trabalhando e, no decorrer desse tempo, o trabalho para ele adquire inúmeros significados, bons ou maus, em decorrência daquilo que esteja vivenciando em determinado momento da sua vida.

3.1. O significado da palavra trabalho

Na linguagem cotidiana a palavra trabalho tem muitos significados. Às vezes, carregada de emoção, lembra dor, tortura, suor do rosto,

fadiga. Noutras, mais que aflição e fardo, designa a operação humana de transformação da matéria natural em objeto de cultura. Em quase todas as línguas da cultura europeia trabalhar tem mais de uma significação. O grego tem uma palavra para fabricação e outra para esforço, oposto a ócio: por outro lado, também apresenta pena, que é próxima da fadiga. O latim distingue entre *laborar*, a ação de labor, e *operare*, o verbo que corresponde a *opus*, obra. Em francês é possível reconhecer pelo menos a diferença entre *travailler* e *ouvrer ou oeuvrer*; sobrando ainda o conteúdo de *tâche*, tarefa. Assim também *lavorare* e *operare* em italiano; *trabajar* e *obrar* em espanhol. No inglês, salta aos olhos a distinção entre *labour* e *work*, como no alemão, entre *Arbeit* e *Werk*. *Work*, como *Werk*, contém a ativa criação da obra, que está também em *Schaffen*, criar, enquanto em *labour* e *Arbeit* se acentuam os conteúdos de esforço e cansaço. (ALBORNOS, 1986).

Segundo Albornos (1986), em português, apesar de haver *labor* e *trabalho*, é possível encontrar na mesma palavra “trabalho” ambas as significações: a de realizar uma obra que expresse a pessoa, que lhe dê reconhecimento social e permaneça além da sua vida; e a de esforço rotineiro e repetitivo, sem liberdade, de resultado consumível e incômodo inevitável.

No dicionário da língua portuguesa aparece em primeiro lugar o significado de aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar determinado fim: atividade coordenada de caráter físico ou intelectual, necessária a qualquer tarefa, serviço ou empreendimento; exercício dessa atividade como ocupação permanente, ofício, profissão. Já no dicionário filosófico encontra-se que o homem trabalha quando põe em atividade suas forças espirituais ou corporais, tendo em mira um fim sério que deve ser realizado ou alcançado. (ALBORNOS, 1986).

Ainda de acordo com o autor citado, em língua portuguesa a palavra trabalho se origina do latim *tripalium*, embora outras hipóteses a associem a *trabaculum*. *Tripalium* era um instrumento feito de três paus aguçados, algumas vezes ainda munidos de pontas de ferro, no qual os agricultores bateriam o trigo, as espigas de milho, o

linho, para rasgá-los e esfiapá-los. Na linguagem coloquial registra-se *tripalium* apenas como instrumento de tortura, o que teria sido originalmente, ou se tornado depois. A *tripalium* se liga o verbo do latim vulgar *tripaliare*, que significa justamente torturar.

Muitos autores afirmam que o trabalho é o que nos diferencia dos animais e o que distingue o trabalho humano dos outros animais é que neste há consciência e intencionalidade, enquanto os animais trabalham por instinto, programados sem consciência. Ao modificar a natureza, o homem se tornou humano. Primeiro foram as ferramentas simples que permitiram ao homem caçar, plantar e defender-se num ambiente inóspito. Depois vieram as construções, as artes, os esportes, a ciência. Algo que definitivamente distingue o trabalho humano do esforço dos animais, embora para ambos a primeira motivação possa ser a sobrevivência, é que no trabalho do homem há liberdade: “posso parar de fazer o que estou fazendo, embora seja um servo, embora não me seja reconhecido o direito de greve, e embora eu venha a sofrer por causa deste meu gesto”. (ALBORNOZ, 1986).

3.2. O trabalho e seus sentidos

Quando estudamos o trabalho, é importante saber o que os indivíduos pensam quando falam dele. De fato o trabalho pode ser definido de várias maneiras. Segundo Brief e Nord (1990), o único elemento que reúne os múltiplos significados é uma atividade que tem um objetivo. Geralmente, essa noção designa um gasto de energia mediante um conjunto de atividades coordenadas que visam produzir algo de útil. (FRYER; PAYNE, 1984; SHEPHERDSON, 1984).

O trabalho pode ser agradável ou desagradável; ele pode ser associado ou não a trocas de natureza econômica. Ele pode ser executado ou não dentro de um emprego. De acordo com Fryer e Payne (1984), o trabalho seria uma atividade útil, determinada por um objetivo definido além do prazer gerado por sua execução. Nessa perspectiva, o trabalho é essencial na vida das pessoas, permite a sobrevivência, permite exercer a criatividade, desenvolver seus talentos, possibilita a autonomia e a independência, relacionar-

se com outras pessoas e fazer parte de um grupo, contribuir para melhoria da qualidade de vida de uma comunidade, dá um sentido à vida (MORIN, 2001).

Por outro lado, o trabalho também é visto como um castigo de Deus, quase uma maldição, um jeito de ganhar a vida e ter um dinheiro no final do mês para poder pagar as contas e, ainda, como um dever, não é um castigo, mas não chega a ser exatamente bom, ligando-se ao sentido de compromisso, de obrigação (MORESCO e STAMOU, 2004). Para Hackman e Oldham (1976), o trabalho precisa ter seis características para ter sentido: ter variedade e ser desafiador; possibilitar aprendizagem contínua; permitir autonomia e decisão; possibilitar reconhecimento e apoio; trazer uma contribuição social e permitir um futuro desejável. Segundo Marx (*apud* ALBORNOZ, 1998) o trabalho é a única fonte criadora da vida humana; é pelo trabalho que o homem se torna homem, isto é, por meio do trabalho o homem se transforma a si mesmo. Para Angers (1998), o que fornece significado ao trabalho é o propósito pelo qual ele é executado. É individual e intransferível, sendo, portanto, claramente específico para cada ser humano. O que diferencia uma simples atividade do trabalho em si é a razão de sua realização. O trabalho deve preencher um porquê, uma finalidade e um valor. Codo (1997) observa que o trabalho é uma atividade humana por excelência e, enquanto atividade criadora e de transformação, modifica não apenas o mundo, mas também o homem que o executa. O trabalho enriquece o homem, que se reconhece através dele. Portanto, o trabalho está ligado à identidade e ao reconhecimento social. Dejours (1993) conclui que o trabalho é um fator essencial de nosso equilíbrio e de nosso desenvolvimento. Trabalhar é um ato imprescindível para as pessoas, pois se refere à própria sobrevivência e ao condicionamento social do indivíduo.

4. Trabalho e identidade

O indivíduo moderno encontra dificuldade em dar sentido à sua vida se não for pelo trabalho. (ALBORNOZ, 1986, p. 24).

Segundo Heller, 1989 (*apud* JACQUES, 2002), os temas identidade e trabalho têm em comum interpretações controvertidas de ordem conceitual, extensivas às suas origens etimológicas. O vocábulo “identidade” (do latim *idem*, o mesmo, a mesma) propõe uma noção de estabilidade que se contrapõe à processualidade e ao caráter de construção permanente que lhe são próprios. Sugere, ao mesmo tempo, o igual e o diferente, o permanente e o mutante, o individual e o coletivo. Sua tradição teórica se circunscreve, prioritariamente, no campo da filosofia, revelando uma diversidade de posições em acordo com diferentes princípios filosóficos nos quais se fundamenta. A tendência atual é de concebê-la como uma síntese lógica e ontológica e facultar às relações sociais papel de destaque na sua constituição. O termo trabalho propõe, também, uma associação controvertida relacionada a sofrimento e a transformação da natureza através da atividade humana. A articulação entre identidade e trabalho vem de uma tradição que confere ao papel social expressividade na constituição da identidade.

Habermas, 1990 (*apud* JACQUES, 2002), propõe que a uma “identidade natural” se segue uma “identidade de papel”, que se constitui pela incorporação das unidades simbólicas mediadas pela socialização dos papéis sociais através da igualdade e da diferença em relação aos outros. A importância e a exaltação máximas conferidas ao trabalho na sociedade ocidental concedem ao papel de trabalhador lugar de destaque entre os papéis sociais representativos do eu. Arendt (1981), referindo-se à importância do *homo faber* no mundo contemporâneo, assinala que, ao tentar dizer “quem é”, a própria linguagem induz a dizer “o que alguém é”, reservando um lugar privilegiado à função de trabalhador. A identidade é uma expressão subjetiva e refere-se a tudo aquilo que é vivenciado como eu em resposta à pergunta quem és, sendo apreendida através da representação de si mesmo. Inscreve-se em um contexto conceitual amplo, o que implica abordagens diferenciadas. Constitui-se como um sistema de representações diversas ou como múltiplos personagens que ora se conservam, ora se sucedem, ora coexistem, ora se alternam, mas com aparência unívoca e estável (COSTA, 1989; CIAMPA, 1984).

Ainda segundo Ciampa (1986) a identidade pode ser definida como “um traço estatístico que define o ser”, pode ser representada pelo nome próprio, por atividades que se realizam e por características, ou seja, um conjunto de elementos que permitem saber o que uma pessoa é. A própria etimologia da palavra remete a *idem*, do latim, *o mesmo*. No entanto, o conceito de identidade como é usualmente focado implica processualidade, metamorfose. Sob esse enfoque, a identidade é um constante “estar sendo”, embora se represente com aparência de “se”. Refere-se a movimentos que dizem respeito tanto à singularidade humana quanto a particularidades de grupos, segmentos, estratos, classes, culturas. É um conceito cujo entendimento exige que se superem dicotomias, pois sua compreensão envolve, ao mesmo tempo, o igual e o diferente, o permanente e o mutante, o individual e o coletivo. (SEGABINAZZI, 2007).

Atribuindo à *categoria identidade* uma dimensão histórico-social, Martinelli (1991) defende que ela não pode ser concebida senão dialética e historicamente:

Identidade e consciência social não podem ser pensadas, portanto, à distância da totalidade social, como abstrações em generalidades ou como categorias isoladas: é preciso pensá-las dialeticamente, como categorias plenas de movimento e historicidade. (MARTINELLI, 1991, p. 19).

Dejours (1993) reforça a importância do reconhecimento do grupo social na formação da identidade, dizendo que “no mundo subjetivo, o sentido dado ao trabalho depende de jogos de identidade e participação: o que o indivíduo espera de seu trabalho é também uma retribuição moral: o reconhecimento”. O autor destaca a importância do reconhecimento de utilidade (utilidade social, econômica e técnica das contribuições particulares e coletivas à organização) e do julgamento de beleza (validade ética, estética), ambos conferidos pela hierarquia, pelos pares ou pelo grupo social e que influem na percepção que os indivíduos desenvolvem sobre o valor social de seu trabalho e no conceito que desenvolvem de si próprios.

O sujeito dispõe de um passado cultural, de hábitos adquiridos através dos processos de identificação característicos de sua socialização primária e secundária, mas o universo social do trabalho, onde ele arrisca “aqui e agora”, pode representar para ele uma realidade totalmente diferente de sua realidade passada. O perigo do presente obriga-o a confrontar as características de percepção, análise e julgamento que ele desenvolveu no decorrer de sua história passada com as aptidões necessárias à sua sobrevivência na situação presente. Os valores anteriores, adaptados à sua realidade passada, podem não assegurar mais o sucesso nas relações presentes, e a aprendizagem de novas capacidades estratégicas através das relações de trabalho pode levá-lo a tomar consciência de outras lógicas de ação e realidades que não correspondem necessariamente à sua lógica ou ao seu meio de socialização. Os recursos intelectuais, afetivos e cognitivos por ele desenvolvidos no passado, os seus valores e a sua visão de mundo podem não ser mais suficientes para ajudá-lo a compreender, decidir e agir na situação presente. (DEJOURS, 1993).

Nesta perspectiva, segundo Dejours e Abdoucheli (*apud* SEGABINAZZI, 2007), o trabalho aparece, definitivamente, como um operador fundamental na própria construção do sujeito, revelando-se também como um mediador privilegiado, senão único, entre inconsciente e campo social e entre ordem singular e ordem coletiva. Não é apenas um teatro aberto ao investimento subjetivo, mas um espaço do sentido e, portanto, de conquista de identidade, da continuidade e da historicização do sujeito. Por intermédio do trabalho, o sujeito engaja-se nas relações sociais, para as quais transfere questões herdadas de seu passado e de sua história afetiva.

Segundo Enriquez (*apud* SEGABINAZZI, 2007), a primeira formação da identidade é feita pela família, que tem o papel de transmitir noções éticas e o amor natural. A escola, de sua parte, deve favorecer o confronto com os semelhantes e o desenvolvimento do pensamento. O trabalho toma as pessoas que têm certo grau de personalidade e as remodela, estabiliza suas personalidades e seus desejos, colocando-as na realidade, possibilitando que se instaure a temporalidade na qual o ser humano se desenvolve. O trabalho

pode constituir-se num fator de equilíbrio e desenvolvimento. A possibilidade de isso acontecer está vinculada a um trabalho que permita a cada indivíduo aliar o desejo de executar a tarefa às necessidades físicas (DEJOURS *apud* SEGABINAZZI, 2007).

Enfim, como afirma Segabinazzi (2007), o trabalho constitui-se numa atividade decisiva para o equilíbrio psíquico do indivíduo e para o desenvolvimento da comunidade que ele integra, exercendo sua influência através de uma rede complexa de sentimentos e representações em constante movimento.

Reforçando essa teoria para Dejours (1994), “trabalhar é um ato imprescindível para o ser humano, pois se refere à própria sobrevivência e ao seu condicionamento social”. É através do trabalho que o indivíduo pode criar a cultura, a linguagem, a história e a si mesmo. Marx se expressa de maneira totalmente direta quando diz que o trabalho é a propriedade fundamental do homem, que este é, em certa medida, criado pelo trabalho e não mais criado por Deus. Pois é justamente o trabalho, isto é a possibilidade de mudar as coisas, de transformar o mundo e de fazer objetos, que vai diferenciar, fundamentalmente, o animal do homem. É claro que Marx não se refere ao tipo de trabalho alienado, presente na sociedade que está se desenvolvendo a sua época. Ele sonha com uma sociedade em que cada um pudesse trabalhar de maneira verdadeiramente livre e com certo modelo de associação com os outros. (SEGABINAZZI, 2007).

4.1. Trabalho e aposentadoria

É velho o sonho dos homens com uma terra abençoada onde não seja preciso trabalhar. (ALBORNOZ, 1986, p. 23).

A sociedade é contraditória; por um lado considera a aposentadoria como um direito e uma conquista do trabalhador, depois de muitos esforços em anos de trabalho. Por outro lado desvaloriza o aposentado, que passa a ser visto como improdutivo e, portanto, inútil. O idoso aposentado necessita muitas vezes permanecer

trabalhando por necessidade financeira, considerando-se que, para a grande maioria dos brasileiros, os valores recebidos como aposentadoria não cobre as suas necessidades de manutenção e de seus dependentes, principalmente quando cabe ao idoso o papel de mantenedor do grupo familiar. Os motivos que levam o aposentado a continuar ou não a trabalhar são muito complexos. Busca-se entender, então, os motivos e as repercussões dessa opção no cotidiano dos indivíduos. Devem se levar em conta os aspectos econômicos da vida dos aposentados, uma vez que, quanto menor a renda, tanto maior será a sua preocupação quanto à aposentadoria. Aposentados com problemas econômicos, no momento em que se aposentam, podem ter renda insuficiente para a sobrevivência.

Por outro lado, o trabalho é fundamental para o desenvolvimento pessoal e reconhecimento social, tendo o aposentado dificuldades de desvincular-se dessa atividade. O trabalho representa o papel de regulador da organização da vida humana, sendo fundamental na vida social. Para Marx:

[...] o trabalho, numa visão filosófica, é realização humana, é uma forma de o homem objetivar, expressar sua condição humana. É o homem na sua relação com a natureza, modificando-a para atender suas necessidades. (MARXS *apud* SANTOS, 1990, p. 18)

Segundo Cecílio (2008) são diversos os significados de aposentadoria segundo o lugar do trabalho na vida de cada trabalhador e as vantagens ou desvantagens decorrentes da vida profissional. Os trabalhadores dos grupos socioeconômicos mais privilegiados chegam à aposentadoria tendo o trabalho como fonte de realização profissional e de estabilidade financeira. Para eles, aposentar-se não é velhice. Já para os trabalhadores menos qualificados e desfavorecidos econômica e socioculturalmente, aposentar-se é o início do fim. Também para os que não puderam ter na profissão um encontro consigo mesmos, sair do trabalho obrigatório significa a liberdade.

Portanto, o trabalho pode ser fonte de saciação e fator de envelhecimento, apenas quando associado às condições negativas

de desenvolvimento pessoal e do ambiente em que o profissional se encontra.

A aposentadoria não é observada como direito conquistado e sim como o momento da mudança de papel social – quase sempre estigmatizado. A ausência do trabalho muitas vezes é o que dá concretude ao envelhecimento/velhice. Atrelado à aposentadoria temos o risco do isolamento. Antes da morte física, o idoso vive a morte social. (SOUZA *et al.*, 2007).

4. 2. Trabalho como fonte de prazer

Seria o trabalho uma fonte de prazer ou de sofrimento? Para Mendes e Ferreira (2008), o prazer é um dos objetivos do trabalhar. Ele resulta do sentir-se útil, produtivo e aparece inseparável dos sentimentos de valorização e reconhecimento. O prazer no trabalho é vivenciado pelo sujeito quando este percebe que o trabalho que realiza é significativo e importante para a empresa e a sociedade. Ainda, quando ele sente que é aceito e admirado pelo que faz; quando o trabalho constitui-se em modo de imprimir sua marca pessoal, não sendo visto como um mero objeto.

Assim, segundo Mendes e Ferreira (2008) o desafio gerencial em agregar prazer ao trabalho, transformá-lo em fonte predominante de prazer e não de sofrimento, impõe operacionalizar no contexto de trabalho três princípios interdependentes: flexibilidade organizacional; cooperação e solidariedade nas relações socioprofissionais; expressão da subjetividade.

Para os autores em referência, o desenvolvimento do prazer no trabalho implica atuação nos campos físicos, psicológico e social exigindo uma intervenção interdisciplinar em parceria com as áreas de saúde e gestão de pessoal. Isto significa que o prazer é vivenciado individualmente e resulta de ações coletivas que articulem a inter-relação indivíduo, trabalho e empresa. Há pessoas que veem o trabalho como algo penoso, chato, estressante, árduo, enquanto outros o veem como algo que é importante e que enobrece o ser humano; sentem-se úteis. O ambiente de trabalho possibilita

a oportunidade de contato com outras pessoas, bem como com atividades diferentes das domésticas.

O trabalho possui diversas maneiras de ser definido e interpretado. Ele pode ser analisado como um castigo associado a um sofrimento, ou pode ser associado a uma relação com a natureza, como uma forma de se tornar um ser da sociedade. Cada época define qual será a visão de trabalho adequada para determinada sociedade naquele exato momento, e isso pode modificar-se com o tempo. Por exemplo, o trabalho exerce um papel fundamental, sendo uma questão econômica na sociedade atual, assim como foi uma questão de sobrevivência e satisfação na cultura grega. (BASTOS, 2004).

Devido às transformações sociais ocorridas ao longo da história da sociedade humana, a visão do trabalho sofreu mudanças, com o surgimento de uma nova estrutura econômica e social – o capitalismo. O sistema capitalista nasceu das transformações ocorridas na Europa Feudal a partir, sobretudo, do século XII. O fundamento da riqueza deixou de ser, aos poucos, a terra, e a economia de mercado começou a estruturar-se com base no trabalho artesanal. O trabalho passou a ser usufruído pelo homem apenas como uma forma materialista para se obterem lucros, já que a maior riqueza da sociedade era o capital, além de significar a possibilidade de ascensão social e de melhoria das condições de vida material, tornando a sociedade cada vez mais competitiva e o trabalho, fonte de tensões.

Este sistema de mercado, baseado na iniciativa privada, na racionalização dos meios de produção e na exploração de oportunidades de mercado para efeito de lucro, é caracterizado como capitalismo. O trabalho passa a ser assalariado e explorador, uma fonte de sofrimento e angústia, na qual sua principal função é a econômica. (BASTOS, 2004).

5. A Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais

A Secretaria de Estado de Educação foi criada pela Lei nº 1.147, de 6 de setembro de 1930, pelo então governador do Estado Antonio

Carlos Ribeiro de Andrada, acumulando os serviços de Saúde, Instrução e Assistência Pública. Em 1962, a Lei Estadual nº 2.610 criou as Delegacias Regionais de Ensino para aproximar o Órgão Central das Escolas, dando início à política de Superintendências Regionais de Ensino – SREs, que atualmente são cinquenta e cinco.

A Lei Delegada nº 122/2007, de 25 de janeiro de 2007, em seu artigo 2º, dispõe que a Secretaria de Estado de Educação tem por finalidade planejar, dirigir, executar, controlar e avaliar as ações setoriais a cargo do Estado, relativas à garantia e à promoção da Educação, com a participação da sociedade, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao seu preparo para o exercício da cidadania e para o trabalho, competindo-lhe: I – formular e coordenar a política estadual de educação e supervisionar sua execução nas instituições que integram sua área de competência; II – formular planos e programas em sua área de competência, observadas as diretrizes gerais de governo, em articulação com a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão; III - estabelecer mecanismos que garantam a qualidade do ensino público estadual; IV – promover e acompanhar as ações de planejamento e desenvolvimento dos currículos e programas e a pesquisa referente ao desenvolvimento escolar, viabilizando a organização e o funcionamento da escola; V – realizar a avaliação da educação e dos recursos humanos no setor; VI – desenvolver parcerias com a União, os Estados, os Municípios e organizações nacionais e internacionais, na forma da lei; VII – coordenar a gestão e a adequação da rede de ensino estadual, o planejamento e a caracterização das obras a serem executadas em prédios escolares, o aparelhamento e o suprimento das escolas e as ações de apoio ao aluno; VIII – supervisionar as atividades dos órgãos e entidades de sua área de competência e IX – exercer outras atividades correlatas.

6. Metodologia

Para efeito deste estudo optou-se pela pesquisa qualitativa, que, segundo Minayo (1993, p. 211), trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos

e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis.

Tendo-se em vista os objetivos propostos, utilizou-se um “caminho do pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade” a partir de um estudo realizado na sede da Secretaria de Estado de Educação do Estado de Minas Gerais. (MINAYO, 1993, p. 16).

A opção do estudo de caso para esta pesquisa fundamenta-se no fato de que esta forma de investigar possibilita “conseguirmos não só uma aproximação com aquilo que desejamos conhecer e estudar, mas também, de criar conhecimento, partindo da realidade no campo”. E criar conhecimento, a partir da realidade, faz-se importante, considerando-se que o tema abordado está em processo constante de reestruturação, em uma sociedade em que o número de aposentados tende a crescer e muito. (MINAYO, 1993, p. 51).

A denominação estudo de caso refere-se, segundo Laville e Dionne (1999, p. 155), “evidentemente ao estudo de um caso, talvez o de uma pessoa, mas também o de um grupo, de uma comunidade ou de um meio”. O que neste ponto é corroborado por Yin (2005, p. 33) quando este afirma que “a pesquisa de estudo de caso inclui tanto estudos de caso único quanto de casos múltiplos”.

Através do estudo de caso, assim, podem ser percebidas várias facetas que envolvem o tema, permitindo o conhecimento dos acontecimentos reais e suas interferências individuais e organizacionais. A metodologia, ainda, baseou-se no ciclo de pesquisa de onde o diálogo entre teoria e prática é preconizado (MINAYO, 1993). Dessa forma, concomitantemente ao estudo teórico, foram realizadas pesquisas documentais sobre legislações pertinentes ao tema.

Neste trabalho, foram utilizadas entrevistas semiestruturadas, com perguntas previamente formuladas, contendo questões que abrangiam a temática pesquisada e dando liberdade ao entrevistado de falar abertamente sobre o tema. Trata-se de pesquisa descritiva de natureza qualitativa. O universo pesquisado foi uma amostra de

dez servidores públicos estaduais, efetivos, da Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais, lotados na sede, que implementaram os requisitos legais para se aposentarem e não se afastaram do trabalho.

Para assegurar resultados mais confiáveis e maiores abrangências de diferentes opiniões, foram tomados certos cuidados, tais como fazer entrevistas individualizadas e garantir sigilo e anonimato dos entrevistados; todas as entrevistas foram realizadas de acordo com a disponibilidade dos entrevistados e no seu próprio local de trabalho.

Para facilitar o estudo, foram propostas questões que, ao serem respondidas, com base na revisão do referencial teórico, contribuíam para detalhar e dar clareza aos resultados da pesquisa, a fim de se atingir o objetivo geral. Os conteúdos destas entrevistas foram analisados e agrupados em categorias que foram analisadas com o intuito de verificar a sua compatibilidade com os objetivos da pesquisa.

7. Análise e interpretação dos dados da pesquisa

Pesquisou-se a temática trabalho e aposentadoria para os servidores da Sede da Secretaria de Estado de Educação do Estado de Minas Gerais que possuem o direito a se aposentarem, mas permanecem trabalhando. O estudo teve como objetivo identificar e analisar os fatores que levam os servidores da Secretaria de Estado de Educação do Estado de Minas Gerais, em fase de aposentadoria, a resistirem ao afastamento definitivo.

Um dos objetivos específicos foi identificar o significado do trabalho segundo a opinião dos aposentáveis. Nessa linha trabalhou-se com categorias relacionadas a trabalho e identidade. Estas categorias estariam sendo entendidas como pensamentos, ações e sentimentos que expressam a realidade em que vivem as pessoas, servindo para explicar, justificar e questionar essa realidade.

Embasados em Bardin (1977), o procedimento de análise dos dados cumpriu as etapas de exploração do material no qual foram definidas as categorias de análise pertinentes, tendo-se em vista os objetivos

traçados para esta pesquisa, tratamento dos resultados obtidos e sua interpretação, em que se fez o cruzamento dos dados coletados nas entrevistas com o referencial teórico utilizado neste trabalho.

7.1. Identificação da palavra “trabalho”

As falas colhidas nas entrevistas sobre o que é trabalho e o seu significado na vida dos trabalhadores apontam respostas tais como:

- Trabalho como fonte de prazer;
- Trabalho como vida;
- Trabalho como necessidade de sobrevivência e investimento para o futuro.

Nesta categoria pode-se concluir que uma grande parte dos entrevistados considera o trabalho como necessidade de sobrevivência e investimento para o futuro. Revela, ainda, que as pessoas sentem necessidade de agregar ao trabalho a satisfação pessoal, ou seja, trabalhar naquilo que gosta e para o que se prepararam.

Investir para o futuro. Um ato que se torna prazeroso quando podemos desenvolver ações que temos afinidades. Enquanto trabalho, estamos livres da ociosidade, crescendo o conhecimento e exercitando nossa mente. Também uma forma de investir no futuro. (Servidor F).

Moura (2005) acrescenta que o trabalho é mais do que uma fonte criadora de riqueza. Possui um valor intrínseco, expressando muito da essência do ser humano (o *homo faber*). Percebe-se, pois, o trabalho como fundamental para os entrevistados, que, além de o considerarem um meio de ganhar a vida, consideram-no uma fonte de identificação e autorrealização.

Buscar a identidade no mundo, sentir o aprimoramento do nosso ser e dar significados a nossa existência. É a possibilidade de realizar sonhos, de transformar a realidade que nos cerca, deixando a nossa marca. (Servidor I).

7.2. Sentimento em relação à aposentadoria

As falas colhidas nas entrevistas sobre o significado de aposentar-se ou afastar-se definitivamente do trabalho apontam respostas tais como:

- Deixar de ter a obrigação de cumprir horário, estar livre.
- Ter a sensação do dever cumprido.
- Administrar o tempo com maior liberdade e realizar atividades de lazer, trabalhar em obras sociais, conviver com outras pessoas.
- Passar para a inatividade, desligar-se da vida produtiva.
- Pensar no futuro: aproveitar o produto do trabalho, usufruir dos rendimentos financeiros.

Através das respostas obtidas nas entrevistas dos servidores, pode-se perceber que muitos chegam à aposentadoria tendo o trabalho como fonte de realização profissional, sensação do dever cumprido. Para eles aposentar-se não é velhice, é um direito e uma conquista do trabalhador, depois de muitos esforços em anos de trabalho. Os dados sugerem que praticamente todos os entrevistados sonham com a aposentadoria, consideram-na um fato positivo, mas são vários os motivos que os afastam dela, como veremos nas próximas categorias.

Abrir novos horizontes: viajar, ampliar o ciclo de amizades, realizar atividades prazerosas como: estudar música, canto, fazer dança, etc.; estudar línguas, informática; aprofundar nos conhecimentos das ciências, etc. (Servidor G).

Interromper uma função, uma atividade, uma rotina. É a possibilidade de iniciar um novo movimento, uma nova cadeia produtiva, prazerosa, priorizando as relações sociais e o lazer. (Servidor I).

O futuro, o momento de usufruir do produto do trabalho: renda, casa própria. Liberdade para diversificar. Trabalhar em obras sociais, aplicando o que sabe e aprendendo novas atividades. Conviver com pessoas com outras visões. Ler, assistir à TV, ir à academia sem correria, passear, etc. (Servidor F).

7.3. Motivos que levam a permanecer no trabalho

As falas colhidas nas entrevistas sobre os motivos que levam os servidores a permanecerem no trabalho, apesar de terem implementado todos os requisitos para a aposentadoria, apontam respostas tais como:

- Satisfação pessoal, gosto pelo trabalho;
- Condições financeiras precárias após a aposentadoria;
- Medo da ociosidade;
- Esperança de melhorias no cargo, plano de carreira satisfatório.

Através das respostas podemos constatar que o trabalho é fundamental para o desenvolvimento pessoal e o reconhecimento social, tendo o aposentável dificuldades para afastar-se de sua atividade. O trabalho representa aceitação, admiração, valorização e reconhecimento do sujeito na sociedade. O trabalho dá sentido à vida, é fator essencial de nosso equilíbrio e de nosso desenvolvimento.

As respostas das entrevistas nos mostram também a insatisfação com a legislação vigente e com o plano de carreira do órgão. Para a maioria dos servidores falta no Estado um Plano de Carreira que valorize adequadamente os servidores, pois a baixa remuneração e a falta de perspectivas de crescimento constituem os principais problemas na carreira do servidor público, além de serem um entrave na hora da aposentadoria. A aposentadoria pode representar perdas materiais, psicológicas e sociais como a queda dos rendimentos financeiros, o desligamento dos colegas de trabalho, a perda do *status* social que o trabalho proporcionava. Os aposentáveis vivem o medo do ócio, de ser vistos como improdutivos e, portanto, inúteis, tendo dificuldades de desvincular-se do trabalho, pois este representa o papel de regulador da vida humana, sendo fundamental na vida social. O idoso aposentado muitas vezes necessita continuar trabalhando por necessidades financeiras. Os valores recebidos com a aposentadoria não cobrem as suas necessidades de manutenção e as de seus dependentes.

Aguardando o último nível da promoção do meu cargo. (Servidor F).

A espera da criação de uma legislação confiável, para que eu possa usufruir de direitos adquiridos, porque o que vem acontecendo são interposições de resoluções que causam prejuízo ao funcionário. (Servidor G).

Prazer em fazer o que gosto e medo da ociosidade. (Servidor J).

7.4. Fatores que contribuíram para auxiliar na tomada de decisão sobre o desligamento do trabalho formal

As falas colhidas nas entrevistas acerca dos fatores que contribuíram para auxiliar na tomada de decisão sobre desligamento do trabalho formal apontam respostas tais como:

- Equiparação salarial com pessoal da ativa, valorização do tempo de serviço público;
- Remuneração capaz de proporcionar saúde, bem viver e viagens.

Nesta categoria pode-se concluir que a falta de uma política de remuneração justa e de valorização dos servidores é responsável pela sua permanência no trabalho, apesar da implementação dos requisitos para a aposentadoria. Percebe-se a necessidade de um Plano de Carreira bem elaborado, que vise uma melhoria salarial razoável, para oferecer e garantir aos seus integrantes a possibilidade de crescimento contínuo e significativo durante a progressão na carreira, além da igualdade de condições para o desenvolvimento funcional dos servidores.

Equiparação de salário com o pessoal da ativa, como forma de valorizar todo o tempo de serviço prestado; incorporação ao cargo de benefício e concessões a que fez jus. (Servidor C).

Plano de Carreira que valorizasse mais o tempo de trabalho. (Servidor D).

Que tenha uma política diferenciada para quem já implementou todas as condições para aposentar. (Servidor F).

8. Considerações finais

Refletir sobre a aposentadoria é analisar mais uma etapa do desenvolvimento do homem no contexto em que ele se encontra. Pela interdependência dos conteúdos do passado, presente e futuro, o tema interessa a qualquer idade e deveria ser discutido pelo jovem que ingressa no mercado de trabalho e por aquele que passa a receber uma pensão sem a “necessidade” de continuar a trabalhar.

É sabido que o trabalho é a principal atividade do homem, visto que é integrante de sua identidade. O trabalho é o principal regulador da vida, já que o sujeito organiza seus horários, relacionamentos familiares e sociais em virtude deste. Diante disto, a aposentadoria pode ser vivenciada de diferentes formas: ser um descanso merecido ou uma situação ameaçadora do equilíbrio psicológico. O afastamento do trabalho provocado pela aposentadoria talvez seja a perda mais importante na vida social das pessoas, pois ela pode resultar em outras perdas futuras que tendem a afetar sua estrutura psicológica. As consequências negativas mais imediatas provocadas pela aposentadoria são a diminuição sensível da renda familiar, a ansiedade frente ao vazio deixado pelo trabalho e o aumento na frequência de consultas médicas.

Este estudo teve por objetivo analisar por que as pessoas que têm tempo para se aposentarem ainda permanecem trabalhando. A pesquisa foi realizada com servidores lotados na sede da Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais. A análise realizada a partir das entrevistas permitiu concluir que os servidores permanecem trabalhando e relutam em se afastar devido a fatores tanto econômicos e sociais como psicológicos.

Esperam melhorias financeiras que lhes deem condições de manter o padrão de vida ou que lhes traga possibilidades de aproveitar melhor a vida com lazer, viagens, etc. O estudo revela, ainda, que alguns sentimentos que podem ser vivenciados quando da aposentadoria são a confrontação com o vazio deixado pelas horas antes dedicadas ao trabalho e o tédio do tempo desocupado; o afastamento ou a perda de relacionamento social com os colegas de trabalho; o medo

do ócio; o papel social que a ocupação desenvolvida representava e a perda do reconhecimento que dela advinha; as dificuldades de adaptação a um convívio mais extenso com a família e, ainda, o medo de envelhecer.

É importante ressaltar o valor que esses servidores dão ao trabalho. Consideram-no prazeroso, “dá sentido à vida”, “é necessário à sobrevivência”, “é um investimento para o futuro”. Aposentadoria para os servidores pesquisados também significa ter a sensação do dever cumprido, estar livre de horários e obrigações, mas permanecem trabalhando à espera de uma maior valorização.

Nessa perspectiva, pode-se concluir que o fator primordial e a resposta para a indagação principal deste trabalho estão em um Plano de Carreira bem estruturado, que valorize profissionalmente e financeiramente o servidor público da Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais.

A suposição de que a ausência de um programa de preparação do servidor para a aposentadoria contribui para sua resistência ao afastamento preliminar permanente não se confirma nesta pesquisa. Apesar de o trabalho representar valorização e reconhecimento enquanto sujeito da sociedade, o servidor está mais preocupado em obter melhorias salariais para se afastar decentemente do trabalho e considera que a iniciativa de afastar-se ou não depende só dele, da sua vontade, de conseguir aquilo que espera. Ficou evidente nas entrevistas que os servidores preocupam-se e têm medo de que, com o salário de aposentado, não consigam mais manter o *status* social e econômico que adquiriram trabalhando.

A aposentadoria, como uma nova etapa da vida, nada mais é que uma possibilidade de mudança que, não necessariamente traz somente perda para o aposentado. Para isso é fundamental que o trabalhador possa construir, durante toda a sua vida, outras fontes de reconhecimento e de valorização para si mesmo, que possam dar ao aposentado novo sentido à sua existência, que suplantem as perdas peculiares do processo de aposentadoria tornando consequentemente as mudanças que delas decorrem menos sofridas e mais exitosas.

9. Referências bibliográficas

ALBORNOZ, Suzana. *O que é trabalho*. 4. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

ANGERS, Marc. Work and meaning. In: MORESCO, M.S.M.; STAMOU, S.P.V. O significado do Trabalho. *Revista de Divulgação Técnico-Científico do ICPG*. V.2, n.7, out./dez. 2004.

ARAÚJO, M. T. R. Aposentadoria, “Eis a questão”. *Jornal Educacional SER*. Belo Horizonte, ano 1, n. 3, nov. 2008.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARDIN. *Análise de conteúdo*. Lisboa: [s.n.], 1977.

BASTOS, A. V. B.; Martins, A. H. *Psicologia, organizações e trabalho no Brasil*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

BOSI, E. *Memória e sociedade: lembrança de velhos*. 3 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

BRETAS, A. C. P.; SOUZA, R. F.; MATIAS, H. A. *Reflexões sobre envelhecimento e trabalho*. Disponível em: <<http://www.abrasco.org.br>>. Acesso em: 17 out. 2008.

BRUNS, M. A. T. & Abreu, A.S. O envelhecimento: encantos e desencantos da aposentadoria. *Revista da ABOP*, n. 1, p. 5-3, 1997.

CAMARAMO, A. A. *O idoso brasileiro no mercado de trabalho*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2008.

CECÍLIO, Salua. *Aposentadoria como velhice: um subproduto do culto ao trabalho?* Disponível em: <http://www.uniube.br>. Acesso em: 15 ago. 2008.

CIAMPA, Antonio da Costa. Identidade. In: LANE, Silvia T. M.; CODO, Wanderley (Org.). *Psicologia Social: o homem em movimento*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CODO, Wanderley; SAMPAIO, José Jackson Coelho; HITTOMI, Alberto Hariuyoshe. *Indivíduo, trabalho e sofrimento: uma abordagem interdisciplinar*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

CODO, Wanderley. Um diagnóstico do trabalho (Em busca do prazer). In: TAMAYO, A.; ANDRADE, J. E.; CODO, W. (Org.). *Trabalho, organização e cultura*. São Paulo: Capital, 1997.

COSTA, Jurandir Freire. *Psicanálise e contexto cultural*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

DEJOURS, C. In: Sette T. Ofélia L. *O indivíduo na organização: dimensões esquecidas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

DEJOURS, C. Por um trabalho fator de equilíbrio. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo. v. 33. p. 98-104. maio/jun. 1993.

FERREIRA, M. C.; MENDES, A. M. M. *Trabalho: prazer ou sofrimento*. Disponível em: <http://www.unb.br>. Acesso em: 10 set. 2008.

FRANÇA, L. *Terceira idade: alternativas para uma sociedade em transição*. Editora Relume Dumará / Unati. 1999.

_____. *Preparação para a aposentadoria: desafios a enfrentar*. Disponível em: <http://www.luciafranca.com>. Acesso em: 23 set. 2008.

FRYERD.; PAYNE, R. Working Definitions. Quality of Working Life. In.: MORIN, E. M.; TONELLI, M. J. ; PLIOPAS, A. L. V. O trabalho e seus sentidos. *Revista Psicologia & Sociedade*. Edição especial, 2007.

GOMES, R. *Pesquisa social*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. Superintendência Central de Gestão de Recursos Humanos. Diretoria Central de Contagem de Tempo e Aposentadoria. *Manual de treinamento interno* – processo de aposentadoria. Belo Horizonte, jul. 2006.

HACKMAN, J. R., & OLDFHAM, G.R. Motivation thorough the design of work. In.: O trabalho e seus sentidos. *Revista Psicologia & Sociedade*. Edição especial, 2007.

JACQUES, M. da G. C. *Identidade, aposentadoria e o processo de envelhecimento*. Disponível em: <<http://www.consciencia.br>> Acesso em: 10 set. 2008.

LAVILLE, C.; DIONNE, J. A. *Construção do saber: Manual de Metodologia da Pesquisa em Ciências Humanas*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

LÉA, M. *Quem tem medo de envelhecer?* Rio de Janeiro: Salamandra, 1989.

_____. *Quem tem medo de envelhecer?* São Paulo: Harbra, 1978.

LEITE, Flávia Diana. *A importância do programa de preparação para aposentadoria: estudo de caso numa empresa pública de Minas Gerais*. Monografia (Curso Especialização em Gestão de Pessoas) Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2006.

LEÓN, L. M. Pensando na qualidade de vida ao aposentar. Em L.A.M. Guimrães & S. Grubits (Org.). *Saúde mental e trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000, p. 95-105.

MARTINELLI, M. L. *Serviço social: identidade e alienação*. São Paulo: Cortez, 1991.

MELLO, M. A. M. de F. O Brasil luguagiano – o castigo da aposentadoria compulsória. São Paulo: *Revista Cultural IMAE*. Ano 5, n. 13. p. 33-35. jan./jun. 2005.

MICHAELS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MINAYO, M. C. S. *Pesquisa qualitativa*. 1993. Disponível em: <<http://www.pgsc.ufma.br>> Acesso em: 6 fev. 2009.

MORESCO, M. S. M.; STAMOU, S. P. V. O significado do trabalho. *Revista de Divulgação Técnico-científica do ICPG*. v. 2, n. 7, out./dez. 2004.

MORIN, Estelle M. Os sentidos do trabalho. *RAE: Revista de Administração de Empresas*. jul/set. 2001.

MORIN, E. M.; TONELLI, M. J.; PLIOPAS, A. L. V. O trabalho e seus sentidos. *Revista Psicologia & Sociedade*. Edição especial, p. 47-56, 2007.

MOURA, L. A. A. O papel do idoso na preservação do meio ambiente. *Revista A Terceira Idade*. São Paulo. v. 16, n. 32. p. 7-23. fev. 2005.

OLIVEIRA, J. C. de. *Aposentadoria*. Belo Horizonte: Cultura, 2001.

PEIXOTO, C. E. *Família e envelhecimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ROCHA, M. de F. *Desafios do mundo do trabalho: aposentadoria*. (Monografia). Faculdade Estácio de Sá. Belo Horizonte, 2006.

SALGADO, M. A. *Velhice: uma nova questão social*. 2.ed. São Paulo: SESC, 1982.

SANTOS, M. de F. S. Aposentadoria. In: *Identidade e aposentadoria*. São Paulo: EPU, 1990.

SEGABINAZZI, C. Identidade e trabalho na sociedade capitalista. *Revista Textos e Contextos*. Porto Alegre. v. 16, n. 1. p. 2-18. jan./jun. 2007.

SHEPHERDSON, K. V. The meaning of work and employment: psychological research and psychologists values. In: MORIN, E. M.; TONELLI, M. J. ; PLIOPAS, A. L. V. O trabalho e seus sentidos. *Revista Psicologia & Sociedade*. Edição especial, 2007.

SOUZA, C. Sabedoria não se aposenta. *Revista Melhor*, maio 2005.

VARGAS, H. S. *Psicologia do envelhecimento*. Série Vivências Médicas. São Paulo, 1983.

VIEIRA, M. Aposentado ganha valor de mercado. *Jornal Estado de Minas*, 26 maio 2008.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZANELLI, V. *Influências da aposentadoria na identidade pessoal*. Disponível em: <<http://www.frb.br>> Acesso em: 17 out. 2008.

Artigo enviado em: 24/06/2010

Artigo aprovado em: 02/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120003

2

Direito Penal

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

DIREITO PENAL

ARTIGO

EXISTE UM DIREITO INFRACIONAL?

IS THERE AN INFRACTION LAW?

ALDERICO DE CARVALHO JUNIOR

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

alderico@mp.mg.gov.br

RESUMO: O presente artigo busca introduzir a discussão sobre a aplicabilidade da teoria do delito aos crimes praticados por adolescentes, desmistificando a crença de que os adolescentes não são punidos por seus atos. O objetivo principal é demonstrar a proximidade entre o sistema trazido pela Lei nº 8.069, de 1990, e o Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; teoria do delito; adolescente; ato infracional; capacidade de cumprimento; condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

ABSTRACT: This article aims to introduce a discussion on the applicability of the Crime Theory to the crimes committed by teenagers, thus demystifying the belief that teenagers are not punished for their actions in Brazil. The main objective is to demonstrate similarities of the system brought about by Act 8069 of 1990 and the Brazilian Criminal Law.

KEY WORDS: Criminal Law; theory of crime; teenager; offense; ability to comply; the peculiar condition of the developing person.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Por que teorizar? 3. Primeiro limite: a tipificação legal. 4. Da aplicação da medida socioeducativa. 5. Cuidados a serem observados durante a execução. 6. Do Direito Penal ao Direito Infracional. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Questão instigante é saber qual é o campo de atuação do sistema socioeducativo; trata-se de uma zona ainda nebulosa. Embora existam algumas iniciativas esparsas, quase sempre em disciplinas eletivas ou em pós-graduações, a adolescência continua sendo marginalizada.

Permeado pela crença popular de programa social, que muitas vezes se coaduna com uma postura institucional paternalista, o atendimento ao adolescente autor de ato infracional está à busca de identidade. No ano em que o Estatuto da Criança e do Adolescente completou seu vigésimo aniversário, a teorização acerca da matéria ainda é pouco disseminada, o que possibilita a sobrevida de conceitos como “menor infrator”.

O que é ato infracional? A Lei nº 8.069, de 1990, considera como ato infracional “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (artigo 103). Não obstante a delimitação dada pelo conceito legal, esta é por vezes ignorada na prática, culminando em intervenções fundadas apenas na condição de risco social do adolescente. A errônea compreensão do fenômeno permite que praticamente tudo seja tratado na seara infracional, como se a privação ou as demais hipóteses de sancionamento previstas pelo Estatuto representassem solução uniforme para ausência de outras políticas públicas.

Quando o ato infracional sai de cena, a situação de risco social sobressai de tal maneira que passa a ser o único fundamento para a intervenção socioeducativa, tanto no momento de aplicação da medida, quanto em sua execução. Sob o pretexto de que o adolescente é vítima de um contexto e, portanto, carecedor da proteção da sociedade, legitimam-se intervenções que o tornam objeto.

Ao promotor de Justiça cabe exercer a titularidade da ação socioeducativa, atuando quando não for o caso de remissão ou arquivamento. Ao defensor cabe apresentar a defesa técnica, usando todos os instrumentos de direito material e processual pertinentes ao caso. Ao juiz, por fim, cabe a apreciação da demanda, sentenciando o adolescente à medida que se afigurar mais adequada. Entretanto, quando essas funções se encontram deturpadas, o que se constata é uma espécie de reunião para definir o futuro do “menor”, muito distante de uma audiência calcada no devido processo legal.

Quando afastamos os imperativos de defesa social, encobrindo-os sob o manto de que todos os que ali atuam em nome do Estado querem o “bem do menor”, não asseguramos um processo justo à sociedade, tampouco ao adolescente. A intervenção realizada de maneira açodada repercute no atendimento prestado pelos programas socioeducativos, que também acabam por colocar o ato infracional de lado.

Nesse sentido, delimitar o campo de atuação do atendimento socioeducativo, colocá-lo dentro de uma moldura, não significa aprisioná-lo em grilhões burocráticos, mas evitar que seja tudo e ao mesmo tempo nada. A necessidade de reconhecermos os parâmetros para a atuação do sistema, como se vê, não é apenas um filigrana acadêmico, possui intensas repercussões práticas. A concepção que deixa ao talante do operador, arbitrariamente, definir quais as hipóteses em que o adolescente pode ser alvo de intervenção socioeducativa legítima, na maioria das vezes, um retorno ao menorismo.

2. Por que teorizar?

Negligenciar o ato infracional como ponto de partida e limite à intervenção resulta no esvaziamento do fenômeno, que acaba por perder suas balizas. Esquecer o ato infracional e verter os olhos ao sujeito que o pratica até parece um discurso tentador, humanista. Porém, o foco na pessoa humana somente pode dar-se quando bem definida a moldura dentro da qual se desenvolverá a atuação socioeducativa; qualquer coisa fora disso será prática arbitrária disfarçada de discricionariedade.

Em uma sociedade plural, fundada na velocidade da informação, a multiplicidade de modos de ser deveria implicar uma reação natural das pessoas ante ao diferente. Entretanto, paradoxalmente, não é isso o que ocorre, pois prevalecem as tendências que automatizam comportamentos, como se o diferente fosse “errado”.

A intolerância, mais que um fenômeno da história, é um hábito da atualidade, como bem observou o jornalista Wellington Neri:

Ante a diferença, buscamos a negação. Ante a diversidade, buscamos a solidão. Queremos os iguais, queremos espelhos. Queremos um conforto e uma segurança em muros de medo e vemos o mundo por entre frestas de pouca luz, de parca lucidez. A realidade cada vez mais diluída em constantes pesadelos é uma realidade negligenciada pelo indiferentismo que nos domina. A nossa realidade vem sendo carcomida pelo medo. Estamos sós e mal acompanhados num mundo que desaba em certezas axiomáticas. Estamos sós e desamparados num mundo que se apequena em posicionamentos fundamentalistas. Estamos sós num mundo de intolerâncias. (NERI *apud* NOVELINO, 2009, p. 351).

O ato infracional, portanto, é o único meio objetivo de legitimar a intervenção do Estado. Caso contrário, adotaremos uma lógica higienista para padronização de comportamentos, tal como entenda aquele que detenha o poder de decisão. Não se mostra adequada a concepção que transforma adolescentes em “menores infratores”, somente porque gostam de *hip-hop* e utilizam bonés de abas retas.

No âmbito da execução de alguns programas socioeducativos, ainda presenciamos uma postura normalizadora, muito mais por desconhecimento que por desídia:

Temos que perguntar por que ainda têm sido insuficientes essas medidas? Necessário se faz uma mudança de postura, instituir novos valores na cultura, e abandonar a produção em série de programas que repetem na sua prática a mesma ideologia produtora da segregação [...]. Talvez seja prioritário nos lançarmos a fazer uma outra interpretação do texto; pois da forma como

está sendo tratada a questão, com poucas exceções, mantém-se, de toda forma, a ideologia punitiva, por meio de estruturas bem maquiadas, que mantêm de forma silenciada, mas ativa, uma concepção de massacre da subjetividade, desenhando o lugar de criança e adolescente como objetos que devem responder ao chamado da ortopedia para gerar o produto da inserção social, da adequação à ordem instituída. (BARROS, 2003, p. 10).

É necessário teorizar, não confundir as coisas. A aplicação de uma medida socioeducativa tem elevada carga sancionatória. Assim, por mais que as intenções sejam boas, submeter o adolescente a uma penalidade, sem a observância do devido processo legal, ou seja, sem os limites dados pelo ato infracional, é o mesmo que adotar uma conduta fascista de segregar o adolescente pelo seu modo de ser.

Sobre esse anacronismo, Vera Malagutti Batista sustenta que a correlação entre pobreza e criminalidade é ainda frequente, conforme demonstrou por meio de pesquisa realizada com adolescentes que passaram pela 2ª Vara de Menores do Rio de Janeiro. Nesse estudo, foi detectada a presença de um “olhar seletivo”, focado nos jovens pobres como alvos preferenciais da intervenção judicial. Em uma das passagens, a socióloga narra que determinado adolescente “por vestir roupas grandes e perambular pela Zona Sul, acabou sendo preso por três vezes, por suspeita de furto” (BATISTA, 2003, p. 103).

O estudo apresentado deixa clara a reprodução de uma cultura do suspeito. A invisibilidade dessas pessoas para a grande massa, alheia às estatísticas, é superada de maneira cruel pelo aparato repressor do Estado, que acaba por persegui-las pelo seu modo de ser e, não, pelo ato que eventualmente tenham praticado.

As situações verificadas hodiernamente podem ser resumidas em três cenários:

I. Intervenção do Sistema de Justiça Juvenil pautada apenas pela situação de risco social do adolescente, independente da prática de ato infracional. Este, embora frequentemente verificável, é o pior cenário, representando clara adoção do menorismo. García

Méndez anuncia que a intervenção judicial fundada na situação de risco social “somente pode suprir, seletiva e simbolicamente, as deficiências estruturais das políticas sociais básicas” e finaliza dizendo que com isso “exorcizam-se as deficiências das políticas sociais” (MÉNDEZ, 1998, p. 25-27).

II. Intervenção que, embora se inicie a partir da prática do ato infracional, perde-se no caminho, quer seja no procedimento de apuração de ato infracional, quer seja na execução da medida, quer em ambos. Nesse cenário a persecução se inicia com a prática do ato infracional, mas dela se distancia na medida em que os atores da justiça ou técnicos responsáveis pela execução se esquecem do fato praticado para privilegiar tão somente a intervenção fundada na situação psicossocial do adolescente; este é o cenário mais recorrente.

III. No terceiro cenário, ideal, a intervenção tem como início e limite o ato efetivamente praticado pelo adolescente. Na seara judicial a responsabilização se dá pelo ato praticado, sendo aspectos psicossociais verificados apenas para aplicação da medida mais adequada ao caso, após a constatação de uma conduta típica, ilícita e culpável.¹ Já na fase de execução é imperiosa a compreensão dos técnicos de que não estão em um programa social, mas, sim, em um sistema de responsabilização do adolescente por uma conduta que infringiu a lei penal e que foi devidamente sancionada com a aplicação de uma medida socioeducativa. Ainda na execução, os aspectos psicossociais devem ser trabalhados para o restabelecimento produtivo dos vínculos familiares e comunitários, para superação da situação contextual que levou à prática do ato infracional, o que somente é possível quando não se coloca de lado o ato cometido.

Não obstante vivermos em uma sociedade hipercomplexa, a intolerância ao diferente ainda impera, residindo nesta o nascedouro das razões para a delimitação da atuação socioeducativa.

¹ Certo é que a clássica teoria finalista do delito não é aplicável ao adolescente sem adequações; porém, não se pode negar que os substratos da tipicidade e antijuridicidade sejam os mesmos, apenas merecendo teorização própria ao ato infracional a categoria jurídico-penal da culpabilidade, devendo ser revisitados elementos como a imputabilidade e incluídos outros como a capacidade de cumprimento da medida.

Decerto a teorização não será capaz de possibilitar que se dissipe o preconceito, mas ao menos afastará a atuação da esfera infracional quando o delito não se fizer presente.

3. Primeiro limite: a tipificação legal

Infinitas interações ocorrem em uma sociedade plural, não sendo possível afirmar se determinada conduta é certa ou errada, boa ou má, moral ou imoral. A diversidade tudo relativiza, os valores se multiplicam ao sabor das novas relações que estabelecemos. O Direito, em um mundo multifacetado, tem a função de propiciar um mínimo de segurança, mitigando intervenções pautadas pela íntima convicção dos operadores do sistema.

Ao dizer quais condutas poderão ser alvo da atuação estatal, o legislador legitima a intervenção sobre ações concretas. As condutas devem ser descritas pelo legislador da maneira mais objetiva possível, esvaziada de concepções meramente morais.

O hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor mero respeito por determinadas concepções morais. (RODRIGUES *apud* NUCCI, 2009, p. 75)

Entre as infinitas condutas humanas o legislador faz um recorte e elege algumas como criminosas, descrevendo-as em abstrato, dando origem ao que chamamos de tipo penal.

Desse modo, a intervenção socioeducativa se dá a partir de um dado estritamente objetivo, melhor dizendo, a persecução infracional começa com a prática de um ato definido em lei como crime ou contravenção penal, nada mais. Certo é que, a partir da prática do ato infracional, dar-se-ão outros desmembramentos até se chegar à sentença que condena ou absolve o adolescente; porém, até mesmo esses desdobramentos deverão ser delimitados.

Reafirmar o caráter tutelar da doutrina da situação irregular que, como alhures salientado, já foi abandonado, pelo menos no plano formal, há vinte anos, pode trazer temerários reflexos na prática, como os inconvenientes de se submeterem a procedimentos da justiça juvenil adolescentes que nem sequer praticaram um ato infracional.

Ontologicamente não há diferenças entre o ato infracional e o crime, bem como em relação a estes e qualquer outra conduta humana; para Miller, “nada é mais humano que o crime” (MILLER, 2008). Embora o psicanalista francês se refira ao conteúdo imoral ínsito a todos nós, nos sonhos ou na fascinação pela criminalidade, ousamos ir além, sustentando que o crime é tão humano como qualquer outra conduta dirigida finalisticamente.

O legislador não é livre para criação de tipos penais, estando sempre adstrito à função precípua do Direito, que se resume na necessidade de proteção de bens jurídicos essenciais e, não, de qualquer bem jurídico. Apenas é legítimo tipificar como criminosas aquelas condutas que ofendam bens jurídicos de especial relevo,² considerando o significado comum das expressões e a construção histórica dos valores em determinada comunidade.

No seu aspecto estritamente formal, o ato infracional é o comportamento do adolescente análogo ao que está previsto em leis penais como crime ou contravenção. Assim, para a análise que nos basta neste momento, o ato infracional é o crime ou a contravenção praticada pelo adolescente.

4. Da aplicação da medida socioeducativa

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que em matéria infracional o adolescente responde pelo ato praticado e, não, pelo seu modo de vida. Diferentemente do antigo Código de Menores, no qual crianças e adolescentes abandonados poderiam ser alvos da intervenção judicial indistintamente, o ECA permite a aplicação de

² É forçoso reconhecer que, embora tenham uma tessitura aberta, há um mínimo de significado facilmente apreendido pelo senso comum em expressões como “condutas desviantes”, “desvalor social” e “bens de especial relevo”.

medida socioeducativa apenas diante da prática do ato infracional. Afasta-se, portanto, de um Direito Infracional do Autor para um Direito Infracional do Fato.

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que é o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser do autor”, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. [...] Desta maneira não se condena tanto o furto como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinquente sexual, etc. (ZAFFARONI *apud* NICODEMOS, 2006, p. 69)

A intervenção pautada apenas no sujeito, e não no ato infracional cometido, possibilita que o Direito exerça sua função de controle, rotulando o adolescente por seu modo de vestir, de agir, enfim, de conduzir sua vida. A ação estigmatizadora, que ainda impera sobre grupos de adolescentes que não correspondem aos padrões esperados, torna a norma infracional direcionada, embora seu conceito abstrato pressuponha uma universalidade de incidência.

Não se trata de meras ilações abstratas; abandonar o ato infracional pode dar ensejo à privação de liberdade de adolescentes que nem cometeram ato infracional, como correntemente acontece com adolescentes que se encontram na prostituição ou que sejam viciados em drogas. Infelizmente internações sustentadas na situação de risco social ainda hoje são comuns. Não estamos aqui defendendo que o adolescente em situação de risco deve ser privado do devido auxílio da sociedade e do Estado; o que não se mostra adequado é que essa intervenção se dê na esfera infracional.

Ihering sustentava:

[...] a espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente, completam-se mutuamente e, na realidade, o Direito só reina quando a força despendida pela Justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega para manejar a balança. (IHERING, 1992, p. 36)

Não se podem tratar os atos infracionais tão somente com a espada, mitigando garantias materiais e processuais; de outro flanco, não se pode, em nome do amparo assistencial, esquecer o ato infracional praticado e sua necessária responsabilização.

Até é desejável que se entenda a dinâmica psicossocial do adolescente para fundamentar a aplicação desta ou daquela medida socioeducativa, bem como pautar a execução dessa medida. Porém, é de todo inapropriado que, em nome dessa compreensão, esqueça-se do ato infracional, único e derradeiro limite à atuação estatal.

5. Cuidados a serem observados durante a execução

Após proferida a sentença que aplica a medida socioeducativa, os programas de execução, por meio do Plano Individual de Atendimento, construirão alternativas junto ao jovem, sem destoar da necessária responsabilização pelo ato infracional praticado. Nesse momento, outros enfoques, mesmo que de assistência social, são bem-vindos, desde que alinhados à conduta infracional praticada. A participação proativa do jovem também deve estar em vista, visto que é decisiva para o sucesso da intervenção. Trata-se de uma mudança de paradigmas, que transpõe o adolescente da condição de mero objeto para sujeito principal da condução do programa de atendimento.

É um projeto que possibilita várias entradas, em que o adolescente possa experimentar os caminhos da sua condição subjetiva e desenhar aquilo que poderá vir a ser o seu projeto de vida, inédito, único e singular... Aos operadores da rede será autorizado o acompanhamento do adolescente neste percurso, e o adolescente irá indicar o caminho, pois só ele tem o mapa, ainda que não o saiba, que o levará à saída. (BARROS, 2003, p.14)

Esse equilíbrio entre a responsabilização do adolescente autor de ato infracional e as alternativas pedagógicas que são com ele trabalhadas só é possível quando se tem clareza sobre o que inaugura a intervenção, isto é, o fato praticado e, não, a qualidade pessoal do sujeito que o pratica. A doutrina de Paulo Garrido

dispõe que o sistema procurou “conciliar essas duas necessidades, buscando fórmulas que defendessem a sociedade ao mesmo tempo em que propiciassem uma intervenção educativa com a eficácia de promoção da cidadania”. (PAULA, 2006, p. 30).

De outra via, devemos afastar a condução dos programas por linhas estritamente assistencialistas, sob pena de infirmar o Direito Infracional do Fato e privilegiar o Direito Infracional do Autor.

6. Do Direito Penal ao Direito Infracional

O reconhecimento da existência de um ponto de contato com o Direito Penal é de relevância para a construção do Direito Infracional como ramo autônomo. Tentar escamotear o nascedouro do Direito Infracional não contribui para afirmar sua autonomia, mas apenas para subordiná-lo à ultrapassada doutrina da situação irregular, enquanto, ao revés, admiti-lo como derivado do Direito Penal nos ajuda a expurgar os fantasmas do menorismo.

O Direito Penal, em seu aspecto sociológico, é um entre os vários sistemas sociais que exercem papel de coordenação e controle social, como o são também a família e a sociedade. A diferença entre o controle realizado pelo Direito Penal e pelos outros sistemas sociais inaugura-se a partir do tipo penal.

O sancionamento de um adolescente no âmbito infracional, chegando até mesmo à privação de liberdade, ocorre quando não for possível a solução da ofensa em outros sistemas de controle social. É por isso que se diz que o Direito Penal e, por arrastamento, o Direito Infracional, é a *ultima ratio*, situando-se sua atuação somente no caso de lesões a bem jurídicos que não possam ser combatidas eficazmente por outros mecanismos de contenção do ato infrator.

Nesse sentido, as condutas descritas como crime ou contravenção se submetem ao princípio da subsidiariedade,³ por meio do qual o legislador destaca, dentre as infundáveis condutas humanas relevantes, apenas algumas poucas. Essa escolha recai exatamente

³ É o que Régis Prado (2003, p. 149), em feliz passagem, definiu como um “arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente irrelevante”.

sobre as condutas que ensejam lesões a bens jurídicos de maior expressão, como, por exemplo, a vida.

Conforme vimos, o ato infracional não é conceituado como qualquer conduta do adolescente tida como “desviante”, que se afaste dos padrões “normais” criados pela expectativa social, mas somente aquelas escolhidas pelo legislador e descritas em abstrato como crime ou contravenção. É bom que fique bem vincado esse conceito para que os operadores do Sistema percebam que nem toda conduta considerada como “desviante” aos olhos de quem se debruça sobre o fenômeno poderá ser tratada no âmbito do direito infracional.

Além disso, mesmo o fato sendo tipificado na lei penal como crime ou contravenção, poderá haver situações que não sejam o caso da aplicação de medida socioeducativa. A simples subsunção formal da conduta do adolescente à descrição da lei não é suficiente, sendo mero ponto de partida. Como veremos adiante, para se responsabilizar o adolescente por sua conduta no âmbito da justiça infracional, será necessária a concorrência de outros fatores, que somente poderão ser verificados com a análise do caso concreto.

A criação de um núcleo duro para a disciplina do Direito Infracional se vale sem sombra de dúvidas de institutos criados ao longo dos séculos pelo Direito Penal. A Teoria do Delito, com as suas mais diversas variações desde o sistema causalista de Lizst-Beling até os funcionalismos de Günther Jakobs e Claus Roxin, conquanto não possa ser simplesmente transportada para o Direito Infracional, é um parâmetro básico que não deve ser olvidado.

No que toca às categorias jurídico-penais da tipicidade e da ilicitude, nenhuma alteração parece ser necessária para adequá-las ao ato infracional, podendo elas ser inteiramente transpostas. Todavia, daí para a frente, em referência ao substrato da culpabilidade dos finalistas ou da responsabilidade para o funcionalismo roxiniano, a história muda de figura. Isso porque o pressuposto básico para se analisar a culpabilidade do agente e, portanto, ser possível a aplicação da sanção, é a verificação de sua imputabilidade.

A doutrina penal tradicional trata o menor de dezoito anos como inimputável sem maiores digressões. Por exemplo, vejamos o que diz Guilherme Nucci:

Trata-se da adoção nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se conforme este entendimento. (NUCCI, 2009, p. 295).

Não há, porém, como tratar a matéria com reducionismos; o Brasil, ao adotar o critério biopsicológico para imputabilidade penal, apenas apresentou sua opção político-criminal de não responsabilizar os adolescentes pelo mesmo sistema penal dos adultos. Dessa maneira, a opção brasileira não significa que os adolescentes sejam inculpáveis e ponto final, mas apenas que respondem por um sistema próprio.

Os adolescentes, ou seja, aqueles que estão entre 12 e 18 anos incompletos, são inimputáveis penalmente, isso ninguém discute; contudo, há de se salientar que não são irresponsáveis. O Código Penal dispõe, em seu artigo 27, que os menores de 18 anos são “penalmente inimputáveis” e complementa, “ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Assim, resta claro que os menores de 18 anos apenas não se submetem aos preceitos secundários das leis penais e ao regime carcerário dos adultos. Outra não é a redação do artigo 228 da Constituição da República e do artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em nenhum momento o ordenamento jurídico brasileiro⁴ sustenta que os adolescentes sejam inimputáveis de maneira ampla, a legislação se restringe a dizer que não serão imputáveis *penalmente*.

⁴ O art. 50 do Código Penal Militar dispõe que: “O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade”. Todavia, o dispositivo é considerado como não recepcionado pela atual Constituição.

Trata-se, em verdade, de harmonização entre a necessidade de responsabilização do jovem infrator e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento a que está submetido. O que o ordenamento visa permitir é uma distinção entre o adolescente e o adulto no que concerne ao preceito secundário do crime e ao meio de execução da sanção imposta.

Desde 1940, nossos professores botaram na nossa cabeça a idéia de imaturidade dos menores, o que é um absurdo absoluto, formulado de maneira tão genérica pelo Ministro Campos. Seguindo ele, todos os menores de 18 anos no Brasil eram imaturos. Absurdo completo. E nós contaminamos toda a nação com esta insólita concepção [...]. Os estatutistas merecem todos os encômios pela elevação à Lei Magna de uma aspiração comum, mas poderiam ter aproveitado para destruir um mito prejudicial. Os adolescentes sabem o que fazem, mas não vão para a cadeia, pois temos solução melhor para seus crimes. (CAVALIERI *apud* SPOSATO, 2006, p. 271).

Ao se dizer que o adolescente é penalmente inimputável, está se afirmando que, por sua condição pessoal, não fica sujeito ao preceito secundário do crime que praticou, mas, sim, ao art. 112 do ECA, sendo a execução da medida socioeducativa também realizada em programa específico. Dessarte, fica fácil concluir que, embora não seja imputável penalmente, é-o infracionalmente ou, como queira, continua sendo passível de responsabilização pelos seus atos.

Ao abandonarmos a dicotomia entre imputabilidade e capacidade de entender e de querer, cairá por terra o principal argumento dos defensores da diminuição da maioridade penal. O que diferencia o adulto do adolescente não é a ausência de capacidade de entender e de querer, mas, sim, o fato de esta capacidade sofrer o influxo da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ultrapassado o obstáculo da imputabilidade do agente menor de 18 anos, ainda persistem, entretanto, diferenças marcantes entre a clássica categoria jurídico-penal da culpabilidade e sua aplicação ao Direito Infracional. Talvez a mais significativa remodelagem trazida

pelo Estatuto da Criança e do Adolescente esteja na “capacidade de cumprimento” da medida que porventura venha a ser imposta.⁵

Aos olhos do leigo, numa análise superficial, a “capacidade de cumprimento” pode significar algo inerente ao jovem, qualidade que ele possuirá ou não, quase como uma característica estática de sua personalidade. Assim, a capacidade de cumprimento seria a adequabilidade da medida às possibilidades de cumprimento pelo adolescente.

Entretanto, o conceito de “capacidade de cumprimento” deve ser ampliado para abarcar em sua análise a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Defendemos que, para a aplicação da medida socioeducativa, muito mais que a simples possibilidade de adaptabilidade do jovem ao programa socioeducativo, o julgador deverá verificar a “capacidade de cumprimento” entendida como a “necessidade de cumprimento” de uma sanção socioeducativa.

Dado determinado caso concreto, a conduta do adolescente poderá ser típica e ilícita, tendo capacidade de entender e de querer, também potencial consciência da ilicitude, sendo-lhe exigível conduta diversa e, mesmo assim, ser inaplicável a medida socioeducativa no caso concreto. É imperioso identificar quando aquele ato é uma resposta natural e peculiar da adolescência.

Em oposição à ideologia oficial, a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal (com exceção da grave violência pessoal, patrimonial ou sexual), que desaparece com o amadurecimento: infrações de bagatela e de conflito do adolescente seriam expressão de comportamento experimental, e transitório dentro de um mundo múltiplo e complexo, e, não uma epidemia em alastramento, cuja ameaça exigiria estratégias de cerco e aniquilamento. As ações anti-sociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do

⁵ Embora defensável que a capacidade de cumprimento iluminada pela condição peculiar da pessoa em desenvolvimento seja tratada no âmbito da inexigibilidade de conduta diversa, optamos por admiti-la como elemento autônomo da culpabilidade do adolescente.

adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos e estupros, por exemplo: o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas, explica sua extinção espontânea durante a fase da chamada 'Peack-age' e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação. (SANTOS *apud* ROSA, 2006, p. 282).

Presenciamos frequentemente adolescentes que, ao serem sancionados disciplinarmente ou ao serem repreendidos no colégio ou até mesmo em ambiente doméstico, ameaçam matar aqueles que os contrariaram. No exemplo mencionado, os positivistas mais puritanos decerto identificariam a conduta típica do delito de ameaça, prevista no art. 147 do Código Penal, verificariam que o adolescente não estaria amparado por nenhuma excludente de ilicitude e seria culpável, visto que era imputável infracionalmente, tinha potencial consciência da ilicitude e lhe era exigível conduta diversa. No entanto, se analisarmos a "capacidade de cumprimento", entendida como "necessidade de cumprimento", constataremos que o sancionamento no âmbito infracional será despiendo, pois a resposta do adolescente num momento de ira é uma resposta normal à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Presente um fato descrito na Lei penal como crime ou contravenção, o adolescente poderá vir a responder infracionalmente, porém, como bem observou Luís Greco, "o direito tem de sensibilizar-se para as diferenças entre casos aparentemente iguais" (GRECO, 2000, p. 45). Assim, por exemplo, não é toda ameaça de causar mal injusto e grave que deve ser sancionada infracionalmente, mas apenas aquela que por sua natureza transcender os limites do tolerável para a adolescência. Dessa maneira, no mais das vezes, diferencia-se uma ameaça irrogada em um ambiente doméstico ou socioeducativo daquelas realizadas por adolescentes que, por exemplo, disputam a gerência de uma "boca de fumo", essas últimas, sim, devem ser sancionadas com as medidas previstas no Estatuto.

O Direito não é um sistema fechado, sofre diuturnamente a influência dos outros saberes, estando em constante mutação. Os

juristas, ao invés de se encastelarem, devem buscar fomentar a interdisciplinaridade, utilizando elementos de outras ciências, como a psicologia e o serviço social. Não basta o operador ter a sensibilidade aguçada para identificar a necessidade de cumprimento de uma medida socioeducativa, deve se valer da anamnese e dos laudos psicossociais confeccionados pelos técnicos. Desse modo, após a constatação da prática do ato infracional em seu aspecto objetivo, o operador do Direito deve se valer do relatório psicossocial para verificar a necessidade de aplicação de medida socioeducativa ou qual a medida adequada ao caso concreto.

Uma Teoria do Ato Infracional, não obstante tenha pontos de contato com a Teoria do Delito, desta se afasta em alguns momentos. Conforme se depreende de nossas discussões preliminares, que buscaram muito mais aguçar o debate que exauri-lo, o ato infracional é uma conduta típica e antijurídica, pela qual o adolescente deve ser responsabilizado, se presentes os elementos de imputabilidade infracional, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e capacidade de cumprimento, refletida pela condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

7. Conclusão

A ausência de sistematização da matéria e da delimitação do campo de atuação do Sistema de Justiça Juvenil traduz-se em significativos problemas para aplicação e execução da medida socioeducativa. A aplicação de medida socioeducativa sem a identificação do ato infracional praticado e a existência de programas de execução de índole estritamente assistencialista denotam a falta de identidade do Direito Juvenil, provocando um retorno ao menorismo.

Sobre o campo da teorização, verificamos que, embora decorrente do Direito Penal, o Direito Infracional tem especificidades que lhe dotam de luz própria, sobretudo pela análise da imputabilidade e da capacidade de cumprimento da pena. A incipiente teorização reforça seu caráter marginalizado, o que repercute na prática forense quando constatamos que de maneira ainda recorrente adolescentes são privados de liberdade não pelos atos que cometeram, mas, sim, pela situação de risco pessoal a que estão submetidos.

8. Referências bibliográficas

BARROS, Fernanda Otoni (Coord.). *Tô fora: o adolescente fora da lei: o retorno da segregação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: 1990.

BRASIL. *Lei 8.742, de 1993*. Lei Orgânica da Assistência Social. Brasília, DF: 1993.

BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Brasília, DF: SEDH, 2008.

CÂMARA, Paulo Sette; DINIZ, Ana; AROUK, Osmar. Nota Técnica da Secretaria Especial de Defesa Social do Pará, 1999. Disponível em: <www.forumseguranca.org.br>. Acesso em: 21 set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. O direito penal antes e depois de Roxin. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2066, 26 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12370>>. Acesso em: 20 set. 2009.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Jurídica*, n. 272, Brasília/DF, jun./2000.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta Pelo Direito*. São Paulo: Forense, 1992.

MÉNDEZ, Emílio García. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MILLER, Jacques-Alain. *Nada é mais humano que o crime*. Trad. Kátia Mariás. Rev. Ludmilla Féres. Intervenção realizada em 29 de abril de 2008, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, sobre o livro de Silvia Elena Tendlarz e Carlos Dante Garcia: *¿A quién mata el asesino?* Psicanálise e criminologia.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do *homo sacer* (Agamben). In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: o adolescente e o ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio de direito (penal) juvenil*. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA. *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

Artigo enviado em: 06/10/2010

Artigo aprovado em: 30/03/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120004

DIREITO PENAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E CRIME DE CASA DE PROSTITUIÇÃO

HENRIQUE HOFFMANN MONTEIRO DE CASTRO

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

henriquehmc@gmail.com

1. Introdução

O desiderato deste ensaio é enfrentar o problema da possibilidade de aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social ao crime de casa de prostituição.

Para tanto, proceder-se-á à análise de recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 104.467/RS, relatada pela Ministra Cármen Lúcia e publicada em 09/03/2011. Tal julgado sopesou a conduta tipificada no art. 229 do Código Penal, alterado pela Lei nº 12.015/2009, em face dos postulados citados.

No caso concreto, alegou-se que, em consonância com a fragmentariedade e a adequação social, a conduta perpetrada, encaixada no tipo penal de casa de prostituição, seria materialmente atípica, apesar de presente a tipicidade formal.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter exarado anteriormente acórdão negando a incidência do princípio da adequação social ao crime de casa de prostituição (STF, HC 99.144/RS, Rel. Min. Menezes

Direito, *DJe* 10/06/2009), a decisão comentada adquire especial importância porque foi proferida após o advento da Lei nº 12.015/2009, confirmando o entendimento sob a égide da novel legislação.

A fim de cumprir esse mister, é empreendida uma análise do acórdão paradigmático e se realiza um breve estudo do crime de casa de prostituição. Além disso, são examinados os princípios da fragmentariedade e da adequação social, para então raciocinar sobre os argumentos favoráveis e contrários à incidência dos postulados no crime sexual, tomando-se como base o julgado mencionado, porém, sem se limitar a ele. Por fim, são tecidas algumas considerações sobre a temática em debate.

2. Julgado paradigmático

O julgado a ser dissecado nesse trabalho consiste em acórdão recente emanado do Supremo Tribunal Federal, que foi assim ementado:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDOTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO.

1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade.

2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), ‘não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue’.

3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor.

4. *Habeas corpus* denegado.

(STF, HC 104.467/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 09/03/2011).

3. Crime de casa de prostituição

Como é notório, recente alteração legislativa, introduzida pela Lei nº 12.015/2009, modificou o Título VI do Código Penal, passando os crimes dessa espécie a serem denominados crimes contra a dignidade sexual, e não mais delitos contra os costumes. Várias modificações foram realizadas nos tipos penais, inclusive com a supressão e a criação de crimes sexuais.

Com relação ao crime de casa de prostituição, que importa ao presente artigo, apesar de não ter sido suprimido, teve sua redação substancialmente alterada. A redação antiga assim dispunha:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

O novo dispositivo foi redigido da seguinte forma:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

O tipo penal em destaque visa proteger a liberdade sexual em face da exploração levada a efeito por agentes que, carecendo de escrúpulos, incentivam o favorecimento sexual alheio em benefício próprio. Cuida-se de bem jurídico de elevada importância para a sociedade, havendo relevância suficiente para justificar a intervenção do Direito Penal para resguardá-lo.

Resta evidente que, com a modificação da lei penal incriminadora, para a configuração do crime não mais é suficiente que o local seja destinado a encontros para fins libidinosos, sendo imprescindível que haja exploração sexual.

Dispensa-se a lucratividade da exploração. Aliás, é desnecessário não só que o agente obtenha proveito econômico com a exploração da prostituição em seu estabelecimento, mas também que haja mediação direta entre o proprietário da casa, a prostituta e o cliente. (CAPEZ, 2008, p. 99).

Convém sublinhar que essa alteração colocou uma pá de cal sobre a discussão acerca da tipicidade da conduta de manter motel ou hotel de alta rotatividade, sedimentando-se o entendimento de que não há crime na manutenção de estabelecimento destinado a encontros sexuais casuais consentidos.

4. Princípio da fragmentariedade

É indubitável que a eleição de uma conduta como criminosa deve orientar-se pelo desiderato protetivo do bem juridicamente tutelado (WELZEL, 1987, p. 83). Nem todos os bens jurídicos merecem a tutela específica do Direito Penal. Os interesses protegidos pela norma penal são apenas aqueles que exigem especial blindagem, por se revelarem insuficientes as garantias ofertadas pelos demais ramos do Direito. (ROCHA, 2004, p. 88).

Assim, o Direito Penal qualifica-se como fragmentário pelo fato de ocupar-se somente de uma parte dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico (BITENCOURT, 2008, p. 14). Analogia interessante sobre o tema é que o Direito Penal constitui um gigantesco oceano de irrelevância, pontestado por pequenas ilhas de tipicidade. (CAPEZ, 2008, v. 1, p. 17).

Com efeito, apenas os ilícitos que atacam os valores fundamentais para o progresso da sociedade configuram infrações penais – o Direito Penal é a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos (MASSON, 2009, p. 35). Realiza-se uma proteção seletiva dos bens jurídicos, exigindo-se a gravidade e a intensidade da ofensa, de maneira a sancionar tão somente as condutas mais austeras praticadas contra os interesses mais relevantes. (BITENCOURT, 2008, p. 15).

A doutrina moderna é praticamente unânime em afirmar que o Direito Penal qualifica-se como subsidiário e fragmentário. O postulado da fragmentariedade traduz uma característica do princípio da intervenção mínima, assim como a subsidiariedade.

Enquanto a subsidiariedade norteia a intervenção do Direito Penal em seu âmbito abstrato, que somente deve interferir diante do fracasso dos outros ramos do Direito (*ultima ratio* ou derradeira trincheira), a fragmentariedade guia a operação do Direito Penal diante de caso concreto, que apenas deve interferir nos fatos causadores de intolerável e relevante lesão ao bem jurídico tutelado.

De um lado, a subsidiariedade exige do legislador cautela ao eleger as condutas que merecerão sanção penal, devendo tipificar somente os comportamentos que, segundo comprovada experiência anterior, não puderam ser contidos de forma suficiente pela aplicação dos demais ramos do Direito. A fragmentariedade, a seu turno, demanda que o operador do Direito não realize o enquadramento típico quando a situação específica puder ser solucionada satisfatoriamente por ramos do Direito menos agressivos. (CAPEZ, 2008, p. 19). Quando bastarem outras especialidades do Direito, o Direito Penal deve sair de cena.

Todavia, há quem afirme que a fragmentariedade, em verdade, evidencia uma consequência da adoção dos princípios da intervenção mínima, lesividade e adequação social, pois, uma vez escolhidos os interesses fundamentais (comprovada a lesividade e a inadequação social das condutas que os violam), esses bens jurídicos passam a ser protegidos pelo Direito Penal. (GRECO, 2010, p. 57).

Exemplificando, se um empregado furta uma caixa de canetas e é demitido por justa causa, ao ressarcir o prejuízo, constata-se que o problema foi satisfatoriamente resolvido pelo Direito do Trabalho e Direito Civil, não havendo necessidade da drástica intervenção do Direito Penal.

Destarte, dado o caráter fragmentário do Direito Penal, esse ramo do Direito se limita a castigar apenas os comportamentos mais severos contra os bens jurídicos mais importantes. (CONDE, 1975, p. 71-72).

5. Princípio da adequação social

O Direito Penal somente tipifica comportamentos que tenham certa relevância social, tendo em vista que o tipo penal abrange somente as condutas contrárias ao interesse público. (JAKOBS, 1997, p. 244). A lei penal não tem o intuito de coibir condutas úteis para a coletividade. (ESTEFAM, 2010, p. 121). Nesse sentido, os comportamentos aceitos socialmente não podem sofrer a repulsa penal (sendo erigidos à categoria de infração penal) a não ser que sejam efetivamente rechaçados pela sociedade. (CAPEZ, 2008, p. 16).

A teoria da adequação social prega que a conduta não se revela típica se, apesar de haver subsunção ao modelo legal incriminador, estiver em conformidade com a ordem social da vida (PRADO, 2006, p. 83), isto é, em consonância com a vida social ordenada (WELZEL, 1970, p. 66). Assim, a conduta será formalmente típica, porém materialmente atípica, pela ausência de lesividade ao bem jurídico protegido – haverá tipicidade formal, mas não tipicidade material. Nessa esteira:

[...] se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas. (TOLEDO, 1994, p. 131).

Esse postulado estabelece que não se considera criminoso o procedimento que, conquanto seja tipificado na lei penal, não afronte o sentimento social de justiça, ou seja, aquilo que a sociedade tem por justo. (CAPEZ, 2008, p. 16).

A tipificação de fato socialmente adequado deve ser repudiada, resultando em atuação inconstitucional do legislador, dada sua incompatibilidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. (ESTEFAM, 2010, p. 121-122).

Interessante exemplo consiste em imaginar uma norma que infligisse pena àqueles que praticassem doações a pessoas necessitadas. Restaria evidente o absurdo de uma lei penal dessa estirpe, pois o legislador não pode agir de modo arbitrário, com ausência de critério, incriminando toda e qualquer conduta a seu bel-prazer.

Em que pese a grande adesão doutrinária de que o princípio goza, há quem critique o postulado, direcionando sua opinião desfavorável ao fato de o Direito Penal não admitir o costume como forma de integração da lei penal, em razão da exigência da *lex scripta* decorrente do princípio da legalidade. Ademais, o Judiciário não se pode substituir ao Legislativo para revogar uma lei penal incriminadora, sob pena de violação aos princípios democrático e da separação dos poderes. Como se não bastasse, o princípio da adequação social é por demais impreciso e vago, não se ajustando às exigências da dogmática penal. (CAPEZ, 2008, p. 17).

6. Argumentos em prol da incidência dos postulados no crime de casa de prostituição

Aqueles que defendem a atipicidade da casa de prostituição em decorrência da aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social desenvolvem uma série de argumentos para embasar sua posição.

Menciona-se a ausência de dano ou de perigo de dano a valores da comunidade pela tão só manutenção de casa de prostituição em que haja relações sexuais consentidas entre pessoas capazes. Por óbvio, dessa permissão de exploração da casa de prostituição estão excepcionadas as hipóteses de exploração sexual de crianças e adolescentes (art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), de rufianismo (art. 230 do Código Penal – CP) e de favorecimento da prostituição (art. 228 do CP), em relação aos quais a sociedade expressa profunda repugnância.

Além disso, aquilo que não pode ou não deve ser proibido pela via direta não deve ser proibido pela via indireta. Se a prostituição não é vedada, não há razão para criminalizar a sua exploração.

Importante grifar que eventuais crimes praticados no estabelecimento em que haja a exploração da prostituição (como perturbação do sossego, ato obsceno, cárcere privado, extorsão, porte ilegal de armas, porte de drogas para consumo pessoal, constrangimento ilegal) são autonomamente puníveis, não ficando impunes em razão da descriminalização da casa de prostituição.

Ademais, proibir a casa de prostituição não a previne, mas simplesmente remete a atividade vedada para a clandestinidade, em que não existe qualquer controle. Por essa razão, a intervenção penal é inadequada e contraproducente, criando mais problemas do que resolvendo. Nessa ordem de ideias, caso fosse regulamentado o exercício da prostituição, seria possível exercer um controle mínimo por parte do Estado, visando a proteger clientes e prestadores de serviço.

Criminalizando a casa de prostituição, o Estado acaba por negar a dignidade da pessoa humana, tratando as pessoas prostituídas não como sujeitos de direitos, mas como simples objetos, instrumentalizando-as e negando-lhes a liberdade de decidirem por conta própria. As pessoas adultas são livres para dispor de seus corpos como bem entenderem, inclusive de forma onerosa se assim o desejarem. O Estado não deve pretender proteger pessoas capazes contra suas próprias decisões, tratando-as como crianças indefesas.

Uma parcela dos juristas defende que tornar crime a casa de prostituição configura nítida confusão entre “moral” e “direito”, pois cada indivíduo tem sua particular percepção sobre a liberdade de sexo, conceituando moralidade sexual à sua própria maneira. O Estado não pode impor ao indivíduo uma determinada orientação moral, porquanto a esfera moral não se confunde com o plano jurídico.

De mais a mais, a prostituição está presente de forma pública em todos os lugares e meios de comunicação, demonstrando uma evidente incompatibilidade entre a tolerância real e a intolerância legal.

Acerca do tema, ressalta a doutrina que:

Tanto passou a ser irrelevante para o Direito Penal a manutenção de casa de prostituição, que existem estabelecimentos dessa natureza em praticamente todos os municípios do país, fato que é conhecido da população e das autoridades policiais e administrativas. Ademais, a penalização da conduta [...] se constituiu tratamento hipócrita apenas de casos isolados, normalmente marcado pela participação de pessoas de baixa renda, diante da prostituição institucionalizada, amplamente anunciada com rótulos como ‘acompanhantes’, ‘massagistas’ e outros, inclusive pelos meios de comunicação social. Os que forem contrários aos locais de prostituição devem buscar sanar o que consideram um problema através de campanhas de esclarecimento ou educação moral, mas jamais valendo-se *[sic]* do direito penal, que há muito tempo mostra-se *[sic]* ineficaz para combater esse comportamento. (NUCCI, 2003, p. 707-708).

Assim, a eficácia da norma penal nos casos de casa de prostituição mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico. Manter a penalização resulta num tratamento hipócrita diante da publicidade da exploração das casas de prostituição, que não sofrem praticamente reprimenda alguma do poder punitivo estatal. Não é surpresa para ninguém que quase não há fiscalização nos bordéis, boates de *stripteases* e estabelecimentos congêneres, sendo tal conduta tolerada há muito tempo. Outrossim, a existência de tipos penais como o do art. 229 apenas gera descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público e Judiciário).

Segundo essa corrente doutrinária, o controle social informal seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática dos comportamentos que envolvem a prostituição, não havendo necessidade da repressão penal. (GRECO, 2010, p. 650-651).

Muito embora a figura típica da casa de prostituição ainda seja albergada no Código Penal vigente (editado no longínquo ano de 1940), a conduta a que se refere o art. 229 deixou de ser vista à conta de delituosa, porque se trata de um conceito moral reconhecidamente ultrapassado que já não se sustenta nos dias atuais. É inegável que a sociedade evoluiu sobremaneira no que tange ao pudor e à quebra de paradigmas atinentes à conduta sexual.

Existe a necessidade de atentar-se, passados quase setenta anos da publicação do Código Penal, para os novos conceitos morais da sociedade, sendo ilógico considerar e tipificar como crime uma conduta moralmente aceita nos dias atuais. A prostituição é institucionalizada no meio social com rótulos de acompanhantes, massagistas e motéis, sendo amplamente divulgada pelos meios de comunicação, sem qualquer reprimenda do poder estatal, que lhes concede alvará de funcionamento e se beneficia da arrecadação tributária. O Direito Penal existe para proteger bens relevantes para a sociedade e esta deixou de considerar as casas de prostituição como ofensivas à moralidade pública sexual.

Demais disso, a casa de prostituição possui

uma função preventiva na entrosagem da máquina social: é uma válvula de escape à pressão de recusável instinto, que jamais se apaziguou na fórmula social da monogamia, e reclama satisfação até mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou a suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar. Anular o meretrício, se isso fora possível, seria inquestionavelmente orientar a imoralidade para o recesso dos lares e fazer reverter a libido para a prática de todos os crimes sociais. (HUNGRIA, 1959, p. 169-170).

Apesar da norma penal incriminadora hospedada no art. 229 do Código Penal estar em plena vigência, é preciso interpretá-la de forma cuidadosa para que possa ter validade e aplicabilidade em relação aos fatos da vida real. Conclui-se que a punição da casa de prostituição consubstancia uma violência absolutamente despropositada, devendo o Estado intervir, nessa seara, por outros meios mais adequados e menos lesivos à liberdade.

7. Argumentos contrários à aplicação dos princípios ao crime de casa de prostituição

O julgado em exame, na esteira da doutrina e jurisprudência majoritárias, nega aplicação ao postulado da adequação social ao crime de casa de prostituição, e o faz ancorado numa sequência de raciocínio sólida e congruente.

Primeiramente, importante destacar que a norma penal não pune a pessoa que se prostitui, porquanto se confere ao ser humano o direito de fazer uso do seu próprio corpo da maneira que melhor lhe aprouver, em consonância com o direito à liberdade individual. Contudo, é fundamental frisar que a liberdade sexual (nela inserida a disposição do próprio corpo para fins libidinosos mediante paga) não se confunde com a exploração da liberdade sexual alheia. Enquanto o Direito Penal não criminaliza a ofensa àquele bem jurídico, em função do princípio da lesividade (que impede a punição da autolesão), tipifica as condutas que violem este objeto jurídico, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Por isso, em que pese se extrair da ementa transcrita que o crime de casa de prostituição protege a moralidade sexual e os bons costumes, em verdade o tipo penal visa impedir a exploração da liberdade sexual alheia. Isso porque, como “moral” e “direito” não se confundem, o Direito Penal não tem como escopo punir condutas que atentem tão somente contra o sentimento ético da coletividade.

Demais disso, os estabelecimentos em que ocorrem exploração sexual são dos mais propícios para a disseminação de inúmeros outros ilícitos, tais como a prostituição infanto-juvenil, o porte ilegal de armas de fogo e o tráfico de drogas.

É muito importante diferenciar adequação social com mera leniência ou indulgência. Aquilo que pode ser tolerado por um setor da sociedade jamais será, só por isso, socialmente adequado. (ESTEFAM, 2010, p. 122). Essa é a razão que leva o Supremo Tribunal Federal a entender que o postulado não se presta a descriminalizar a casa de prostituição. Pelo mesmo motivo é que as Cortes Superiores entendem pela persistência da tipicidade (formal e material) também nos casos de jogo do bicho (STF, RE 608.425/MG, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 02/08/2010), de descaminho praticado por camelô (STF, HC 45.153/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 26/11/2007) e de violação de direitos autorais por venda de DVDs piratas (STF, HC 98.898/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 21/05/2010).

A prostituição é tolerada como uma fatalidade da vida social, mas a ordem jurídica faltaria à sua finalidade se deixasse de reprimir aqueles que contribuem para o fomento dessa mazela da sociedade.

Nessa toada, o legislador foi criterioso ao tipificar a casa de prostituição, pois o art. 229 busca impedir que pessoas sem escrúpulos se beneficiem da miséria alheia, incentivando a prostituição e obtendo ganho fácil em detrimento da dignidade sexual alheia.

A tolerância ou a omissão de algumas autoridades em reprimir o ilícito penal não tem a capacidade de ab-rogar ou derrogar a norma legal. Disso decorre que é manifesta a inadequação social da conduta de explorar a prostituição alheia, não podendo jamais motivar a licitude do comportamento. A indiferença social tampouco traduz causa excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

Apesar da efetiva aplicação da norma penal incriminadora da casa de prostituição estar em desuso, a aceitação social de um fato reputado criminoso em razão da reiterada prática não tem o condão de descriminalizá-lo (CAPEZ, 2008, p. 97). Nesse diapasão:

O princípio da adequação social [...] destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais. Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir entre [*sic*] condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. (GRECO, 2010, p. 54).

Ademais, a manutenção do crime no ordenamento jurídico pátrio, mesmo com o advento da Lei nº 12.015/09, demonstrou a inequívoca

vontade do legislador em manter criminalizada a conduta. Nesse contexto, deve prevalecer a vontade do legislador em detrimento da opinião do julgador quando o assunto é definição de tipos penais, em respeito à garantia da *lex populi* derivada do princípio da legalidade.

Cabe somente ao legislador o papel de revogar ou modificar a lei penal em vigor, de modo que não se aplica o princípio da adequação social à casa de prostituição. Não compete ao Poder Judiciário descriminalizar conduta tipificada formalmente pela legislação penal e que se encontra em conformidade com os princípios que preservam sua tipicidade material.

Descabe potencializar o que transparece como óptica de grande parte da população e concluir pela insubsistência do tipo penal. A tolerância notada quanto à prostituição não leva a entender-se como derogado o art. 229 do Código Penal. É preciso pagar um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito (o respeito às regras estabelecidas), e esse custo é módico. Somente assim se faz possível a paz na vida gregária no seio social.

8. Conclusão

Do exame dos argumentos supraexpostos, é fácil perceber que a questão sobre a atipicidade material do crime de casa de prostituição (em razão da incidência dos princípios da fragmentariedade e da adequação social) está longe de ser pacificada, sendo controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

No que se refere especificamente ao Supremo Tribunal Federal, cujo julgado mais recente sobre o tema é objeto do presente estudo, constata-se que foi firmado entendimento no sentido de afastar a aplicação dos referidos postulados ao delito sexual.

A decisão em estudo pretende demonstrar que, conquanto alguns juristas caracterizem a inaplicabilidade da adequação social ao crime de casa de prostituição como pensamento conservador e injustificável nos tempos modernos, não se pode esquecer que se vive em um Estado Democrático de Direito que preza pelo respeito às normas, que são editadas pelo Poder Legislativo.

Como se não fosse suficiente, a descriminalização da casa de prostituição pelos costumes fere de morte um princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o da legalidade. Como se depreende do julgado indicado, a descriminalização é tarefa do legislador, e não do julgador, cuja missão cinge-se em aplicar a lei.

Ao se considerar a argumentação procedida, conclui-se que a problemática é polêmica e enseja um constante debate em todas as instâncias públicas, de maneira a compatibilizar o sentimento social do justo com a necessidade de se preservarem valores e bens jurídicos fundamentais à sociedade.

9. Referências bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 99.144/RS, Rel. Min. Menezes Direito, *DJe* 10 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 104.467/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 09 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 608.425/MG, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 02 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 45.153/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 26 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 98.898/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 21 mai. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

ESTEFAM, André. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JAKOBS, Gunter. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Direito Penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Santiago: Jurídica de Chile, 1987.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120005

3

Direito Processual Penal

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ARTIGO

A ILEGITIMIDADE DO ART. 217-A DO CPB ANTE O CASO CONCRETO SOB A PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA

ILLEGITIMACY OF ARTICLE 217-A OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODE FOR CONCRETE CASES IN THE LIGHT OF PROCEDIMENTALISM

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

felipefaria@mp.mg.gov.br

RESUMO: Em observação aos casos concretos enfrentados na atuação perante o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, temos constatado que diversos atores jurídicos argumentam que, nos casos em que se verifica uma relação de intimidade entre um agente imputável e um(a) adolescente menor de 14 anos, tem-se a caracterização do delito de estupro de vulnerável, independente das nuances do caso concreto. A fim de verificarmos a plausibilidade hermenêutica desta visão, procedemos a uma busca da legitimidade normativa, desde a modernidade, até a concepção procedimentalista. Atentos ao giro linguístico e ao giro hermenêutico, concluímos que o Direito não pode ser antevisto, em seu conteúdo, de maneira matemática e de subsunção. Passamos, então, a perquirir se as razões legitimantes na norma penal se encontram presentes nos casos limítrofes apresentados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; hermenêutica jurídica; procedimentalismo; legitimidade.

ABSTRACT: Observing the real cases whose power is of the Public Prosecution Service in Minas Gerais (Brazil), it is possible to verify that in every case that a criminally liable person has intimate relations with adolescents under 14 years old, the crime is described in article 217-A of the Brazilian Penal Code, regardless the particularities presented on the situation. In order to analyze the hermeneutic plausibility of this vision, it was carried out a normative legitimacy quest, from our modern period to the procedimentalism period. Having the linguistic and the hermeneutic visions in mind, it was concluded that it is impossible to predict the Law. Therefore, there was the attempt to verify if the reasons that justify the existence of the legal norm exist in the situations presented.

KEY WORDS: Penal Law; Law hermeneutic; procedimentalism; legitimacy.

SUMÁRIO: 1. Um necessário pensamento hermenêutico introdutório. 2. Uma contextualização normativa e jurisprudencial. 3. Da legitimidade normativa moderna à atualidade procedimentalista e sua aplicação aos casos concretos apresentados. 4. Referências bibliográficas.

1. Um necessário pensamento hermenêutico introdutório

Antes de iniciarmos a introdução propriamente dita, cumpre destacar que partimos para o debate da legitimidade do artigo 217-A, do Código Penal, ante as nuances do caso concreto – debate esse colocado à luz de um estudo hermenêutico – em razão das diversas situações que vimos presenciando no Noroeste de Minas Gerais. As graves consequências dessas situações nas vidas dos envolvidos merecem um momento de reflexão por parte dos operadores do Direito, em especial, membros do Ministério Público.

Já há algum tempo estamos presenciando uma alteração significativa no posicionamento dos autores e Tribunais – esses com maior lentidão – no que tange à adoção de novas posturas hermenêuticas. Neste tocante, parece-nos indiscutível que o subsistema constitucional é o que tem nos brindado com as mais interessantes obras e é o que maior adeptos tem quando estamos a tratar de estudos filosóficos que alteram sobremaneira a estruturação do pensamento jurídico.

Se assim o é na seara constitucional, identificamos determinados campos do conhecimento, dentro do Direito Público, que parecem ser os mais arraigados aos pressupostos cartesianos de outrora. São, obviamente, as duas matérias jurídicas que tentam trabalhar com a visão de tipicidade jurídica: o Direito Tributário¹ e o Direito Penal, dois campos ainda instrumentalizados por uma perspectiva do neopositivismo do *Wiener Kreis* – ou Círculo de Viena, também conhecido como o positivismo lógico.

Seguindo as referências matematizantes e ansiosas por uma certeza inquestionável dos resultados interpretativos, os pensadores do neopositivismo vienense tentaram criar uma linguagem matemática que permitisse uma única e indubitável interpretação.² Transpondo este raciocínio para o Direito – o que foi feito pelos positivistas jurídicos, ainda que de modo imperfeito –, pretendia-se que a mera

¹ Sobre o Direito Tributário, já pudemos trabalhar com maior campo de detalhe nossas visões, críticas e argumentações em nossa obra *Direito Tributário e Direitos Fundamentais*: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

² Uma exemplificação que sempre nos parece útil trazer quando em comentário o pensamento desenvolvido por estes pensadores é o exemplo que Delacampagne traz do pensamento de Boole: “Suponhamos que as variáveis x e y representem classes de objetos quaisquer. A contribuição específica de Boole consiste em notar com 1 a classe cheia (o universo do discurso), com 0 a classe vazia e com o símbolo v ... a palavra ‘alguns’”. Graças a essa notação, um julgamento da forma: ‘todos os homens são mortais’, se torna: ‘todos os y são alguns x ’, ou seja: $y = vx$. Da equação correspondente, $y - vx = 0$, é fácil tirar, por uma série de operações algébricas elementares, outras fórmulas, como, por exemplo: $y(1 - x) = 0$ (‘os homens não-mortais não existem’). (DELACAMPAGNE, 1997, p. 21)”. Caso se realizasse a transposição dessa perspectiva para o mundo do Direito, com uma linguagem logicamente exata, o dogma de subsunção restaria extremamente simples e ausente de erros ou dúvidas! Bastaria o intérprete analisar o conteúdo determinado por um tipo – já que as palavras corresponderiam a um sentido já determinado – e observar se os fatos ocorridos se encaixam no “modelo normativo” com exata perfeição.

leitura do texto legal fosse já suficiente e bastante para que toda e qualquer subsunção do fato à norma permitisse um mesmo ponto final concludente.

Obviamente que, desde a realização do giro linguístico do II Wittgenstein³ – que nos demonstrou a impossibilidade do engessamento dos conteúdos semânticos dos signos – e do giro hermenêutico de Gadamer⁴ – que jogou por terra a intenção de neutralidade interpretativa – a argumentação em prol de uma interpretação una, clara e inquestionável se mostra absolutamente fragilizada.

Temos para nós, com clareza, que não existe segurança jurídica, tal qual imaginado anteriormente, no que se refere aos conteúdos e resultados interpretativos. A única segurança jurídica que nossa própria estrutura antropológica é capaz de assegurar é a certeza da existência de procedimentos que nos permitam argumentar discursivamente as razões justificantes que venham a encampar determinada interpretação jurídica. Porém, nunca a segurança do resultado em si mesmo.

Em que pesem essas considerações, temos nos espantado com a sobrevida que o paradigma moderno tem demonstrado na seara do Direito. Essa persistência de um pensamento há muito contestado

³ Com sua estruturação teórica do pragmatismo linguístico culminando nos jogos de linguagem, Wittgenstein consegue fechar o cerco à relação até então estática entre signo e significado: “partindo do jogo de linguagem, não se pode mais defender a identificação da significação com a coisa: ela consiste na função de reconhecimento dos objetos correspondentes a partir da percepção de seu nome no curso de uma atividade determinada. Dito de outro modo, o uso é uma dimensão irreduzível: o importante não é mais se perguntar sobre a significação, mas sobre o uso”. (AUROUX, 1998, p. 273).

⁴ Nas palavras de Gadamer, “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão *nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também produtivo* [...] *é o que na experiência hermenêutica havíamos caracterizado como o momento da história efetual*. Toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica daquilo que é compreendido. A própria finitude histórica de nossa existência implica estarmos conscientes de que, depois de nós, haverá outras pessoas compreenderão de modo cada vez diferente. Mas em nossa experiência hermenêutica não há dúvida de que a obra continua sendo a mesma, cujo significado continua se determinando. (GADAMER, 1997, p. 392-487, grifo nosso).

em nada teria de pernicioso caso fosse fundamentada de forma discursiva e calcada em construções racionais.

Entretanto, o que costumeiramente presenciamos são tentativas de orientações e posicionamentos verticalmente colocados como verdades inquestionáveis – verdadeiros dogmas, estancando a construção do Direito na estruturação dos argumentos de autoridade propagados por Santo Tomás de Aquino.⁵ A súmula vinculante pode nos ilustrar como um claro exemplo. Entretanto, não é das súmulas que vimos tratar neste estudo, mas sim das normas penais, em especial, o art. 217-A do Código Penal Brasileiro – CPB –, cuja matéria – o chamado “estupro presumido” – já vem sendo objeto de questionamentos há bastante tempo.

2. Uma contextualização normativa e jurisprudencial

Conforme todos bem sabem, o Código Penal sofreu interessantes alterações no ano de 2009, em especial, no tocante aos crimes contra a dignidade sexual – antes intitulados de “crimes contra os costumes”.

Anteriormente, a determinação constante do art. 213, interpretada conjuntamente com o art. 224, “a”, ambos do CPB, fazia com que toda e qualquer conjunção carnal realizada com uma adolescente ou criança, menor de 14 anos, ainda que de forma consentida, configurava crime de estupro – caso se tratasse de ato sexual diverso da conjunção carnal, ou ainda de ato sexual com adolescente ou criança do sexo masculino, configurar-se-ia o crime de atentado violento ao pudor – art. 214 do CPB, de mesmas consequências.

⁵ Contextualizado na Idade Média, Santo Tomás de Aquino estabeleceu uma estrutura escalonada de ordens jurídicas, desde a lei humana – situada em um patamar inferior – até o ápice da pirâmide de validade – a lei divina. Segundo Aquino, as leis inferiores somente teriam validade caso embasadas nas leis superiores em uma estruturação próxima à pirâmide de validade de Kelsen, porém com um mero detalhe: somente a Igreja poderia informar qual o conteúdo das leis divinatorias superiores. Nessa toada, Aquino traz à Igreja a fonte de decisão acerca da legitimidade do direito positivado. Apenas ela, com acesso à vontade divina, seria capaz de afirmar se uma lei humana estava ou não de acordo com a vontade de Deus. Com isso, criou-se uma ordem jurídica em que uma instituição religiosa poderia determinar quais leis eram legítimas e quais não eram. E, para tanto, não precisava realizar nenhuma argumentação racional. Seu argumento era de mera autoridade: assim o é porque assim a Igreja interpreta a lei de Deus.

Obviamente que, neste tocante, o Código Penal gerava certa controvérsia.

Havia quem tentasse argumentar que a norma criminalizadora estaria anacrônica, uma vez que hoje a maturidade sexual dos adolescentes chega com rapidez maior do que o imaginado na década de quarenta, quando o Código Penal foi elaborado.

Entretanto, a corrente predominante afirmava que a norma penal previa, de maneira clara e inquestionável, a idade limítrofe para a configuração da violência ficta caracterizadora do crime de estupro ou atentado violento ao pudor, e não importava nenhuma particularidade do caso concreto. O texto legal seria bastante em si mesmo, dando ao intérprete toda a solução pela subsunção.

O Superior Tribunal de Justiça, em uma de suas últimas manifestações acerca do tema antes da ocorrência da alteração normativa, tentava colocar uma pá de cal sobre o assunto.

Para tanto, a Corte Superior utilizou-se de uma expressão extremamente contundente. Afirmou que qualquer ato sexual praticado com criança ou adolescente menor de 14 anos acarretaria *presunção absoluta* de violência ficta, configurando, assim, o estupro presumido. Seguiu-se, no momento, a perspectiva neopositivista do Círculo de Viena, afirmando que as palavras escritas já apresentavam um conteúdo próprio, sendo impossível ao intérprete alcançar resultado jurídico diverso daquele que a Corte alcançara – tal qual o argumento de autoridade de Tomás de Aquino. As nuances do caso concreto seriam, portanto, desprezíveis. Senão vejamos.

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS (13 ANOS). VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO DE CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, será essa presumida, diante da indubitosa restrição da capacidade volitiva da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. 2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que

não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, *possuindo a referida presunção caráter absoluto*. Precedentes do STJ e STF [...]. (STJ. HC 86808. 5. Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julg. 11 set. 2008, grifo nosso).

Posteriormente, a norma penal foi alterada pela Lei nº 12.015, de 2009, que trouxe ao CPB o art. 217-A, do qual se apreende a seguinte redação: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena: reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

Para vários autores,⁶ a ulterior chegada de uma norma penal escrita, estipulando novamente a idade de 14 anos como a limitrofe para a caracterização de um delito quando da realização de um ato sexual, significou uma solução absolutamente livre de qualquer questionamento.

Segundo tais pensadores, se um tipo penal traz expressa a conduta que se visa a incriminar, não há como, no caso concreto, haver nuances ou particularidades capazes de alterar ou construir um conteúdo jurídico diverso daquele identificado na decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Observem como esta estrutura de pensamento se volta, claramente, à tentativa de unicidade interpretativa que mencionamos no início desta pesquisa. Sobre o tema, voltaremos adiante.

Ocorre, porém, que temos vivenciado, na Comarca em que atuamos, situações concretas que desafiam a “facilidade” ou a “clareza interpretativa” do dispositivo normativo criminal.

A situação que iremos trazer não é exatamente inédita.

⁶ Vide Greco (2009).

Foram-nos apresentadas algumas hipóteses de prisões em flagrante em que um jovem de 18 ou 19 anos estava tendo momentos de intimidade com uma adolescente de 13 ou 12 anos de idade com quem tinha relacionamento. É bem verdade que em boa parte das situações chegadas à Promotoria não se tratava de casais de namorados, mas sim de casais que tinham um relacionamento eventual, porém reiterado ao longo do tempo.

Na maioria das situações, quando questionado à adolescente como se deu o envolvimento entre eles para que culminasse no ato sexual, ou de intimidade, a jovem nos respondia que tudo ocorrera com naturalidade, sem nenhuma tentativa de convencimento ou sedução fora dos padrões ordinários. Em outras palavras, o que se verificava era que o jovem adulto de 18 ou 19 anos não tentava se apropriar de sua idade mais avançada como forma de pressionar ou aproveitar da falta de maturidade sexual da adolescente para tentar ludibriar ou conduzir seu consentimento. Em realidade, em uma ou outra situação – não majoritária, deve-se dizer – o agente imputável se mostrava mais inseguro e envolvido emocionalmente do que a própria adolescente.

Nesses casos, devemos nos questionar. Será que efetivamente esse indivíduo se utilizou da tenra idade da vítima para se aproveitar da ausência de sua formação moral e comportamental completa a fim de ter com ela relações sexuais, havendo, efetivamente, uma violência presumida contra a vontade da vítima?

De antemão, nosso horizonte hermenêutico nos informa que há algo de errado no simples oferecimento de uma denúncia criminal em face desse indivíduo.

Nunca é bastante lembrar a gravidade que um processo por crimes sexuais acarreta na vida dos acusados. Por isso mesmo, não é papel do Ministério Público ofertar peças acusatórias de maneira temerária e inconsequente. Estaria esse cidadão na esfera de agente delitivo que a norma penal visa a abarcar?

Entendemos que não.

Adiantando nossas conclusões, acreditamos que as razões normativas que encampam a norma penal em comento não estão presentes nesses casos concretos que estamos a enfrentar.

Tal entendimento não ocorre porque acreditamos que adolescentes de 14 anos não mereçam a proteção do Estado no que tange à sua liberdade sexual. Da mesma forma, não ocorre porque acreditamos que a vida sexual pregressa determine por completo o grau de proteção que o Estado ainda deva atribuir a esse adolescente. Caso sustentássemos nossas razões sobre esses pressupostos, estaríamos a construir uma argumentação não apenas preconceituosa, mas também contrária aos nossos próprios pilares hermenêuticos.

Assim, para que não fiquemos, como tantos outros, afirmando nossas crenças sem justificativas hermenêuticas aceitáveis, colonizados pelas pré-compreensões que nos acompanham no início da tarefa interpretativa, resolvemos buscar uma análise crítica acerca do tema.

3. Da legitimidade normativa moderna à atualidade procedimentalista e sua aplicação aos casos concretos apresentados

Para que possamos compreender com clareza o propósito deste trabalho, será necessário que nos voltemos, ainda que brevemente, para a fonte de legitimidade das normas jurídicas. Com isso, poderemos vislumbrar as razões pelas quais a maior gama de autores persiste em afirmar que a mera previsão textual típica em uma norma penal é suficiente e bastante para ensejar uma exordial acusatória.

Conforme bem se sabe, a Idade Média foi marcada por uma relação simbiótica entre Estado absolutista e poder eclesiástico. A mola propulsora que permitiu a superação dessas duas barreiras à formação do conhecimento à época foi de origem comum.⁷

⁷ Vide Cruz (2004, p. 59 ss.).

A certeza matemática, livre de influências externas, trazida por Renè Descartes⁸, permitiu, de uma só vez, a expulsão das influências religiosas das ciências, bem como o anseio por respostas determinadas e antevistas decorrentes de construções cientificamente verificáveis. Conforme veremos, este foi elemento importante para estruturar as certezas das leis limitadoras do Estado. De todo modo, a partir desse momento, todo e qualquer conhecimento científico que quisesse ostentar um *status* de seriedade deveria ser capaz de trazer a neutralidade e a certeza típicas das ciências exatas. E o Direito também quis buscar essa lógica.

Esses elementos, conjugados com o antropocentrismo inaugurado no Velho Mundo, e o racionalismo solipsista kantiano fizeram com que as ciências jurídicas pautassem toda sua busca pelas “certezas matematizadas” e “interpretações indubitáveis” nas leis positivadas.

É muito simples verificar essa relação.

Newton, um observador das leis repetíveis da natureza, criou uma estrutura de pensamento exato até hoje lembrada: se A, é B (p. ex.: se tenho ação, tenho reação em mesma direção e sentido contrário).

O Direito, importando o conforto dos resultados previsíveis, elaborou a seguinte fórmula: Se A, deve ser B (se João teve relação sexual com pessoa menor de 14 anos, deve ser condenado). É a mesma consequência lógica, imediata e inquestionável, tais quais os dogmas da física!

⁸ A obra de Descartes é especialmente interessante. Visando a retirar as influências religiosas da seara científica, Descartes advoga a tese de que tudo aquilo que é externo à razão macula a construção do saber. Com isso, ele logra não apenas afastar a Igreja da racionalidade, como também os próprios sentidos humanos, tudo no intuito de afirmar que a consecução de resultados científicos deve ser previsível, repetível, infalível e exata. Assim, partindo para uma racionalidade pura e neutra, Descartes defende que somente as áreas do conhecimento que conseguissem este grau de objetividade e certeza de resultados poderiam ser efetivamente científicas. Em suas palavras: “pois, enfim, o método que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias do que se procura contém tudo o que dá certeza às regras de aritmética [...] por meio dele, tinha a certeza de usar em tudo minha razão”. (DESCARTES, 1996, p. 25-26).

Obviamente que o positivismo jurídico teve sua parcela de importância no desenvolvimento do pensamento jurídico. O absolutismo estatal somente encontrou seus limites em razão do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Afinal, a burguesia europeia queria uma fórmula segura de conter as ações estatais, não deixando margens para que o poder público pudesse abusar novamente de suas prerrogativas. Para isso, a prisão estatal às amarras textuais da norma legal era extremamente providencial.

De todo modo, o positivismo jurídico⁹, por colocar seu foco unicamente na formalização das normas legais, passa a relegar o critério material dessas leis. Em outras palavras, é como se afirmasse: “não importa o conteúdo das leis, apenas se estão escritas e se foram elaboradas observando os ritos pré-determinados”. Ou seja, a única busca por legitimidade das normas jurídicas era a verificação de sua elaboração. Caso fossem provenientes de um Poder Legislativo e obedecessem ao procedimento necessário, seu conteúdo seria indiferente para fins de validade.

Com isso, toda e qualquer controvérsia acerca do Direito residiria, unicamente, nas questões factuais, pois a norma dogmática (!) já estaria pronta e acabada, com interpretação única, tal qual perquirido pelo Círculo de Viena.

Siéyès, para aduzir um argumento a favor de tal instituição, sustenta que, no dia em que a codificação vigesse, o procedimento judiciário consistiria somente de um juízo de fato (isto é, assegurar que fossem verificados os fatos previstos pela lei), visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a saber, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria nenhuma dificuldade, já que todas as questões de direito que o juízo tradicionalmente comportava (e que exigiam a intervenção de técnicos do direito) eram exclusivamente fruto da multiplicidade e da complicação irracional das leis. (BOBBIO, 1995, p. 67).

⁹ Aqui não se ignora o fato de que o positivismo jurídico pode abranger uma série de subcorrentes com especificidades próprias. Entretanto, como a brevidade deste trabalho exige que passemos pela evolução das teorias legitimadoras do Direito, aglutinaremos todas as possibilidades teóricas ligadas à positividade do Direito, inclusive o normativismo de Hans Kelsen, sob a única denominação “positivismo”.

Esses dados se intensificam ainda mais quando nos recordamos da pretensão do neopositivismo vienense que, voltado ao estudo da linguística, pretendia tornar matemática também a própria linguagem, deixando-a inequívoca (*vide* item 1 *supra*).

Primeiramente, cabe destacar, porém, que se mostra impossível engessar conteúdos jurídicos em normas textuais. Já dissemos, no início deste trabalho, que, com o giro linguístico, Wittgenstein nos demonstrou que não existem conteúdos permanentes e imutáveis às palavras, sendo certo que os significados destas devem-se ao próprio uso/práxis que os atores fazem dos próprios signos. Com isso, jogou-se por terra qualquer pretensão de engessamento interpretativo. Afinal, se o conteúdo das palavras vai se alterando pela *práxis* e se as normas são positivadas por palavras, também as normas sofrem alterações.¹⁰

Ademais, Gadamer nos leciona que todo e qualquer ato interpretativo é fruto de uma junção de pré-compreensões arraigadas no sujeito, com um horizonte conteudístico do próprio objeto interpretativo. Dessa feita, o resultado final – que é a interpretação propriamente dita – será uma fusão desses dois horizontes hermenêuticos. Ocorre que, se cada um de nós possui horizonte hermenêutico distinto – e ainda que tenhamos consciência desta condição humana e não nos deixemos colonizar por ela¹¹ –, é absolutamente impossível que o intérprete jurídico abstraia o mesmo conteúdo que seu colega ao lado, ou ainda, aquilo que o legislador imaginou quando da elaboração normativa.

Se assim ocorre, entendemos que eventuais prisões a textos positivados começam a perder legitimidade. Afinal, toda a segurança

¹⁰ Caso o leitor queira buscar uma explicação mais aprofundada e com exemplo, *vide* Oliveira (2010).

¹¹ Esta questão da colonização do intérprete pelas suas pré-compreensões foi objeto de interessante debate entre Gadamer e Habermas. Poucando o leitor de muitas linhas, adianta-se que, ao final, ambos concordaram, porém com palavras distintas, que o intérprete, para ser bem-sucedido, deve ter consciência de seu horizonte hermenêutico anterior e colocá-lo à prova, para que seu resultado interpretativo não reste condicionado pela sua experiência subjetiva, retornando, assim, aos riscos que o método cartesiano outrora padecia. Para maiores detalhes, *vide* Warnke (1987, p. 113 ss.).

jurídica cartesiana que nos foi prometida séculos atrás não logra êxito na textualização das normas legais. Nossa própria condição humana nos impede de fazer isso.

A par disso, a verificação de legitimidade na mera obediência formal de ritos de elaboração de leis formais, sem atentar para seus conteúdos, traz perigosa abertura ao arbítrio e ao descaso aos direitos fundamentais.

A experiência alemã nos dá um exemplo. À época da II Guerra, todos os arbítrios nazistas foram legitimados por normas escritas, cuja validade o Tribunal Alemão não conseguiu afastar sob o argumento de que se tratava de leis formalmente adequadas, independentemente de seus conteúdos. Foi o que ocorreu com as leis raciais de Nuremberg. Não se poderia questionar a legitimidade dessas normas. Afinal, elas estavam de acordo com o único requisito de aferição de validade: estavam positivadas!

Dessa feita, a aplicação das normas penais advindas do Poder Legislativo não pode se dar de forma cega e dogmática. Conforme já dissemos, os argumentos de autoridade tomista não mais encontram (ou pelo menos não deveriam encontrar) espeque em nossos dias. Não há que se falar em aplicação de todo e qualquer texto legal, somente porque proveniente do Parlamento, ou mesmo porque Tribunais Superiores determinaram que esta ou aquela é a única (!) interpretação adequada para todos os casos concretos.

Mesmo porque e em atenção aos pressupostos teóricos que já mencionamos acima, o conteúdo do Direito que será aplicado nos processos penais, ou de qualquer outra seara, será construído no próprio caso concreto – basta lembrar os giros linguístico e hermenêutico, que trazem para a dimensão concreta a formação de conteúdo.

Tentar antecipar resultados interpretativos ou de subsunção é querer retornar ao modelo cartesiano de pensamento. Por essa razão, falamos que trabalhar com presunções absolutas, que não permitem nenhuma prova em contrário, mesmo diante de um caso

particular com nuances e peculiaridades próprias, pode representar um retorno a um modelo hermenêutico anacrônico e falho.

Chegando à mesma conclusão, Günther, em obra relacionada com a elaboração e aplicação das normas, identifica um princípio de universalização (princípio “U”) que se adapta às pretensões de antevisão dos conteúdos normativos. Nesse esteio, a vertente “forte” do princípio “U” aludido consiste em:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente. (GÜNTHER, 2004, p. 65)

Observem: caso uma norma seja considerada válida em toda e qualquer situação semelhante, é possível, sim, prever de forma precisa (e cartesiana) quais seus efeitos, qual será a materialidade jurídica decorrente de seus mandamentos.

Ocorre, porém, que o próprio Günther aponta uma série de problemas que não podem simplesmente ser ignorados e que mais à frente merecerão maior deslinde. Inicialmente, pressupor a capacidade de previsão de todas as situações a que uma norma é aplicável é, incontestavelmente, uma condição idealizadora no sentido mais platônico do termo, o que já coloca a pretensão previsora em um patamar metafísico.

Ademais, a aceitação de manutenção de conteúdos normativos para todas as hipóteses com similitudes com aquela pensada originalmente pelo intérprete – o que poderia ensejar uma antecipação dos conteúdos à aplicação jurisdicional – é encampada na necessidade de que tal intérprete se preserve enclausurado em um individualismo racionalista e solipsista tal qual imaginado por Kant. Afinal, todo caso concreto será marcado por variáveis que influenciarão o conteúdo do Direito aplicado. Assim, a perspectiva alheia, a contribuição de visões e interpretações dos demais envolvidos, é um dos elementos contributivos para a integração de

tais variáveis.¹² Daí se afirmar essa postura ser um retorno explícito à filosofia da consciência da modernidade!

Dessa feita, para que possamos lograr êxito na construção dos conteúdos jurídicos, deveremos sempre propiciar as mais largas garantias procedimentais para que os atores de um processo possam argumentar, de forma livre, suas razões e argumentações. Desse modo, os próprios discursos apresentados pelas partes no bojo de um processo – inclusive criminal – servirão de substrato para a construção do conteúdo que será aplicado àquele caso. Obviamente, toda essa dinâmica discursiva será depurada pela atuação do magistrado.

Por consequência, será sempre possível averiguar se as razões que justificam a própria existência da norma, os motivos que ensejam sua presença no ordenamento jurídico, estão presentes em determinada situação, permitindo assim, sua incidência naquele específico procedimento judicial. Esta é a legitimidade normativa que se busca perquirir diante do caso concreto. Somente assim, temos a construção efetivamente democrática do Direito.

Deve-se banir a estrutura puramente coercitiva e impositiva que Weber¹³ identificava no Direito, sem nenhuma preocupação com a legitimidade de conteúdo, em benefício de um sistema jurídico cuja base de validade está ligada à abertura a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos da pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos etc.) (HABERMAS, 2003, p. 23).

¹² Vide Günther (2004, p. 44 ss.).

¹³ “Segundo Weber, o Estado de Direito obtém sua legitimação, em última instância, não da forma democrática da formação política da vontade, mas somente de premissas do exercício da dominação política conforme ao direito – a saber, da estrutura abstrata das regras e leis, da autonomia da jurisdição, bem como da vinculação jurídica e da construção ‘racional’ da administração”. (HABERMAS, 2003, p. 102).

Ainda que presente uma situação penalmente típica caso se constatarem inexistentes os motivos ensejadores da norma penal, essa se torna ilegítima ante o caso concreto, sem, contudo, influenciar sua validade no campo abstrato.

Estaríamos então a propor uma desvirtuação da norma legal validamente aprovada, sancionada e publicada? Estaríamos então subvertendo a própria tripartição dos Poderes, princípio basilar de quilate constitucional e limitador do arbítrio?

Em realidade não.

Com efeito, não nos descuramos da repartição de poderes. Não restam dúvidas de que as normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo devem ser obedecidas. Também acreditamos que há limitações à atividade interpretativa, barreiras intransponíveis ao operador do Direito.

Advogados, juízes, promotores e acadêmicos não são portadores da legitimidade democrática que parlamentares e chefes do Executivo detêm. Esses últimos são representantes da vontade popular, eleitos para serem as vozes da população na elaboração das normas legais. Por isso mesmo, sua manifestação normativa não pode ser desvirtuada pelos operadores do Direito.

Klaus Günther, em entendimento consonante de Jürgen Habermas, aborda a questão de forma clara.

Toda norma legal passa por momentos distintos, de fundamentação (elaboração) e aplicação.

As escolhas políticas presentes em uma legislação são decorrentes da manifestação de vontade da população, por intermédio de seus parlamentares democraticamente eleitos. Trata-se da vontade popular, a concretização de seus valores, escolhas, preferências, cultura, enfim, todo o amálgama subjetivo que compõe o complexo tecido social de uma comunidade.

Dessa feita, deve-se permitir ou não o aborto? Com quais valores ou bens jurídicos a comunidade mais se identifica ao ponto de proteger um em detrimento do outro? Nesse momento devem-se realizar maiores investimentos na área da educação ou da saúde? Essas são questões residentes em uma seara que não é afeita a interpretações pelos operadores do Direito. São escolhas políticas, realizadas, ainda que indiretamente, pelos próprios destinatários das normas, expressão maior da democracia e do autogoverno.

Esse é o “discurso de fundamentação”, de caráter axiológico, que não está dentro da esfera de questionamento interpretativo dos operadores do Direito. É o que Dworkin denomina de “questões de política”.

Noutra senda, uma vez realizadas as escolhas valorativas, as leis criadas pelo parlamento serão aplicadas e operacionalizadas pelos intérpretes. Este é o momento do “discurso de aplicação”.

Nesta etapa, as questões principiológicas da norma podem ser objeto de construção interpretativa, bem como a construção conteudística e a verificação de legitimidade que se realizarão em conjunto com as particularidades do caso concreto.

Obviamente, toda essa atividade deve ocorrer sem se descuidar das escolhas axiológicas realizadas no “discurso de fundamentação”. Em realidade, neste posterior momento dos “discursos de aplicação”, não se pode ter nenhum debate valorativo e axiológico, sob pena de incorrer em grave violação à tripartição de poderes.

Em discursos de aplicação não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação... Certamente os passos complexos de uma interpretação construtiva não se deixam normatizar processualmente; porém eles subjazem ao controle da racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente. Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de

fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação. (HABERMAS, 2003 p. 270; 323-324).

No caso em exame, o “discurso de fundamentação” – político – volta-se justamente aos valores que a sociedade visa a resguardar por intermédio da norma penal incriminadora. Obviamente, a proteção da liberdade sexual é o elemento axiológico que embasa o tipo penal.

Entretanto, o art. 217-A tem uma nuance própria. A liberdade sexual ora em comento não é a coação moral ou física já previstas no delito tipificado no art. 213 do CPB. Ainda que ocorra consentimento, deve-se cuidar das situações em que a vontade expressada não emana de um agente capaz de se autodeterminar, de proferir seus desejos de forma consciente do que é melhor para si. *Mutadis mutandi*, é o que ocorre com os incapazes da seara cível. Ainda que manifestem suas vontades, o Direito pressupõe que o fazem de maneira defeituosa.

Desta forma, os valores axiológicos expressados no “discurso de fundamentação” e identificados logo acima estão intocados por parte dos operadores jurídicos. Não nos cabe controverter ou questionar as balizas valorativas escolhidas pelo Parlamento.

Apesar disso, ultrapassada esta fase, cabe-nos, no momento do “discurso de aplicação”, cuidar da argumentação discursiva que irá construir o conteúdo jurídico da norma penal, bem como depurar a legitimidade dos argumentos que a encampam. Devem ser sempre respeitados os bens jurídicos eleitos pelo Legislador.

Dessa feita, conforme visto acima, cabe às partes envolvidas no caso concreto buscar quais as razões justificativas da norma e verificar se estão presentes no caso concreto. Além disso, é imprescindível que se verifique se essas razões ainda são fortes o suficiente para manter o conteúdo jurídico antes escolhido e defender a axiologia eleita pelos Legisladores.

Conforme mencionado, temos enfrentado situações limítrofes que, em tese, caracterizariam o crime de estupro de vulnerável. Um caso específico vale menção.

Um pacato jovem de 19 anos estava praticando atos libidinosos com uma garota de 13 anos com quem ele tinha relacionamento há aproximadamente 3 ou 4 meses. A mãe da vítima, entrando em casa, surpreendeu-os e acionou a polícia para que fossem tomadas as providências cabíveis. Ouvida em juízo, a vítima de 13 anos afirmou que o rapaz era um mero “namorico”, que não havia sido forçada a fazer nada, e chegou a insinuar que ele era um “bobo” e que estava somente se divertindo com ele.

Sem desrespeitar os aspectos axiológicos elegidos pelo Poder Legislativo, podemos constatar que as razões argumentativas que levaram à existência da norma penal em comento é a proteção àquelas vítimas que, por estarem em uma situação de inocência, ou imaturidade sexual, foram ludibriadas, convencidas a realizar um ato satisfatório da lascívia de alguém que, ciente dessa condição “hipossuficiente” da vítima, tratou de aproveitar-se dela maliciosamente. Essa é a justificativa que denota consonância com os princípios constitucionais e que se mostra coerente com o paradigma em que nos encontramos. Assim, como essas razões justificantes persistem, a legitimidade da norma pode ser auferida.

Dessa forma, será que no caso concreto, com todas as suas nuances e particularidades, essas mesmas razões que justificam e legitimam o tipo penal se encontram presentes? Será que o aspecto valorativo eleito pelo Parlamento restará atingido, caso o Estado venha a exercer seu poder punitivo sobre este jovem de 19 anos?

Para nós, a conclusão, neste caso concreto, deve ser negativa!

Em nosso entendimento, há situações – tal qual a descrita – em que a mera existência de uma norma abstrata será insuficiente para ensejar a condenação criminal do agente. Para além de uma mera adequação de subsunção, presa à certeza matemática de segurança jurídica pela posituação, é sempre necessário que verifiquemos

se a construção do Direito, no caso concreto, permitirá constatar as *razões argumentativas* que sustentam a norma legal naquele específico processo. Caso essa verificação não se mostre positiva, torna-se ilegítima a aplicação da lei penal, bem como as sanções que dela emanam.

Cabe-nos sempre recordar que as lições hermenêuticas advindas do século XX nos informam que a mera formalização de uma norma legal não é suficiente para legitimar sua aplicação, independente do conteúdo ou das consequências advindas. Há muito se demonstrou que devemos nos despedir desse anseio por uma certeza de subsunção, fundamentando nossos entendimentos jurídicos em algo mais consistente do que a indicação de um texto legal sem nenhuma base discursiva argumentativa.

4. Referências bibliográficas

AUROUX, Sylvian. *A filosofia da linguagem*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DELACAMPAGNE, Christian. *História da filosofia no século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I.

OLIVEIRA, Felipe Faria. *Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

WARNKE, Georgia. *Gadamer: hermeneutics, tradition and reason*. Stanford: Stanford University Press, 1987.

Artigo enviado em: 03/02/2011

Artigo aprovado em: 07/07/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20120006

**PROCEDIMENTO ESPECIAL DO JÚRI – NÃO
APLICAÇÃO DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL – POSSIBILIDADE DA DECISÃO
DE PRONÚNCIA EMBASAR-SE EM PROVAS
PRODUZIDAS EM FASE INQUISITORIAL**

LUCIANA PERPÉTUA CORRÊA

Promotora de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

lucianacorrea@mp.mg.gov.br

1. Considerações iniciais

O Supremo Tribunal Federal publicou decisões reiteradas no sentido de que a decisão de pronúncia pode ter embasamento somente em depoimentos colhidos na fase inquisitorial, não se aplicando o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro. No mesmo sentido, há também julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

É notório que na fase do sumário de culpa que se encerra com a pronúncia, apura-se somente se há nos autos elementos que demonstram a materialidade delitiva e indícios de autoria, consubstanciando juízo de admissibilidade para garantir o julgamento dos delitos contra a vida ao Tribunal do Júri, em sessão plenária, cuja análise meritória deve necessariamente ser submetida aos jurados, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que os juriconsultos e estudiosos da matéria, em sua maioria, não enfrentam a questão em seus estudos. Trata-se de

constatação compreensível, já que os grandes oradores que compõem o Tribunal do Júri em nosso país, em sua maioria, não possuem perfil acadêmico e têm grande dificuldade de realizar publicações, em virtude da imensa quantidade de serviço.

Dessa forma, muitos estudiosos que escrevem sobre o assunto ignoram completamente as peculiaridades do procedimento especial do Tribunal do Júri e a *praxis* forense, tratando a matéria na vala comum, o que implica várias conclusões teratológicas sobre o assunto.

O comentário à jurisprudência colacionada é de significativa importância prática aos promotores de Justiça, magistrados e advogados, os quais laboram em processos que envolvem crimes dolosos contra a vida, porque certamente já enfrentaram a questão ou irão fazê-lo brevemente.

2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

HC 112507 MC/DF - DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR NO *HABEAS CORPUS*

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 06/03/2012

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-048 DIVULG 07/03/2012 PUBLIC 08/03/2012

Partes

PACTE.(S): J. A. F. N.

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de J. A. F. N. contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada no HC 104.240/PI, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze.

Consta dos autos que o paciente foi pronunciado pela suposta tentativa de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, II e IV, combinado com o art. 14, II, do CP).

A impetrante relata, em seguida, que, buscando a anulação da sentença de pronúncia por ausência de provas suficientes de autoria, o paciente interpôs recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que negou provimento ao recurso.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. (I) ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA FUNDADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVA COLHIDA EM FASE INQUISITORIAL. INVIABILIDADE. INDICAÇÃO DE PROVAS SUBMETIDAS AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. (II) ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE DOS FATOS INDICADOS NA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CORRETA INDICAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E CERTEZA DA MATERIALIDADE DO FATO CRIMINOSO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há nulidade processual se a decisão de pronúncia, para admitir a tese veiculada na denúncia, funda-se em elementos de prova colhidos em juízo, mesmo que eventualmente mencione informações colhidas durante o inquérito policial. Ademais, a impetrante não trouxe elementos aptos a desconstituir o alegado pela Corte estadual, não constando dos autos documento que demonstre que os depoimentos utilizados na sentença de pronúncia foram somente aqueles prestados perante a autoridade policial.

2. O entendimento desta Corte Superior vem se firmando no sentido de que a sentença de pronúncia pode se valer de elementos probatórios colhidos na fase inquisitorial, por não configurar juízo de certeza. Precedentes.

3. É regular a decisão de pronúncia e o acórdão que a confirma se há indicação de elementos suficientes a demonstrar a probabilidade da autoria, bem como a certeza sobre a materialidade do fato criminoso, de maneira a atestar a possível adequação da conduta aos dispositivos – art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, II, do CP - que embasaram a submissão do feito ao colegiado popular.

4. Habeas corpus denegado.

[...]

Indefiro a medida liminar.

Dispensio as informações da autoridade apontada como coatora.

Oficie-se, contudo, ao Juízo de Direito da Comarca de Ipiranga do Piauí, para que informe o atual andamento da ação penal movida contra o paciente (Processo 32/2004).

Com as informações, ouça-se o Procurador-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 6 de março de 2012.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

No mesmo sentido:

HC 112626 MC / SP - SÃO PAULO MEDIDA CAUTELAR NO *HABEAS CORPUS*

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 14/03/2012

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-055 DIVULG 15/03/2012 PUBLIC 16/03/2012

Partes

PACTE.(S): F. L. R. L.

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de F. L. R. L, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem pleiteada no HC 113.754/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

A impetrante narra, de início, que o paciente foi denunciado, com outra pessoa, pela suposta prática dos crimes de homicídio duplamente qualificado (art. 121, I e IV, do CP).

Relata ainda que, após a formação da culpa, o paciente foi impronunciado pela Magistrada do Juízo do I Tribunal do Júri de São Paulo, que entendeu não serem suficientes as provas colhidas exclusivamente na fase inquisitorial, para a submissão do réu ao júri popular.

Inconformado, o *Parquet* estadual interpôs recurso em sentido estrito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao recurso, submetendo o paciente ao Tribunal do Júri.

Consta dos autos ainda que, buscando o restabelecimento da sentença de impronúncia, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

‘*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA FUNDAMENTADA EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE.

1. O juízo de pronúncia limita-se à admissibilidade do fato delituoso, sem manifesta procedência da pretensão punitiva, cuja competência constitucional é conferida ao Tribunal do Júri.
2. Diante disso, é possível a pronúncia ser fundamentada em provas colhidas na fase inquisitorial.
3. Ordem denegada’.

Publique-se.

Brasília, 14 de março de 2012.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

Nesse caminho, também os E. Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já se manifestaram a respeito do assunto.

O Desembargador Delmival de Almeida Campos, em acórdão prolatado no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em seu voto, asseverou:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - PROVA DA MATERIALIDADE - SUSTENTADA AUSÊNCIA DE PROVAS EM RELAÇÃO À AUTORIA - IMPRONÚNCIA - PROVA TESTEMUNHAL - SUFICIÊNCIA DE INDÍCIOS - DÚVIDA CARACTERIZADA - *IN DUBIO PRO SOCIETATE* - MATÉRIA QUE COMPETE AO TRIBUNAL DO JÚRI - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. A decisão de pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação e é fundada em suspeita, sendo su-

ficiente, pois, para a sua prolação, apenas o convencimento do magistrado quanto à existência do crime e de indícios de autoria e/ou de participação, tendo por objetivo submeter o acusado ao julgamento perante o Tribunal do Júri. Lado outro, cuidando-se a impronúncia de “um julgamento de inadmissibilidade de encaminhamento da imputação para o julgamento perante o Tribunal do Júri”, tem-se que esta solução somente se impõe quando, de modo algum, seja possível o acolhimento da acusação por aquele e. Colegiado.

[...]

Importante gizar que, em sede de *pronúncia* não há como aplicar, o ARTIGO 155 do Código de Processo Penal, porque, nessa fase, o Julgador limita-se a proferir um mero juízo de admissibilidade da peça acusatória, justamente para não interferir ou afastar indevidamente a competência do Tribunal do Júri.

Tal raciocínio se justifica porque o procedimento do júri é bifásico e, portanto, outras provas poderão ser produzidas em plenário, ou melhor, nada impede que aqueles elementos constantes do procedimento inquisitivo sejam reproduzidos e confirmados perante os jurados. Não fica, pois, a atuação da Defesa e do Ministério Público restrita às provas coligidas durante o sumário.

Neste sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE ESTARIA FUNDAMENTADA APENAS EM ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE POLICIAL. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE O MAGISTRADO DE ORIGEM MOTIVOU O SEU ENTENDIMENTO TANTO EM DEPOIMENTOS PRESTADOS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL, QUANTO EM TESTEMUNHO FORNECIDO EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, a legitimidade do poder-dever do Estado aplicar a sanção prevista em lei ao acusado da prática de determinada infração penal deve ser exercida por meio da ação penal, no seio da qual ser-lhe-á assegurada a ampla defesa e o contraditório.

2. Visando afastar eventuais arbitrariedades, a doutrina e a jurisprudência pátrias já repudiavam a condenação baseada exclusivamente em elementos de prova colhidas no inquérito policial.

3. Tal vedação foi abarcada pelo legislador ordinário com a alteração da redação do ARTIGO 155 do Código de Processo Penal, por meio da Lei 11.690/2008, o qual prevê a proibição da condenação fundada exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

4. Conquanto seja pacífica a orientação segundo a qual nenhuma condenação pode estar fundamentada exclusivamente em provas colhidas em sede inquisitorial, tal entendimento deve ser visto com reservas no que diz respeito à decisão de *pronúncia*.

5. Isso porque tal manifestação judicial não encerra qualquer proposição condenatória, apenas considerando admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri, único competente para julgar os crimes crimes dolosos contra a vida.

6. Ademais, no procedimento do júri a prova testemunhal pode ser repetida durante o julgamento em plenário (ARTIGO 422 do Código de Processo Penal), sendo que a Lei Processual Penal, no ARTIGO 461, considerando a importância da oitiva das testemunhas pelos jurados, juízes naturais da causa, chega até mesmo a prever o adiamento da sessão de julgamento em face do não comparecimento da testemunha intimada por mandado com cláusula de imprescindibilidade.

7. Por tais razões, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que a decisão de *pronúncia* pode ser fundamentada em elementos colhidos na fase policial (Precedentes do STJ e do STF).

8. Ainda que assim não fosse, na hipótese vertente tem-se que o magistrado de origem, ao considerar presentes a comprovação da materialidade e os *indícios* da autoria do homicídio qualificado em questão, fundamentou sua compreensão tanto em depoimentos prestados perante a autoridade policial, quanto no único testemunho colhido em juízo, decisão que foi mantida pelo Tribunal de origem.

9. Ordem denegada (HC 127893/RS; Rel. Min. Jorge Mussi; DJ 08/11/10, grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE. QUALIFICADORA. MANUTENÇÃO.

I - Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade do delito, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate*.

II - Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que *pronuncia* o acusado exige, tão somente, a presença de *indícios* de autoria, além de prova da materialidade do delito. *Indícios* estes que, por sinal, podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial. (Precedente do STF).

III - Somente poderão ser excluídas da r. decisão de *pronúncia* as qualificadoras manifestamente improcedentes. (Precedentes). Writ denegado. Liminar cassada' (HC 53888/PR; Rel. Min. Felix Fischer; DJ 21/05/07). (TJMG – Processo n. 1.0023.08.008403-3. Rel. Des. Delmival de Almeida Campos. DJ. 28.09.2011, grifo nosso).

O Desembargador Pedro Vergara também se manifestou, em voto proferido no RSE 1.0024.08.970753-3/001:

A sentença de pronúncia encerra mero juízo de admissibilidade, sem maior exame do mérito da imputação, pois este é relegado aos jurados, não se aplicando, neste estágio processual, os ditames do artigo 155 do Código de Processo Penal. A exigência de provas judicializadas, presente no art. 155 do Código de Processo Penal, refere-se à decisão definitiva, não se podendo invocá-la em sede de pronúncia, mero juízo de admissibilidade, até porque o procedimento afeto ao Tribunal do Júri permite a produção de prova em Plenário de Julgamento.' (TJMG – Des. Pedro Vergara- voto vencido- RSE 1.0024.08.970753-3/001- 5ª C-pub 08/09/2009).

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de afastar a aplicabilidade do artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, inclusive após o julgamento em plenário, conforme julgado abaixo colacionado:

HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. DECISÃO FUNDAMENTADA EM PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DO VEREDICTO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Não há falar em ausência de fundamentação, nem em decisão manifestamente contrária a prova dos autos, na hipótese em que o conselho de sentença, acolhendo uma das versões apresentadas no julgamento, concluiu pela autoria do crime, com base nas provas testemunhais colhidas na fase investigatória. O tribunal de apelação somente poderia anular o julgamento do júri se a decisão do conselho de sentença, distanciando-se da prova dos autos, fosse absurda, arbitrária, teratológica, o que não ocorreu na espécie. (HC 44.374/SP - Quinta Turma - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 10/12/2007, p. 401).

3. Fundamentos

A vida é o bem jurídico mais importante do homem, porque condicionador de todos os demais. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 descreveu o direito à vida como direito fundamental (artigo 5º da CF/88), inclusive com alcance no âmbito internacional e universal (H. Kelsen).

O direito processual penal consubstanciou rito especial para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida do Tribunal do Júri, com regras próprias.

Não é possível a aplicação de normas processuais penais, de forma irrestrita, no procedimento do Tribunal do Júri, porque possui regras diferenciadas.

Na instrução preliminar do procedimento do Tribunal do Júri, não se impõe nenhuma análise meritória e nem sanção alguma

ao recorrente; a decisão tem natureza meramente processual, baseada na demonstração da materialidade e indícios de autoria delitiva.

O objetivo da instrução sumária é *firmar a competência do Tribunal do Júri e garantir ao cidadão que possa ser julgado, no mérito, por jurados – juízes leigos –, consagrando o estágio filosófico máximo da democracia.*

A obrigatoriedade em relação à produção probatória sob o crivo do contraditório, descrita no artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, atinge somente a sentença de mérito, em que se exige do magistrado o juízo de certeza, fundamentado, após apreciação dos elementos probatórios. Mesmo assim não há impedimento algum de que o magistrado venha proferir sentença condenatória, com fulcro em provas produzidas em fase inquisitorial e judiciais.

Nesse sentido:

TJSP – Registre-se que a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal veda a condenação rastreada unicamente em elementos coligidos na fase administrativa da persecução penal. (Ap.990.09.226423-0, 16ªC. rel. Almeida Toledo. 14.12.2010, v.u.).

É notório que *a natureza jurídica da sentença de pronúncia é diversa da sentença condenatória. Isso porque a sentença de pronúncia consubstancia uma decisão mista terminativa processual, na qual não se comina nenhum tipo de sanção, apenas se verifica os indícios de autoria delitiva e materialidade, cuja análise meritória será submetida aos jurados, na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal de 1988.*

Não há o se falar na aplicação literal do artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro neste procedimento especial, já que a pronúncia consubstancia somente um juízo de admissibilidade,

restando afastada qualquer análise meritória, que, por determinação constitucional, somente pode ser realizada pelos jurados na sessão plenária do Tribunal do Júri.

Na sessão do Tribunal do Júri, inclusive, é possível nova produção probatória, inclusive oral, em plenário, para a livre apreciação dos jurados.

A possibilidade de produção probatória diversa daquela realizada na fase sumária, no plenário do Júri (oportunidade em que o mérito é apreciado), é uma peculiaridade deste procedimento especial. Inclusive, as partes podem pugnar pela imprescindibilidade da oitiva de testemunhas por elas indicadas.

Dessa feita, é infecunda qualquer discussão probatória na fase da pronúncia. Primeiramente, porque a pronúncia é decisão meramente processual que reafirma competência. No mais, na sessão do Tribunal do Júri, em que o mérito será analisado pelos jurados, há nova instrução probatória, inclusive com possibilidade de oitiva de novas testemunhas; portanto, é no veredicto do plenário que se discute o juízo de certeza.

Demonstrada a materialidade e indícios de autoria, a *submissão do delito ao plenário do Júri, perante o corpo de jurados* – leigos –, é imprescindível, inclusive amparada pela *plenitude de defesa*, porque este julgamento consubstancia a *consagração máxima do sistema democrático, sob a ótica da teoria policentrismo e da comparticipação processual de Fazzalari e de Habermas*, os quais consubstanciam bases filosóficas que justificam o contraditório. (NUNES, 2011, p. 202-260).

O procedimento do Júri é especial e deve obedecer as regras próprias, não sendo possível a aplicação irrestrita de institutos processuais, principalmente o artigo 155 do CPP.

Nesse sentido, a doutrina aduz sobre a pronúncia:

Todavia, se o Juiz se convencer da existência do crime e de indícios suficientes de que o réu seja o seu autor, proferirá decisão de pronúncia. Esta, conforme vimos ao tratar da classificação dos atos jurisdicionais, é uma decisão interlocutória mista não terminativa, porque encerra, sem julgamento do mérito, *a primeira etapa do procedimento dos crimes da alçada do Júri. A decisão interlocutória mista encerra o processo sem o julgamento do mérito. [...] Não se trata de decisão de mérito, pois, mesmo reconhecendo seja o réu o autor do crime, não se aplica nenhuma “sancio juris”. A decisão aí tem, evidentemente, caráter nitidamente processual.* (TOURINHO FILHO, 2012, p. 163, grifo nosso).

[...] É preciso considerar que a decisão de pronúncia somente *deve revelar um juízo de probabilidade e não o de certeza.* (OLIVEIRA, 2011).

O *Supremo Tribunal Federal* já firmou jurisprudência no sentido de admitir somente provas produzidas em fase inquisitorial para fundamentar a pronúncia.

A razão da distinção de tratamento probatório no Tribunal do Júri, na fase sumária, é que basta a demonstração da materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva para a prolação da pronúncia, por sua própria natureza. Basta, pois, a constatação do juízo de admissibilidade e não de certeza.

O art. 413 do Código de Processo Penal aduz que finda a fase do sumário dos crimes de competência do Tribunal do Júri, o acusado será pronunciado quando o Juiz se convencer da *materialidade do fato* e da existência de *indícios suficientes de autoria*. Presentes os referidos requisitos, o magistrado deve submeter a apreciação meritória aos jurados (juízes leigos), para análise meritória, em sessão do Tribunal do Júri, por ser garantia fundamental constitucional basilar ao Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, eis a jurisprudência pátria a respeito do juízo de admissibilidade da pronúncia:

STJ – ‘Todas as acusações que tenham ao menos possibilidade de procedência deverão ser submetidas ao Tribunal Júri, juiz natural da causa, com esteio no art. 408 do Código de Processo Penal.’ (HC 147874- RJ, 5T. rel. Gilson Dipp, 16/12/2010, v. u.).

STF – ‘É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a decisão de pronúncia é mero juízo de admissibilidade da acusação, motivo por que nela não se exige a prova plena, tal como exigido nas sentenças condenatórias em ações penais que não são da competência do júri, não sendo, portanto, necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o acusado seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz de convença daquela existência.’ (HC 98791/ES, 1. T. J. 28.09.2010. v. u., rel. Cármen Lúcia).

É, pois, necessário que os operadores do direito observem as peculiaridades do rito do Tribunal do Júri, aplicando as normas processuais penais somente em relação às suas lacunas, no que lhe for compatível.

Assim, nota-se que a jurisprudência pátria, de forma acertada e em consonância com as peculiaridades do procedimento especial do Tribunal do Júri, afastou a aplicação do artigo 155 do Código de Processo Penal na fase sumária do referido procedimento especial, confirmando, inclusive no Pretório Excelso, a possibilidade da decisão de pronúncia basear-se somente em provas inquisitoriais.

4. Referências bibliográficas

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1572 p.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris Editor, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. 188 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1310 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011. 282p.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 974 p.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 254 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v II. 850 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. IV. 685 p.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120007

4

Direito Civil

Artigo
Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

DIREITO CIVIL

ARTIGO

A “MUDANÇA DE SEXO” E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS: BREVES NOTAS

“SEX CHANGE” AND ITS JURIDICAL IMPLICATIONS: SHORT NOTES

EMERSON GARCIA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

emersongarcia814@hotmail.com

RESUMO: Após constatação de que o transexualismo é uma patologia, gerando uma situação de ruptura entre o sexo psíquico e o biológico, seguiu o reconhecimento da licitude das cirurgias de transgenitalização, o que tem ensejado não poucos debates em torno da possibilidade de o Poder Público ser compelido a custeá-las e em torno dos efeitos que a “mudança de sexo” produzirá no registro civil das pessoas naturais. A análise crítica dessas polêmicas, tendo como pano de fundo o princípio mor da dignidade da pessoa humana, é o objetivo dessas breves linhas.

ABSTRACT: After the verification that the transsexualism is a pathology, generating a situation of rupture between the psychic sex and the biological sex, it followed the recognition of the licitness of the transgenitalization surgeries, that has resulted in many debates around the possibility of the Public Power to be compelled to finance them and of the effects that the “sex change” will produce in the natural people’s civil registration. The analysis of those controversies, keeping as backdrop the principle of the human dignity, is the objective of those short lines.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade humana; mudança de sexo; transgenitalização.

KEY WORDS: human dignity; sex change; transgenitalization.

SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais do transexualismo. 2. A dignidade da pessoa humana e os seus elementos estruturais. 3. A permeabilidade axiológica da dignidade humana. 4. A cirurgia de transgenitalização e o seu oferecimento pela rede pública de saúde. 5. Reflexos da “mudança de sexo” no registro público. 6. Epílogo. 7. Referências bibliográficas.

1. Aspectos gerais do transexualismo

O sexo da pessoa humana é normalmente determinado de acordo com quatro referenciais de análise: os cromossomos, as gônadas (ovários ou testículos), os hormônios e as características sexuais, primárias ou secundárias. Os dois primeiros não podem ser substituídos – mas as gônadas podem ser retiradas –, os dois últimos sim. Enquanto os hormônios podem ser alterados com relativa facilidade, as características sexuais, mais especificamente as primárias, apresentam alguma complexidade: o grande desafio é o de lograr êxito, em termos de aparência e correto funcionamento, na alteração anatômica da genitália. Nesse particular, enquanto a alteração do gênero masculino para o feminino, apesar de difícil, tem sido realizada com maior frequência, o contrário se tem mostrado particularmente complexo, não só em termos de aparência, como em relação ao regular funcionamento.

Conquanto não possa ser considerada uma expressão unívoca, “mudança de sexo”, para os fins de nossa exposição, consiste na alteração das características físicas aparentes, por meio de processo cirúrgico, de modo que o indivíduo se assemelhe às pessoas que possuem o sexo oposto. A cirurgia não incursionará no plano genético, sendo precipuamente direcionada a substituir o órgão genital existente por aquele que caracteriza o sexo oposto.¹ Intervenções dessa natureza permitem que as características comportamentais do agente, que se coadunam com aquelas inerentes ao sexo oposto, se ajustem à sua aparência física. Na medida em que os fatores físico e psíquico tornem-se convergentes, aumenta a possibilidade de

¹ Nos homens, é realizada a secção do pênis e do escroto, com posterior construção da vulva; a supressão do pomo de Adão; e a inserção de prótese de silicone, formando o busto feminino. As mulheres, por sua vez, recebem um pênis, normalmente de silicone e, em regra, com funcionalidade apenas estética.

efetiva inserção no ambiente social, nem sempre caracterizado pela tolerância e pelo respeito ao próximo.

O transexualismo, que afeta aos homens em maior intensidade que às mulheres, tem sido visto como patologia, originária de falhas cromossômicas ou desequilíbrios hormonais, que impõe uma ruptura aparentemente definitiva entre a identidade psíquica e a realidade física (CHAVES, 1994, p. 141); pode manifestar-se tanto na infância como na fase adulta, havendo estudos, inclusive, que sugerem a possibilidade de o seu delineamento se principiar no curso da própria gestação. O transexual, face à resistência endógena, já que o indivíduo não aceita a si próprio, e à constante discriminação exógena, sendo conhecidas as dificuldades de inserção social de um homem que deseja ser mulher ou de uma mulher que almeja ser homem, tende a assumir uma postura isolacionista, o que, não raro, coloca em risco a sua própria vida, sempre ameaçada pela sombra do suicídio.

Em decorrência das peculiaridades dessa patologia, que tem raízes no plano psíquico e somente encontra lenitivo nas profundas modificações a serem promovidas no plano físico,² sendo confundida, com relativa frequência, com meros distúrbios da sexualidade, tem sido comum a resistência, no ambiente social, ao reconhecimento de sua gravidade e do verdadeiro martírio que acomete o seu portador.

E, o que é mais grave, a resistência costuma transmutar-se em indiferença quando contextualizada no âmbito do Poder Público, que nem sempre oferece o apoio necessário a quem dele necessita. Em verdade, sempre foram comuns as tentativas de enquadrar os responsáveis pelas cirurgias de transgenitalização na tipologia do art. 129, § 2º, III, do Código Penal, inciso que trata da denominada *lesão corporal gravíssima* (FRAGOSO, 1979), o que reflete uma evidente confusão entre a ofensa à integridade física e a terapia voltada ao restabelecimento do equilíbrio físico e psíquico. Na atualidade, o reconhecimento de que o transexualismo configura uma patologia

² Os tratamentos puramente psicológicos são absolutamente ineficazes em relação ao transexual, que se mostra irredutível em sua pseudo-identidade com o sexo oposto, não coopera e rejeita a terapia. Cf. Sutter (1993, p. 115) e Diniz (2006, p. 290).

e de que a intervenção cirúrgica é o método adequado ao seu enfrentamento, a um só tempo, confere ao indivíduo irrestrito poder de decisão³ e afasta a responsabilidade penal do médico.

A República Federativa do Brasil não conta com legislação específica voltada ao transexualismo, quer em relação aos fatores que permitem a sua individualização, quer em relação ao tratamento a ser realizado. Somente em 1997, o Conselho Federal de Medicina aprovou, em caráter experimental, a realização de

[...] cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo. (Resolução nº 1.482/1997, art. 1º)⁴.

Essa norma, não obstante emanada de um conselho de fiscalização profissional, pode ser considerada um verdadeiro divisor de águas na realidade brasileira, sendo decisiva para a compreensão de que o transexualismo efetivamente constitui uma patologia e de que a intervenção física é indispensável à estabilização psíquica do indivíduo.⁵ Nessa linha, havendo livre manifestação de vontade

³ Código Civil, art. 13, *caput*: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Face à unidade existencial do ser humano, parece evidente que a “exigência médica” referida no preceito pode estar associada tanto à preservação da incolumidade física como à psíquica.

⁴ Em momento anterior à iniciativa do Conselho Federal de Medicina, o Congresso Nacional chegou a aprovar o PL nº 1.909-A, que acrescentava um § 9º ao art. 129 do CP (“Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de Junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz”), sendo o texto, ao final, vetado pelo Presidente da República, o General João Baptista Figueiredo. A temática voltou a ser abordada no PL nº 70-B, de 1995, que, além de inserir um § 9º ao art. 129 do CP, promovia alterações no art. 58 da Lei nº 6.015/1973, permitindo a alteração do prenome, quando realizada intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário, e exigindo que a condição de transexual fosse declinada no registro de nascimento e no documento de identidade.

⁵ Em acórdão que bem retrata o entendimento prevalecente nos tribunais até 1997, assim se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “[a] cirurgia pretendida que não é corretiva e tem efeito mais psicológico, mesmo porque o sexo biológico e somático continua sendo o mesmo, não é permitida em nosso País. Ainda que devendo

do transexual, que age nos estritos limites de sua privacidade,⁶ o médico que intervém no tratamento dessa patologia age no plano da licitude, no exercício regular de sua profissão, o que torna dispensável a solicitação de autorização judicial, quer para simplesmente legitimar, quer para determinar a sua realização.⁷

Em 2002, foi editada nova normatização, a Resolução nº 1.652/2002, que autorizou a realização da

[...] cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo. (Resolução, nº 1.652/2002, art. 1º).

e, em caráter ainda experimental, a do “tipo neofaloplastia” (Resolução nº 1.652/2002, art. 2º).

o transexual ser tratado com seriedade, com acompanhamento médico desde a infância, e mesmo sabendo que em outros países essa cirurgia é realizada, não se pode autorizar a sua efetivação” (3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 596103135, rel. Des. Tael João Selistre, j. em 12/09/1996). O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do mesmo modo, decidiu que “[a] mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em [sic] transformar um homem numa mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir” (4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1992.001.06087, rel. Des. Marden Gomes, j. em 04/03/1993).

⁶ Esse entendimento tem sido acolhido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão: *BVerfGE* 49, 286-297; 60, 123-134; 116, e 243-264. Cf. Jarass e Pieroth (2009, p. 75).

⁷ O Tribunal de Justiça de São Paulo examinou a questão em seus exatos termos: “Registro Civil. Assento de nascimento. Alteração. Pedido de retificação de nome e alteração de sexo no registro civil c. c. autorização para cirurgia de redistribuição sexual. Inviabilidade. Transexualismo que reclama tratamento médico que só pelo especialista pode ser deliberado. Admissibilidade da cirurgia de transgenitalização mediante diagnóstico específico e avaliação por equipe multidisciplinar, por pelo menos durante dois anos (CFM, Resolução nº 1.652/2002). Apelante inscrito e em fila de espera para o tratamento, que deve ser definido pela equipe multidisciplinar, independentemente de autorização judicial, por se tratar de procedimento médico, competindo ao médico a definição da oportunidade e conveniência. Recorrente que, por ora, é pessoa do sexo masculino. Alteração no registro civil que poderá ser tratada oportunamente após resolvida, no âmbito médico, a questão de transexualidade.”. (10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 4174134500, rel. Des. Carvalho Viana, j. em 09/10/2007).

Ambas as resoluções do Conselho Federal de Medicina tinham como destinatários exclusivos os “transexuais”, assim considerados aqueles que apresentassem:

(1) desconforto com o sexo anatômico natural; (2) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; (3) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; (4) ausência de outros transtornos mentais. (Resolução nº 1.652/2002, art. 3º).

O que distingue o transexual do homossexual e do travesti é a incontível aversão psicológica, em caráter continuado, ao próprio sexo, o que justifica, sob o prisma médico, a submissão a intervenções cirúrgicas e a tratamentos hormonais com o objetivo de alterar os seus órgãos genitais externos e, consequentemente, assegurar a sua integridade psíquica e – por que não? – física, evitando atentados à própria vida. O homossexual e o travesti, de modo diverso, não apresentam idêntica resistência à própria identidade sexual: o primeiro prefere manter relações sexuais com pessoas do mesmo sexo; o seu órgão genital, longe de ser um empecilho à felicidade, é a verdadeira fonte do seu prazer; o segundo, por sua vez, que pode ser homossexual ou heterossexual, obtém prazer ou segurança ao adquirir a aparência de pessoa do sexo oposto, o que se dá com o recurso a roupas e adereços.

A partir dessas breves premissas de caráter propedêutico, abre-se um extenso leque de problemas afetos à situação jurídica do transexual. Há um direito subjetivo à mudança de sexo, de modo que seja possível compelir o Poder Público a realizá-la? (VIEIRA, 1996, p. 22-23). O transexual que apresente evidentes características do sexo oposto, mas que não se submeta à cirurgia para a alteração do sexo anatômico inato, pode pretender a alteração do seu registro civil, de modo que ele corresponda aos contornos de sua personalidade e ao papel que desempenha no ambiente social? Admitindo-se a alteração do registro público, com ou sem cirurgia, quais são os limites a serem observados (*verbi gratia*: alteração apenas do prenome ou do próprio sexo inicial; menção ao sexo antigo no próprio registro etc.)?

Creemos que a solução dessas questões e de outras mais que possam surgir no ambiente social será necessariamente influenciada pelo referencial da dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil (CR/1988, art. 1º, III).

2. A dignidade da pessoa humana e os seus elementos estruturais

Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, seja essa ameaça proveniente de ações (*verbi gratia*: atentados à integridade física), seja de omissões (*verbi gratia*: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta na forma de ser humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser ou fazer algo. A liberdade, enquanto critério de formação e expressão da capacidade intelectual, é inerente ao ser humano num estado de natureza, não podendo sofrer restrições que atentem contra a sua base axiológica ou descaracterizem por completo a capacidade de determinação e decisão. A referência à “dignidade da pessoa humana” é naturalmente excludente das pessoas jurídicas, que poderão figurar como sujeitos de inúmeros direitos, mas não possuirão propriamente uma *dignidade* a ser protegida. No outro extremo, toda e qualquer pessoa humana possui dignidade.

A inserção do homem na sociedade e a sua necessária submissão aos comandos das estruturas estatais de poder não permitem o desenvolvimento de liberdades amplas e irrestritas, isso sob pena de se inviabilizar a liberdade alheia, com o consequente comprometimento do bem comum. As restrições, no entanto, devem observar os balizamentos traçados pelo texto constitucional e não ultrapassar a medida do necessário à salvaguarda dos bens e interesses correlatos. Em qualquer caso, como afirmou o Papa João Paulo II, na Encíclica *Veritatis Splendor*, de 6 de agosto de 1993,

nunca se pode aviltar ou contrariar a dignidade humana, ainda que nobres sejam os objetivos (nº 92): afinal, não é lícito alcançar o bem com a prática do mal (nº 80).

Ainda em meados do século XX, não era incomum que alguns atributos inerentes à espécie humana fossem enquadrados sob a epígrafe dos direitos da personalidade. Adriano de Cupis (1950, p. 18-22), em sua festejada monografia, já realçava a existência de direitos destinados a dar conteúdo à personalidade. Seriam direitos essenciais, sempre sujeitos à "sensibilidade" do ambiente social, o que poderia conduzir à sua expansão ou retração; vale dizer, mudando-se a consciência moral, muda-se o modo de ver a pessoa no seio da sociedade, o que, por via reflexa, também faz mudar os direitos considerados essenciais para a personalidade. Seriam direitos inatos, protegidos universalmente pelos ordenamentos jurídicos modernos. Nas palavras do autor,

[...] gli ordinamenti giuridici moderni hanno subito costantemente, può dirsi universalmente, la pressione delle idee sociali relative all'essenzialità dei diritti: tanto che si è discorso di una communis opinio esistente al riguardo, espressione di una comune volontà immanente in ogni ordinamento giuridico. (CUPIS, 1950, p. 18).

Em momento anterior, ressaltara Rui Barbosa que

[...] a minha pessoa não é sómente a entidade physica de minha individualidade, é, igualmente, o complexo de todos os direitos de que a minha existencia necessita, a minha existencia moral e a minha existencia exterior, a minha existencia privada e a minha existência política; desses direitos é que se compõe a pessoa humana, no estado social. (BARBOSA, 1933, p. 365).

Reforçando a necessidade de proteção desses atributos, dispõe a Constituição tunisiana de 1959, após a reforma de 2002 (art. 5º, 2ª parte), que o Estado, além de proteger a dignidade do ser humano, deve buscar o desenvolvimento de sua personalidade.

Apesar da referência aos direitos inatos do homem, tanto a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, como a célebre *Déclaration* francesa de 1789 não fizeram referência à dignidade humana; o segundo documento apenas falou em *dignité* em relação aos cargos governamentais. Somente no século XX, mais especificamente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (todas as pessoas são “livres e com a mesma dignidade”), é que a expressão veio a ser utilizada e, a partir daí, definitivamente incorporada às convenções internacionais de direitos humanos e a inúmeros textos constitucionais.

A proteção da dignidade humana costuma enfrentar uma dificuldade básica, que é a de identificar o que está, ou não, abrangido por ela. Num extremo, corre-se o risco de ver como atentatórias à dignidade humana meras afrontas ao bom gosto e à moral comum; no outro, o de não estender a sua proteção a valores efetivamente basilares da espécie humana. Aqui, retrai-se em excesso; lá, amplia-se ao ponto de amesquinhar-se. Face à dificuldade conceitual, não é incomum que, a partir das experiências colhidas no ambiente sociopolítico, parcelas características da dignidade humana passem a receber proteção específica, precisando os contornos da violação. É o que se dá, por exemplo, com a proibição da tortura, a fim de, sobretudo, preservar aspectos físicos e morais inerentes à dignidade de todo e qualquer ser humano.

A verificação do efetivo respeito à dignidade humana será amplamente influenciada pelas especificidades do caso concreto, sendo extremamente difícil a construção de arquétipos gerais e infalíveis. Referenciais libertários, protegendo a individualidade, a identidade e a integridade; igualitários, afastando a discriminação arbitrária; ou sociais, exigindo um rol mínimo de prestações sociais, com a conseqüente imposição de deveres prestacionais ao Estado, em muito contribuirão na aferição do respeito pela dignidade humana (FRANKENBERG, 2007, p. 315-316). Relativamente mais clara será a situação da pessoa que tenha o seu próprio *status* humano aviltado, sendo reduzida à condição de objeto, fórmula que exige um nível mínimo de convergência no ambiente sociopolítico, com o que se evitará que os conceitos pessoais do intérprete a

respeito de bom gosto e moral comum sejam superpostos à noção de dignidade humana, suprimindo a autonomia individual. Como atributo inerente à própria noção de humanidade, a dignidade, por natureza, é indisponível, o que afasta a invocação da voluntariedade para justificar a sua violação.

Kant já afirmara que tudo tem um “preço” ou uma “dignidade”: o que tem um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente; o que é superior ao preço e não admite equivalente tem uma dignidade. O ser humano, sendo um fim em si mesmo, tem um valor intrínseco, uma dignidade; não pode ser tratado como meio; considerado como pessoa, não como elemento do sistema da natureza, é sujeito de uma razão moralmente prática, estando acima de qualquer preço. Conclui, assim, que

[...] o respeito que eu tenho pelos outros ou que os outros têm por mim é o reconhecimento da dignidade nos outros homens, bem como que existe um valor, que não tem preço ou um equivalente com o qual se possa substituir o objeto da estima. (KANT, 2005, p. 392).

A filosofia kantiana, fundada no respeito pelo próximo e no valor intrínseco do ser humano, justifica a insurgência contra a opressão e aponta para a incorreção de práticas como a tortura e o terrorismo, segundo as quais o homem é tratado como objeto.

Como observa Häberle (1990, p. 99 - 100), a dignidade humana, em muitas Constituições modernas, constitui a premissa antropológica do Estado Constitucional, do direito estatal e, em futuro próximo, do direito internacional; acresce, ainda, que é extremamente difundida, no direito alemão, a repulsa à “fórmula objeto”, indicativa de que nenhuma pessoa pode servir de objeto à constrição estatal ou social, o que permite, inclusive, seja reconhecida a sindicabilidade de alguns direitos sociais, como o dever de o Estado garantir a assistência social.

3. A permeabilidade axiológica da dignidade humana

Conquanto seja perceptível a paulatina sedimentação dos contornos basilares da dignidade humana, com a correlata identificação de uma tendência ao universalismo, daí resultando a impossibilidade de serem idealizados arquétipos locais ou regionais deles dissonantes, é inegável que o desenvolvimento da humanidade não é uniforme e muito menos indiferente aos circunstancialismos de ordem espacial e temporal. Enquanto alguns países alcançam elevados níveis de desenvolvimento humano e social, outros lutam, até o limite de suas forças, para que a própria condição humana não seja negada ao indivíduo. É nesse contexto que se identifica a intensa permeabilidade axiológica da dignidade humana. Ainda que os seus contornos basilares devam ser comuns a todos os povos, é inegável que o maior desenvolvimento de alguns deles enseja o surgimento, no meio social, de uma concepção mais ampla e exigente quanto aos padrões mínimos de liberdade, igualdade e das prestações sociais asseguradas a cada pessoa.

A partir dos valores auferidos no meio social, que refletem a identidade cultural de um povo, verifica-se a retração ou a ampliação do potencial expansivo da dignidade humana, o qual, repita-se, não deve permanecer aquém dos contornos basilares sedimentados na sociedade internacional.

É possível falar, assim, em “direitos e deveres essenciais à dignidade humana”, que se integram ao seu núcleo duro, e em “direitos e deveres complementares à dignidade humana”, que apresentam um conteúdo variável, consoante as circunstâncias de ordem espacial e temporal, e servem de reforço ao núcleo duro. (OTERO, 2007, v. 1, p. 572).

Considerando o atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, a diversidade que lhe é inerente e o pluralismo característico de sua ordem jurídica, parece-nos indubitado que o transexual, acima de tudo, merece amplo e irrestrito respeito: sua disfunção psicológica não deve ser motivo de discriminação⁸ ou, pior, de exclusão.

⁸ O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, no Processo C-13/1994, interpretando a Diretiva 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976, que versa sobre a igualdade entre

4. A cirurgia de transgenitalização e o seu oferecimento pela rede pública de saúde

Tratando-se de patologia que gera uma verdadeira agonia existencial, sendo fonte de conflitos internos que podem conduzir à autoflagelação e ao próprio suicídio, é necessário que o Poder Público torne operativa a regra do art. 196 da Constituição de 1988, reconhecendo que a saúde, efetivamente, “*é direito de todos e dever do Estado*”, e disponibilize a cirurgia de transgenitalização àqueles que dela necessitem. A dignidade da pessoa humana e a carga axiológica que lhe dá sustentação atuam como fatores de integração da referida norma constitucional, o que permite a imediata exigibilidade daquelas prestações que, por sua essencialidade, integram o núcleo duro da dignidade humana. *In casu*, a tutela à saúde é erigida ao *status* de condição essencial ao pleno desenvolvimento da pessoa, o que lhe confere os contornos típicos de um direito fundamental imediatamente exigível, permitindo o surgimento de situações jurídicas subjetivas. (COCCONI, 1998, p. 63).

Pretensões dessa natureza, que já encontravam acolhida em decisões isoladas,⁹ deram os primeiros passos para alcançar o plano coletivo com o acolhimento, em agosto de 2007, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de pedido formulado pelo Ministério Público Federal, com o objetivo de que a cirurgia fosse

homens e mulheres na relação de emprego, decidiu que “[t]endo em conta o objetivo perseguido pela Diretiva 76/207, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, e às condições de trabalho, o artigo 5.º, n.º 1, desta diretiva opõe-se à dispensa de um transexual por motivo relacionado com a sua mudança de sexo. Com efeito, dado que o direito de não discriminação em razão do sexo constitui um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o âmbito de aplicação da diretiva não pode limitar-se apenas às discriminações resultantes da pertença a um ou a outro sexo. A sua aplicação deve ser extensiva às discriminações que tenham a sua origem na mudança de sexo, uma vez que as mesmas resultam essencialmente, senão exclusivamente, do sexo do interessado, porque despedir uma pessoa porque tem a intenção de sofrer ou sofreu uma mudança de sexo, é aplicar-lhe um tratamento desfavorável relativamente às pessoas do sexo de que era considerada fazer parte antes desta operação” (P. e S. *versus* Cornwall County Council, *European Court Reports*, 1996, p. I-02143).

⁹ TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.07095, rel. Des. Joaquim Alves de Brito, j. em 26/07/2005.

disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde.¹⁰ A União, apesar de

¹⁰ “Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na Tabela Sih-Sus de Procedimentos Médicos de Transgenitalização. Princípio da Igualdade e Proibição de Discriminação por Motivo de Sexo. Discriminação por Motivo de Gênero. Direitos Fundamentais de Liberdade, Livre Desenvolvimento da Personalidade, Privacidade e Respeito à Dignidade Humana. Direito à Saúde. Força Normativa da Constituição. 1 – A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde. 2 – A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis. 3 – A proibição de discriminação por motivo de sexo compreende, além da proteção contra tratamentos desfavoráveis fundados na distinção biológica entre homens e mulheres, proteção diante de tratamentos desfavoráveis decorrentes do gênero, relativos ao papel social, à imagem e às percepções culturais que se referem à masculinidade e à feminilidade. 4 – O princípio da igualdade impõe a adoção de mesmo tratamento aos destinatários das medidas estatais, a menos que razões suficientes exijam diversidade de tratamento, recaindo o ônus argumentativo sobre o cabimento da diferenciação. Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo e (b) não se pode justificar uma discriminação sexual (contra transexuais masculinos) com a invocação de outra discriminação sexual (contra transexuais femininos). 5 – O direito fundamental de liberdade, diretamente relacionado com os direitos fundamentais ao livre desenvolvimento da personalidade e de privacidade, concebendo os indivíduos como sujeitos de direito ao invés de objetos de regulação alheia, protege a sexualidade como esfera da vida individual livre da interferência de terceiros, afastando imposições indevidas sobre transexuais, mulheres, homossexuais e travestis. 6 – A norma de direito fundamental que consagra a proteção à dignidade humana requer a consideração do ser humano como um fim em si mesmo, ao invés de meio para a realização de fins e de valores que lhe são externos e impostos por terceiros; são inconstitucionais, portanto, visões de mundo heterônomas, que imponham aos transexuais limites e restrições indevidas, com repercussão no acesso a procedimentos médicos. 7 – A força normativa da Constituição, enquanto princípio de interpretação, requer que a concretização dos direitos fundamentais empreste a maior força normativa possível a todos os direitos simultaneamente, pelo que a compreensão do direito à saúde deve ser informada pelo conteúdo dos diversos direitos fundamentais relevantes para o caso. 8 – O direito à saúde é direito fundamental, dotado de eficácia e aplicabilidade imediatas, apto a produzir direitos e deveres nas relações dos poderes públicos entre si e diante dos cidadãos, superada a noção de norma meramente programática, sob pena de esvaziamento do caráter normativo da Constituição. 9 – A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistir risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 – A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de

ter manejado os recursos extraordinário e especial, deles desistiu, como foi amplamente noticiado pelos meios de comunicação, em julho de 2009.

Após a decisão do Tribunal Regional Federal, mas em momento anterior à desistência dos recursos pela União, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 1.707, de 17 de agosto de 2008 (DOU de 19/08/2008), instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o "*processo transexualizador*", a ser implantado nas unidades federadas.¹¹ Acresceu, ainda, que compete à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde a adoção das providências necessárias à plena estruturação e implantação do programa (Portaria nº 1.707/2008, art. 3º), observando-se, em qualquer caso, os balizamentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº 1.652/2002. (Portaria nº 1.707/2008, art. 1º).

transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 – As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 – As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 – A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas." (TRF-4ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS, rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, DJ de 23/08/2007).

¹¹ Eis a motivação que acompanha a Portaria nº 1.707/2008: "Considerando que a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais os direitos à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade; Considerando que a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, instituída pela Portaria nº 675/GM, de 31 de março de 2006, menciona, explicitamente, o direito ao atendimento humanizado e livre de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero a todos os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS); Considerando que o transexualismo trata-se de um desejo de viver e ser aceito na condição de enquanto pessoa do sexo oposto, que em geral vem acompanhado de um mal-estar ou de sentimento de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico, situações estas que devem ser abordadas dentro da integralidade da atenção à saúde preconizada e a ser prestada pelo SUS; Considerando a Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia do transgenitalismo."

5. Reflexos da “mudança de sexo” no registro público

O registro público, como se sabe, tem como principal funcionalidade, além da eventual função constitutiva, a de assegurar a publicidade de certos acontecimentos de interesse coletivo e, consequentemente, contribuir para a preservação da segurança jurídica. Naquilo que se relaciona ao presente estudo, as atenções se voltam ao registro civil das pessoas naturais, que individualiza a pessoa e o seu estado civil; e mais especificamente a duas informações que contribuem para que esse objetivo seja alcançado: o prenome e o sexo.

Numa visão tradicionalista, seria possível afirmar que o prenome, ressalvadas as exceções contempladas em lei, é, em linha de princípio, imutável;¹² o sexo, por sua vez, assumiria características inatas, não podendo ser alcançado por meras alterações de aparência. Entendimento dessa natureza, como soa evidente, não se harmoniza com o necessário respeito à dignidade humana, da qual se desprendem todos os direitos que protegem e viabilizam a expansão da individualidade física e psíquica inerente a qualquer ser humano.

A inalterabilidade do prenome, como se percebe pela sistemática legal, é meramente relativa; deve se ajustar às exceções expressamente previstas na Lei de Registros Públicos e àquelas que se desprendam da Constituição, que informa e serve de fundamento de validade para toda a ordem jurídica. Ao “mudar de sexo” a pessoa inaugura uma nova fase de sua personalidade, daí decorrendo a imperiosa necessidade de que seja re-individualizada perante si e seus pares. Não há dignidade se a pessoa tem renegado o seu *eu* e é impedida, por razões de ordem patológica, a se integrar ao *nós*, vale dizer, ao ambiente social. Nesse contexto, a autorização judicial para a mudança do prenome decorreria diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual está ínsita a proteção da

¹² Lei nº 6.015/1973, art. 58: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.”.

personalidade individual. À alteração do gênero sexual estendem-se os mesmos argumentos, o que torna igualmente necessária a alteração do sexo originariamente inserido no registro civil, que não mais se harmoniza com a realidade.¹³

A proposição, no entanto, não é tão simples quanto aparenta ser. Há, ainda, duas outras questões a serem enfrentadas. A primeira consiste em identificar se a cirurgia de transgenitalização é requisito necessário à alteração do prenome e do sexo ou se é possível que uma pessoa que fisicamente ostente as características de um homem, mas que, no plano psíquico, se sinta uma mulher, possa igualmente alterá-los. A segunda diz respeito à necessidade, ou não, de ser inserida alguma observação no registro a respeito da situação anterior da pessoa.

Em prol da possibilidade de alteração do prenome e do sexo, mesmo nas situações em que não tenha sido previamente realizada a cirurgia de transgenitalização, argumenta-se que a verdade registral não pode desconsiderar que o transexual vive sob uma evidente contradição entre a forma de seus genitais externos e os aspectos psicológicos que integram a sua personalidade. Ao prestigiar o sexo morfológico e ignorar os aspectos inerentes ao pensamento e ao comportamento da pessoa, o registro civil incorreria em erro, não retratando a verdadeira identidade sexual. Nesse caso, deveria prevalecer o entendimento pessoal do indivíduo em relação ao próprio sexo ou, de modo mais exato, o diagnóstico médico como transexual. O sexo, assim, acompanharia o psíquico, não o físico.

Em que pese tratar-se de entendimento bem intencionado e preocupado com aspectos inerentes à personalidade individual, não cremos que pessoa biologicamente normal e pertencente a um gênero sexual bem definido possa ser transposta para outro com embasamento, único e exclusivo, em seus transtornos psíquicos. Entendimento diverso, em verdade, terminaria por fazer que o próprio registro civil fosse acometido dos mesmos males

¹³ A retificação do prenome e do sexo, no assento de nascimento, após a cirurgia, tem sido acolhida pela jurisprudência: TJRJ, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.01910, rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. em 13/09/2005.

do transexualismo: retrataria o que se sente, não o que é visto na realidade, o que certamente afrontaria a sua funcionalidade, conduzindo-o ao descrédito.

Como afirmamos, a correta compreensão do que está dentro e do que está fora do potencial expansivo da dignidade humana pode redundar em lamentáveis omissões ou em caudalosos excessos. Esse parece ser o caso. Desde o período colonial, avançando pelo Império e continuando sob a República, o sexo biológico, não o psíquico, sempre foi o critério utilizado na individualização da identidade jurídica das pessoas. A uniformidade alcançada por esse critério, ainda que não seja o melhor, certamente contribui para a harmonia e a paz no ambiente social. Admitir que certas pessoas tenham o sexo definido de acordo com padrões biológicos (*rectius*: órgãos genitais de homem ou de mulher, ou ambos, isto no caso de hermafroditismo¹⁴) e, outras, consoante padrões psicológicos, é eliminar um critério objetivo e seguro, utilizado há séculos na aferição dessa característica humana. Se, por um lado, o transexual não está obrigado a se submeter a uma cirurgia que pode colocar em risco a sua incolumidade física, por outro, não há como se considerar ínsito em sua esfera jurídica o direito de ser conhecido por um sexo que mesmo na aparência não ostenta.

No direito alemão, foi editada, em janeiro de 1980, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1981, a *Transsexuellengesetz (TSG)*,¹⁵ que prevê as situações em que será admitida a troca de prenome (*Änderung der Vornamen*, TSG, §§ 1º ao 7º) ou a própria alteração do sexo (*Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit*, TSG, §§ 8º a 12) constante do registro de nascimento (*Geburtenregister*). Para

¹⁴ Estabelecendo a distinção entre hermafroditismo verdadeiro e pseudo-hermafroditismo, observa Carlos Fernandez Sessarego (1991) que o primeiro deles é uma síndrome caracterizada pela presença simultânea das gônadas masculina e feminina, o que influi sobre a formação dos genitais externos, o aspecto somático e o comportamento psíquico; o pseudo-hermafroditismo consiste na ausência de homogeneidade entre os órgãos genitais externos e o sexo genético; no transexualismo, por sua vez, a anomalia é puramente psíquica, não havendo anomalias nas gônadas ou nos órgãos genitais externos.

¹⁵ O título completo é: “Lei sobre a alteração do prenome e a identificação do gênero sexual em casos especiais” (*Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen*).

ambos os propósitos, a pessoa deve ter no mínimo 25 anos de idade, preencher os requisitos de nacionalidade e apresentar, em razão de sua transexualidade, por no mínimo três anos, o sentimento de que pertence ao sexo oposto. (TSG, § 1º, (1), 1 a 3; e § 8º, (1) 1). Diversamente da modificação do prenome, a alteração do sexo constante do registro civil está condicionada à prévia realização da cirurgia. (TSG, § 8º, (1), 4).

Especificamente em relação à alteração de sexo no registro civil, o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht* – *BVerfG*),¹⁶ interpretando o princípio da dignidade da pessoa humana (*Grundgesetz* de 1949, art. 1º, 1) e a especial proteção que o Estado confere ao casamento e à família (*Grundgesetz* de 1949, art. 6º, 1), decidiu que referida medida não estaria ao alcance de pessoas casadas, enquanto permanecerem casadas, ainda que já submetidas à cirurgia de transgenitalização. A decisão a respeito da cirurgia, por sua vez, se situa na esfera personalíssima do transexual, não estando condicionada à concordância do seu cônjuge. (*BVerfG*).¹⁷ Esse entendimento, à evidência, é perfeitamente aplicável à realidade brasileira.

Resta verificar quais os efeitos das alterações promovidas no registro público em relação às informações preexistentes. Observa-se, de logo, que a opção pela coexistência de ambas terminaria por gerar mal maior que aquele que se buscou combater. Afinal, o indivíduo, longe de pacificar os seus conflitos intrínsecos, terminaria por vê-los perpetuados no próprio registro público, que assegura a permanência e a publicidade da informação. No extremo oposto, tem-se que a pura e simples supressão das informações preexistentes apresentaria dois inconvenientes: 1) retrataria, como se subsistente desde o nascimento, uma situação que somente surgiu em momento posterior, após a cirurgia de transgenitalização; e 2) comprometeria a segurança jurídica e a legítima confiança que a sociedade costuma depositar sobre o registro público.

¹⁶ 1º Senado, j. em 27/05/2008, 1 *BvL* 10/05.

¹⁷ In: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 08, 433. Cf. Jarass e Pieroth (2009, p. 84).

Na medida em que o registro público deve retratar a realidade, não é aceitável seja justamente ele a inviabilizar o acesso à informação de que a pessoa, durante parte de sua vida, foi conhecida por nome diverso e considerada pertencente a gênero sexual distinto do atual (CENEVIVA, 2003, p. 75). Entre o nascimento e a morte, pontos de partida e de chegada da existência humana, há toda uma dinâmica de relações que situam a pessoa no contexto social e permitem o seu reconhecimento; quando tais relações assumem relevância social, passam a ser encartadas no registro público. Nessa linha, considerar originário o que foi adquirido é mentira incompatível com a *ratio essendi* do registro. Uma forma de preservar a funcionalidade do registro e não ressuscitar o abalo psíquico que sempre atormentou o transexual é nele inserir a observação de que os campos *w* e *x*, vale dizer, aqueles referentes ao prenome e ao sexo, foram alterados por força de decisão judicial,¹⁸ proferida pelo órgão jurisdicional *y*, no processo *z*. Embora não se negue que certamente se obteria maior transparência com a anotação do designativo “transexual”, cremos que os efeitos deletérios em muito superariam os malefícios a serem obtidos. Afinal, além de estigmatizar o indivíduo, que ostentaria uma marca visível ao olhar mais desatento, ainda romperia com o modelo binário de gênero sexual, dando azo ao surgimento de um *tertium genus*, o que certamente intensificaria a discriminação. O mesmo se diga em relação a outras “técnicas” mais sutis, mas igualmente discriminatórias, como “feminino cirúrgico” ou “masculino construído”.

Ainda que num primeiro exame sejamos levados a crer que o prenome e o sexo do indivíduo somente digam respeito a ele, essa conclusão não resiste a uma reflexão mais acurada. Essas informações, conquanto inicialmente ambientadas na intimidade de cada qual, dela se desprendem e assumem relevância coletiva ao constatarmos que podem gerar reflexos sobre a vida e o patrimônio de terceiros. É plenamente factível que terceiros de boa-fé se relacionem com o indivíduo única e exclusivamente por acreditarem que ele pertence a um dado sexo; essas pessoas, à evidência, têm o direito de saber se tal pertença é inata ou adquirida. O exemplo mais sugestivo é o daqueles que pretendam

¹⁸ Nesse sentido: STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007.

contrair núpcias com pessoas que “mudaram de sexo”. Seria admissível negar-lhes o direito de saber que o futuro cônjuge possuía nome diverso e, legalmente, ostentava o mesmo sexo que o seu? Toda pessoa tem um passado, que pode ser abonador ou desabonador, o que certamente deve ser objeto de avaliação por parte daqueles que com ele pretendem se relacionar. O total silêncio do registro, no entanto, simplesmente inviabilizaria o acesso, por parte de outros particulares, de uma considerável parcela da vida do antigo transexual.

Não bastassem os argumentos de ordem sentimental ou de pura opção pessoal, ainda merece referência a constatação de que o casamento com o outrora transexual, em regra, tornará inviável a reprodução, isto porque o novo órgão genital raramente alcançará um padrão ótimo de funcionamento. A questão em nada se assemelha à da mulher estéril, como pensou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo acórdão foi corretamente reformado pelo Superior Tribunal de Justiça;¹⁹ afinal, o fato de a mulher não poder procriar é mera contingência, não descaracterizando os seus contornos intatos; por outro lado, no outrora transexual que, na aparência, se transmudou de homem em mulher tem-se uma limitação imanente.

A solução simplista de afirmar que aquele que se sentir enganado sempre poderá pleitear, no prazo decadencial de três anos, face ao erro essencial em relação à identidade do cônjuge, a anulação do casamento (Código Civil, arts. 1.557, I, e 1.560, III), não se afeiçoa ao imperativo respeito aos demais valores constitucionais

¹⁹ “Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp. nº 678.933/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/03/2007, DJ de 21/05/2007).

envolvidos. Esses valores principiam pela pessoa do outro cônjuge, pois também ele possui uma dignidade a ser respeitada, o que inclui o direito de expandir a sua personalidade ao lado da pessoa que melhor se ajuste aos seus sentimentos, à sua maneira de vida e aos seus referenciais de certo e errado. O Estado não pode manter-se ao lado da malícia e do engodo.

A exemplo do princípio da dignidade humana, também o direito a informação possui estatura constitucional. Nos exatos termos do art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Conquanto deva coexistir com as hipóteses de sigilo, o direito à informação há de prevalecer nas situações que, não dizendo respeito, única e exclusivamente, à intimidade alheia e à subsistência do Estado, possam gerar reflexos diretos na esfera jurídica dos demais componentes do grupamento.

Observa-se, no entanto, que a questão, por vezes, é contextualizada tão somente na esfera jurídica daquele que logrou êxito em alterar o nome e o sexo, sendo ignorada a funcionalidade do registro público e o potencial interesse da coletividade.²⁰

6. Epílogo

O reconhecimento do transexualismo enquanto patologia e a correlata necessidade de o Poder Público possibilitar, àqueles que

²⁰ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que das certidões do registro público competente não deve constar que a alteração de nome e de sexo é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual (3ª T., REsp. nº 1.008.398/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15/10/2009, Inf. nº 411). No mesmo sentido: “Processual Civil. Apelação Cível. Transexualismo. Alteração do Nome e Sexo do Apelante em Registro Civil. Jurisprudência Majoritária. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Provimento. I. A apelação deve ser conhecida, pois tempestiva e de acordo com determinações legais. II. Apelante submeteu-se à intervenção cirúrgica para mudança de sexo e possui fenótipo feminino, além de condição psicológica de mulher. III. Princípio da dignidade da pessoa humana tem vertentes na questão da cidadania, da personalidade e da saúde (física e psíquica), possibilitando, com alicerce em jurisprudência majoritária, o provimento do pleito. IV. Em vistas da dignidade e da privacidade do apelante, não se deve fazer averbação da alteração; V. Decisão Unânime” (TJPA, 3ª Câmara Cível Isolada, Proc. nº 2007.30049340, rel. Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior, j. em 05/03/2009, DJ de 09/03/2009).

dela necessitem, a realização gratuita da cirurgia de transgenitalização são medidas necessárias e imprescindíveis à preservação do núcleo duro da dignidade humana. Alteradas as feições anatômicas do órgão genital, é a dignidade humana, mais uma vez, que, à mímica de autorização normativa expressa, direcionará os órgãos jurisdicionais na apreciação do pedido de alteração – no registro civil das pessoas naturais – do prenome e do sexo originários. Na medida em que o registro reflete um referencial de informação e de publicidade, estando necessariamente lastreado nos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, será necessária a averbação, à margem do registro, de observação informando que as alterações foram promovidas por força de ordem judicial.

7. Referências bibliográficas

ALEMANHA. Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen. § 1º, (1), 1 a 3 e § 8º, (1) 1.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal brasileira*, colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. Vol. II (Do Poder Legislativo).

BORGHI, Marco. *Costituzione e diritti sociali*. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 11.698, de 2008.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.482/1997.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002. Dispõe sobre a cirurgia do transgenitalismo e revoga a Resolução nº 1.482/1997.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COCCONI, Monica. *Il Diritto alla Tutela della Salute*. Padova: CEDAM, 1998.

CUPIS, Adriano de. *I Diritti della Personalità*. Milano: Giuffrè, 1950.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.482/1997. Autoriza, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo. In: CFM. Legislação. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php#>. Acesso em: 3 fev. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, publicada no D.O.U., de 2 de dezembro de 2002, seção I, p. 80. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/1997.

CORNWALL COUNTY COUNCIL versus P; S. European Court Reports, 1996, p. I-02143.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo: cirurgia: lesão corporal. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro nº 25/25, 1979.

FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito* (Autorität und Integration, Zur Gramatik von Recht und Verfassung). Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HÄBERLE, Peter. Dignità dell'uomo e diritti sociali nelle Costituzioni degli Stati di diritto. In: BORGHI, Marco. *Costituzione e diritti sociali*. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990.

ITÁLIA. Centro Nazionale Di Prevenzione e Difesa Sociale – CNPDS. I Diritti della Personalità. Milano: Giuffrè, 1950.

JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*. 10. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LOPES, Bárbara Martins; VELOSO, Bruno Henning. Dignidade e respeito reciprocamente considerados: a mudança do nome por transexual na comunidade brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6504>>. Acesso em: 30 jan. 2012.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 9ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 2005.001.07095. Relator: Des. Joaquim Alves de Brito. Rio de Janeiro, 26 jul. 2005.

SESSAREGO, Carlos Fernandez. El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 56/7, abr./jun. 1991.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito à adequação de sexo do transexual. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, p. 22-23, set./out. 1996.

Artigo enviado em: 13/06/2011

Artigo aprovado em: 01/05/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120008

**O DIREITO À CONCEPÇÃO DERIVADO
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA E DO DIREITO DE SER FELIZ**

HELENA CARVALHO MOYSÉS

Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
helenamoyses@mp.mg.gov.br

1. Acórdão

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Apelação Cível nº 0024323-86.2008.8.19.0001

Relatora: Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves

Data do julgamento: 09/11/2011

Data da publicação: 12/03/2012

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDICAMENTOS PARA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO À FAMÍLIA. DIREITO DE SER FELIZ.

É dever do Estado garantir o planejamento familiar, seja através de métodos contraceptivos, como conceptivos. Art. 226, § 7º, da CRFB/88. Art. 294, da CERJ. Lei nº 9.263/96. Pretensão de obter medicamentos necessários ao tratamento para fertilização *in vitro* não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público. Não obstante a existência de outras formas para se ter um filho, como a adoção, por exemplo, não é

possível privar a cidadã hipossuficiente de gerar um filho em seu ventre, já que a infertilidade e o impedimento de conceber um filho pela via natural pode [sic] acarretar abalo na saúde psicológica da autora, cabendo ao Estado garantir, assim, a saúde dos seus administrados. A premissa de que não implica em [sic] risco à saúde o fato de não poder ter filho não se sustenta, mormente porque o Conselho Federal de Medicina reconhece a infertilidade como uma patologia, que pode ter consequências psicológicas e psiquiátricas, inclusive. Assim como o Estado fornece medicamentos e preservativos para contracepção, deve também fornecer os meios para a concepção àqueles que não têm condições financeiras de custear os medicamentos decorrentes do tratamento. Ademais, é dever constitucional do Estado garantir a todos o direito à vida digna, à família e a ser feliz, sendo irrefutável que a sobrevivência digna e feliz da autora se dará com a concepção do seu filho, não podendo o Estado ser presente num aspecto do planejamento familiar (contracepção) e omissor noutro (concepção). Reforma da sentença. Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0024323-86.2008.8.19.0001, em que é Apelante RENATA RODRIGUES DE OLIVEIRA e Apelados ESTADO DO RIO DE JANEIRO e outro.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e DAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto da relatora.

2. Apresentação do caso

Trata-se de acórdão proferido em recurso de Apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que reformou a sentença de primeiro grau e julgou procedente o pedido da recorrente, condenando solidariamente os recorridos Estado do Rio de Janeiro e Município de Belford Roxo a fornecerem medicamentos necessários ao tratamento para fertilização *in vitro* já que a autora sofre de infertilidade conjugal e somente conseguirá engravidar através da reprodução assistida.

A sentença, objeto do recurso, julgou improcedente o pedido sob a alegação de que a autora não tem qualquer doença grave e também não está em situação de risco de vida que justifique sua pretensão de receber os medicamentos pleiteados na ação. Para reformar a sentença, a Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves, em voto muito bem fundamentado, argumentou que a questão levada ao seu julgamento tem abrangência muito mais ampla do que a de simples fornecimento de medicamentos para tratamento de saúde. A questão suscitada envolve direitos previstos na Constituição da República, como o direito à família e à saúde, assim como o também constitucional princípio da dignidade da pessoa humana. E vai mais além, em seu voto afirma que o caso abrange o moderno direito de ser feliz, direito este decorrente do princípio constitucional citado.

3. Comentários

A Constituição da República, no capítulo destinado à família, assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Citada norma constitucional foi regulamentada em 1996 com o advento da Lei nº 9.263/96 que trata especificamente do planejamento familiar. Esta lei estabelece que é direito de todo cidadão o acesso às ações de regulação da fecundidade, incluídos aqui os direitos de constituição, limitação ou de aumento da prole, seja pela mulher, seja pelo homem ou pelo casal. Ainda, todas as instâncias do Sistema Único de Saúde (SUS) estão obrigadas a garantir em sua rede de serviços programa de atenção integral à

saúde que incluía, entre suas atividades, assistência à concepção e à contracepção.

Vê-se que apenas a legislação em vigor no Brasil já seria suficiente para embasar a decisão que julgou procedente o pedido da autora. Contudo, o assunto vai além disso; ele traz à baila a oportunidade de uma discussão mais profunda acerca dos direitos e princípios constitucionais, inclusive do direito de ser feliz.

Como primeiras considerações, a relatora adentra o campo da adoção e afirma que a recorrente poderia ter buscado essa via, por ser bem menos desgastante e melhor aceita socialmente, principalmente por estarmos no Brasil, país com milhares de crianças abrigadas, esperando a vez de serem adotadas. Porém, tal opinião da relatora não é suficiente para tirar da recorrente a oportunidade da realização do sonho de ser mãe, de gerar um filho em seu próprio ventre, de sentir as mudanças ocorrerem em seu corpo, de passar pela experiência do parto, o que, com certeza, ela não teria através da adoção. Concordo plenamente com a relatora, compartilho da mesma opinião que ela no que diz respeito à adoção, mas acredito que independentemente da nobreza do ato que é o de adotar, o Estado tem que garantir às pessoas o direito de ser feliz e, no presente caso, a recorrente entende que precisa ser mãe para atingir esse estado de felicidade. Mãe não só pelo afeto, o que ela atingiria plenamente pela adoção, mas mãe também biológica, com todas as sensações que isso implica.

A primeira menção ao direito de ser feliz apareceu na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, redigida em maior parte por Thomas Jefferson, e aprovada pelo Congresso Continental em 4 de julho de 1776, cujo trecho citamos:

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a *busca da felicidade*. Que, a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que,

sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a *felicidade*. (CONGRESSO CONTINENTAL, 1776, grifo nosso).

A partir daí, surgiu no direito norte-americano o princípio intitulado de *princípio da busca da felicidade*, aplicado pela Suprema Corte no julgamento do caso *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967), pela primeira vez. No caso citado, esse princípio foi utilizado para absolver uma mulher negra e um homem branco que foram condenados à prisão por terem contraído matrimônio. O casamento inter-racial era vedado em alguns Estados americanos.

No Brasil, não há legislação explícita acerca do princípio da busca da felicidade. No entanto, a Constituição da República de 1988, logo em seu artigo 1º, inciso III, trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Não há dúvidas de que o direito de ser feliz decorre desse princípio. Nas palavras de Saul Tourinho (2008):

[...] O princípio da busca da felicidade, portanto, surge como princípio constitucional implícito, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais.

Assim, constata-se que além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana do qual decorre o direito de ser feliz, há, no ordenamento jurídico pátrio, normas explícitas, constitucionais e infraconstitucionais, que garantem à recorrente o direito de ter custeado pelo Estado o tratamento para submeter-se à fertilização *in vitro*.

Há que se considerar que a infertilidade pode causar à mulher e/ou ao homem problemas de ordem psicológica, o que afeta diretamente a saúde. Por esse motivo, não pode prosperar o argumento contrário usado pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Município de Belford

Roxo de que a recorrente não possui doença grave que justifique o custeio dos medicamentos, conforme pleiteado.

A CR/88, em seu art. 6º, traz o direito à saúde elencado no rol dos direitos sociais. Ainda, o inciso II do art. 23 do mesmo diploma legal, dispõe que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. E mais, no art. 196, o constituinte afirmou que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”, sem fazer distinção entre os entes federados.

Art. 6º *São direitos sociais* a educação, *a saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – *cuidar da saúde* e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso).

Pela análise dos dispositivos constitucionais citados, conclui-se que a responsabilidade é solidária entre o Estado do Rio de Janeiro e o Município de Belford Roxo. Portanto, a decisão foi acertada ao condenar solidariamente os recorridos a custear o tratamento para a recorrente. Frisa-se que a infertilidade poderia trazer vários transtornos psicológicos e, até mesmo, psiquiátricos à recorrente, o que abalaria sua saúde como um todo.

Atualmente, o Estado fornece vários métodos contraceptivos, como preservativos feminino e masculino, e pílulas anticoncepcionais, distribuídos gratuitamente à população em postos de saúde e hospitais, além de disponibilizar métodos irreversíveis como a ligadura de trompas e a vasectomia. Há, também, várias campanhas educativas com ampla divulgação na mídia que trazem informações sobre a importância de se utilizar tais métodos. E, ainda, existem programas de controle de natalidade através dos quais as pessoas recebem orientação e acompanhamento de médicos, enfermeiros, psicólogos e assistentes sociais para tirar suas dúvidas a respeito do tema.

Não há engano quanto à atuação governamental através da elaboração de políticas públicas que visam ao controle de natalidade. Contudo, não se pode esquecer de que o planejamento familiar não configura apenas a contracepção. É dever do Estado incentivar e custear os métodos concepcionais, uma vez que a Constituição da República, ao tratar do planejamento familiar, não fez distinção entre um e outro.

Outro ponto que não pode deixar de ser suscitado refere-se à situação financeira da recorrente. Não é justo que uma mulher, rica, que possui recursos para arcar com o tratamento para fertilização *in vitro*, possa gerar o próprio filho enquanto a recorrente, hipossuficiente financeiramente, não consegue engravidar e, muito menos, planejar sua família com filhos biológicos como deseja. Verifica-se aqui uma violação ao princípio da isonomia, sendo, portanto, dever do Estado atuar de maneira a diminuir as desigualdades entre os governados.

Pertinente então citar a definição de ‘igualdade’ no discurso intitulado “Oração aos Moços”, proferido por Rui Barbosa, como paraninfo da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a

iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (RUI BARBOSA, 1920).

3. Conclusão

No caso em tela, restou evidente que o fornecimento de medicamentos pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Município de Belford Roxo para o tratamento de fertilização *in vitro* é direito da recorrente, garantido pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional que regulamenta o assunto.

A CRF/88 dispõe que compete ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para que o casal, livremente, planeje sua família. Além disso, coloca o direito à saúde entre os direitos sociais e afirma que todos os entes federados são responsáveis pelo zelo à saúde.

Observa-se, também, que um dos princípios que fundamenta o Estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja decorrência lógica é o princípio da busca da felicidade. A recorrente entende que, para atingir esse estado de felicidade, é necessário que consiga engravidar e gerar um filho em seu ventre. Assim, é dever do Estado fornecer meios para que a recorrente atinja seu objetivo, principalmente se for levada em consideração que a infertilidade pode vir a causar prejuízos à saúde psicológica da recorrente.

Salienta-se, por fim, que o planejamento familiar engloba o direito de constituição, limitação ou de aumento da prole, seja pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ora, se o Estado oferece a seus governados métodos variados de contracepção, também tem que fornecer meios para a concepção.

Desse modo, conclui-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através do voto da Des. Teresa Castro Neves, decidiu acertadamente ao obrigar o Poder Público a custear para a recorrente os medicamentos que possibilitem a fertilização *in vitro*.

4. Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo, 1920. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmocos.html>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

BRASIL. Constituição da República, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congresso Continental. *Declaração da Independência dos Estados Unidos*, de 4 de julho de 1776. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/estados-unidos/declaracao-daindependencia.php>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

LEAL, Saul Tourinho. *O princípio da busca da felicidade como postulado universal*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/118/90>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120009

5

Direito Processual Civil

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

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

ARTIGO

CLÁUSULAS GERAIS E DIREITO PROCESSUAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E EFETIVIDADE DO PARADIGMA DA JURISDIÇÃO INTERPRETATIVA

GENERAL TERMS AND PROCEDURAL LAW: HISTORIC EVOLUTION AND EFFECTIVENESS OF THE INTERPRETATIVE JURISDICTION

DANIEL GUIMARÃES GONÇALVES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais
guimagon@yahoo.com.br

RESUMO: Busca-se analisar o tema das cláusulas gerais abordando, sobretudo, suas peculiaridades vistas sob o prisma do direito processual. Para tanto, inaugura-se a dissertação buscando de forma sucinta a evolução do contexto histórico que redundou na atual opção pela forma de jurisdição interpretativa, visando ilustrar alguns fatores que revelam a essência do fenômeno dos conceitos indeterminados. Ato contínuo, abordam-se algumas das principais características relativas a essa modalidade normativa, em um aspecto geral, comparando-as com suas congêneres legislativas de viés concretista. Em derradeiro, perfaz-se uma célere explanação sobre algumas cláusulas gerais processuais em específico, vertendo-se o foco de análise do objeto em estudo para o campo especificamente instrumental, tendo como arquétipo central a lei processual civil.

PALAVRAS-CHAVE: cláusulas gerais; conceitos indeterminados; Constituição; processo; jurisdição.

ABSTRACT: The proposed subject is analyzed the general theme of addressing, in particular, the peculiarities inherent to her views on the aspect of procedural law. Thus, opening up the work of looking briefly the evolution of the historical context that has led to the current option by way of interpretative jurisdiction, to illustrate some factors that show the essence of the phenomenon of indeterminate concepts. Continuous act, broken up some of the key characteristics for this mode in a normative perspective, comparing them with their legislative counterparts in concretism bias. In last, make it a swift explanation of some general procedures in particular, pouring up the focus of analysis to study the object in the field specifically instrumental, with the central archetype the civil process law.

KEY WORDS: general terms; indeterminate concepts; Constitution; process; jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução histórica. 3. Modernas codificações. 4. Evolução constitucional. 5. Direito Processual Constitucional. 6. Cláusulas gerais (tentáculos constitucionais que permeiam a legislação ordinária). 7. Das cláusulas gerais processuais. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Como intróito ao presente estudo, far-se-á uma breve panorâmica do tema a ser abordado, bem como de seus propósitos e finalidades, visando, acima de tudo, a um contato inicial com a matéria.

Mencionada introdução, além de elucidar o tema aos não afeitos, fornecendo uma noção geral da obra, também pretende demonstrar a motivação do estudo, bem como as pretensões almejadas em sua conclusão.

Deve-se começar pela contextualização histórica da matéria, que tem o nítido escopo de fornecer ao leitor subsídios necessários para a compreensão do exposto, uma vez que nas páginas

que se seguem abordar-se-á o tema proposto utilizando-se do método histórico evolutivo, sobretudo no que toca à evolução da atividade jurisdicional ao longo dos anos, culminando com a faculdade interpretativa propiciada com a utilização das cláusulas gerais processuais.

Esse apanhado histórico faz-se necessário para que se possa ter a real dimensão do processo evolutivo em que se insere o tema das cláusulas gerais, *maxime*, dentro da sistemática do direito instrumental. Entender as modificações no contexto histórico em que está inserida a matéria é de suma importância, já que o direito, como uma ciência humana, é reflexo dos valores sociais existentes em cada época. Logo, a modificação das práticas sociais leva à alteração das normas jurídicas, pois, do contrário, quedar-se-ão ineficazes ante a ausência de sintonia com os anseios da coletividade à qual se destina.

Assim, inicia-se sobredita análise no “século das luzes” (XVIII), auge dos ideais iluministas e do governo liberal, buscando mostrar a influência de tais valores sobre o sistema jurídico processual e seus reflexos na atividade legiferante, bem como no múnus jurisdicional.

Após, aborda-se, de forma sucinta, as causas que levaram à mudança de orientação na esfera sociopolítica, e as consequências advindas da passagem ao Estado do Bem-Estar Social, bem como seus reflexos no ramo do direito em debate, representando a lenta e gradual adoção de um novo paradigma processual, com a adoção do sistema aos conceitos abertos.

Adentrando o conteúdo jurídico propriamente dito, traremos à baila, inicialmente, aspectos relativos à ciência jurídica em toda sua amplitude, analisando o atual estágio de diversificação em que se encontram as codificações modernas, passando em seguida para o estudo evolutivo das Constituições Federais durante todo o período considerado, com especial enfoque nos princípios constitucionais de natureza fundamental. Ainda nessa trilha, buscar-se-á a compreensão do chamado Direito Processual Constitucional e o surgimento das chamadas cláusulas gerais.

Finalizando a parte introdutória, tecer-se-ão alguns comentários sobre os objetivos incutidos na abordagem do tema, ou seja, sobre qual seria a finalidade prática do presente texto monográfico.

Sem maiores elucubrações, pretende-se fomentar os debates acerca do exposto, por considerá-lo tema imprescindível dentro da hodierna sistemática processual, e, quiçá, contribuir de forma singela e despretensiosa para sua elucidação, eis que, por vezes, sua aplicação prática se mostra coberta de nuvens obscuras de incerteza, que impedem sua plena contemplação.

2. Evolução histórica

Na abordagem do tema, faz-se necessária uma prévia passagem pelo contexto evolutivo em que se encontra inserido, visando, acima de tudo, compreender os motivos históricos que se constituem como causas determinantes da modificação aventada, afinal, como dito alhures, as alterações no campo jurídico são, em regra, reflexos das transformações que brotam no seio da coletividade.

Destarte, entender o processo socioevolutivo se revela de suma importância para o dimensionamento do Direito tal como este se mostra na atualidade. Assim, desprezar os fatores históricos responsáveis pela evolução da normatividade equivaleria a tentar compreender, no campo aritmético, o produto de uma equação, sem, contudo, valer-se dos fatores e variáveis que lhe deram causa.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (BOBBIO, 1992, p. 18).

O intérprete que busca a melhor exegese do ordenamento jurídico, não pode escusar-se de tal orientação, sob pena de ter uma compreensão totalmente limitada da realidade jurídica, aprisionando-se à letra morta da norma positivada, incapaz de vislumbrar sua essência, ou seja, os valores sociais que a ela visa proteger e que levaram à sua efetivação enquanto direito posto.

2.1. Do Estado Liberal ao Estado Social

Pretende-se abordar aqui as profundas transformações resultantes da passagem do Estado Liberal burguês ao Estado Social, uma vez que tal mudança de ideologia mostra-se essencial para compreensão das mutações perpetradas na atividade jurisdicional.

Há que se gizar que aludidas transformações não ocorreram de um momento para outro; são, ao revés, produto de um longo processo histórico evolutivo por qual passou toda a sociedade ocidental, resultante da saturação do sistema liberal de governo, focado, sobretudo, na liberdade individual, e culminando na adoção do denominado Estado Social, cujo principal mote era a garantia da justiça social.

Destarte, sobredita inversão de valores, perpetrada pela mudança nos sistemas orientadores do Estado, teve importantes reflexos no ordenamento jurídico vigente à época, que, como demonstrado, absorveu aos poucos os novos valores que pululavam na atmosfera coletiva, resultando em sua inexorável evolução.

Com a ascensão do liberalismo, os burgueses que outrora detinham tão somente o poder econômico, sendo constantemente subjugados pela ociosa monarquia dos bem nascidos, que dominavam a faceta política do Estado, passaram a almejar o posto então ocupado pelos nobres, a fim de implementar um sistema de governo que atendesse aos seus anseios mercantis, ou seja, um sistema que se adaptasse às práticas comerciais capitalistas, com todos os instrumentos garantidores desse sistema econômico.

Após o triunfo do Estado Liberal, buscou-se a todo custo proteger a liberdade formal, consubstanciada pela máxima “todos os homens são iguais perante a lei”. A classe burguesa ansiava pelo fim do intervencionismo estatal na economia, característica marcante do então Estado Absolutista, uma vez que tal prática constituía nítido óbice ao livre comércio.

O Estado passa a ser visto como um mal necessário: suas atividades deveriam ser drasticamente restringidas, limitando-se a aspectos que margeiam a atividade econômica e sobressaindo-se no papel de garantidor da liberdade individual de seus súditos. Surgia o então chamado Estado mínimo.

Com a derrocada dos Estados Absolutos e o consequente exaurimento dos arbitrários poderes do monarca soberano, passou-se a viver sob o império da legalidade, isto é, das leis criadas pela burguesia na defesa de seus interesses.

A positivação jurídica visava pôr termo à insegurança reinante nos tempos do absolutismo, quando mesmo as decisões judiciais eram proferidas sob a tutela do monarca, que impunha seus interesses aos pretórios. Desse ponto em diante, as “regras do jogo” estavam postas de forma objetiva, conferindo uma estabilidade maior às relações sociais, e, conseqüentemente, às relações negociais.

Outro artifício utilizado pelos liberais no afã de obstar o arbítrio estatal consistiu na adoção do sistema de tripartição do poder, ou sistema de freios e contrapesos. Aludido sistema, embora mantenha a unidade do poder nas mãos do Estado, atribui parcelas desta soberania a órgãos distintos, que passam a se contrabalancear, fiscalizando-se mutuamente.

Assim, Executivo, Legislativo e Judiciário, além de exercerem suas funções precípuas, detêm a prerrogativa de fiscalizarem-se, visando coibir o desenfreado arbítrio estatal, resguardando a liberdade dos súditos, o respeito às leis e proporcionando maior constância social.

Com a separação dos poderes, surge de forma nítida a função jurisdicional do Estado.

O Poder Judiciário passa a exercer a tutela dos direitos individuais conquistados, sejam relacionados com a liberdade, sejam relacionados com a propriedade, especialmente contra as atividades arbitrárias do próprio Estado. (ALMEIDA, 2001, p. 4).

Em que pesem os benefícios trazidos pela ideologia liberal do século XVIII, como degrau evolutivo indispensável à formação das doutrinas econômicas que se seguiram, a verdade é que aludido sistema implodiu-se por suas próprias contradições, eis que excessivamente preocupado com os aspectos formais dos valores por ele escudados. Pecou diante da fragilidade de sua atuação no âmbito substancial, ou seja, no efetivo fomento de seus vetores sociais.

A teoria do Estado mínimo limitava drasticamente as ações sociais do Estado, principalmente em relação à adoção de medidas que visassem fomentar a igualdade material entre os membros da coletividade.

De fato, tem-se como principal bandeira do Estado Liberal a autorregulamentação da economia, uma vez que, apoiados nos ensinamentos de Adam Smith e sua obra “A Riqueza das Nações”, o mercado, munido de sua “mão invisível”, é capaz de encontrar seu próprio ponto de equilíbrio, dispensando qualquer espécie de intervencionismo governamental.

Logo, as políticas estatais não deveriam imiscuir-se na dinâmica mercadológica, pois esta se autorregularia de acordo com suas próprias normas e necessidades, a exemplo da lei da oferta e da procura.

Bonavides (2004, p. 40) diz que:

[...] na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.

Contudo, o desenfreado crescimento econômico das grandes indústrias, seguido pelo paradoxal empobrecimento das classes dominadas, tornara as relações socioeconômicas nitidamente desiguais. A tão festejada liberdade torna-se fator determinante para a dominação pelo mais forte, já que em condições equânimes, a vontade deste, sempre prevalecia sobre os interesses dos hipossuficientes.

Com a chancela do poder público, que se encontrava de mãos atadas pela legislação vigente à época, a burguesia prosperou largamente, e, em busca da cobiçada mais-valia, explorou de forma desumana e devastadora a classe operária e sua mão de obra desvalorizada. À liberdade de uns, tornou-se a desigualdade de muitos.

Não é, pois, a liberdade do arbítrio. É, antes, a liberdade ética, de que tanto falam, desde Hegel, os publicistas alemães. Leva Vierkandt seu pensamento às últimas consequências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade do liberalismo, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome. (BONAVIDES, 2004, p. 61).

Passando à seara jurídica, pouco interessava aos antigos habitantes dos burgos que o aplicador da lei detivesse qualquer margem de liberalidade ou independência na interpretação das leis positivadas, pois isto se tornaria um fator de insegurança em relação às suas pretensões dominantes.

Ora, uma vez munido de poderes exegéticos, o juiz estaria livre para adotar entendimentos destoantes da lógica mercantilista, tão cara aos proprietários dos meios de produção. Logo, melhor seria tolher-lhe qualquer margem de autonomia, impondo-lhe uma ordem jurídica detalhista e casuística, em que caberia ao mesmo o mero exercício de subsunção formal entre fato e norma. Feito isso, tornar-se-ia bem mais fácil impor a vontade dominante, pois o julgador estaria adstrito a ditar o texto legal tal como este se encontrava grafado.

Com esse escopo, a burguesia buscou a todo custo a criação de diplomas legais que abarcassem uma vasta gama de acontecimentos, transformando-os em hipóteses jurídicas e vinculando a cada uma

delas a solução que mais se adaptaria as suas pretensões (mito da completude do ordenamento jurídico), como bem se pode observar com a criação do Código Civil Napoleônico, na França do século XVIII. Tal diploma se notabilizou por sua grandiosa envergadura, percorrendo páginas e páginas na vã tentativa de regulamentar, de modo específico, toda sorte de litígios que poderiam brotar do convívio social.

Nesse aspecto, Paulo Bonavides, tecendo comentários sobre a hodiernamente denominada doutrina neoliberal e revisitando ensinamentos de seus precursores, assevera:

Isto importava desterrar do campo das idéias o debate acerca da melhor forma de governar povos e nações. O Estado neoliberal cuidava haver alcançado a solidez e a eternidade que outrora os filósofos franceses da revolução buscavam com os códigos e as Constituições. Assim aconteceu a muitos adeptos do neoliberalismo. Arrogantes e passionais, nos traziam já à memória o constituinte jacobino que, professando o culto supremo da lei e da razão para destruir a sociedade feudal, cominava a pena de morte a quem ousasse propor emendas à Constituição; ou Napoleão, perplexo, estranhando a necessidade do comentário jurídico aos artigos do seu código. (BONAVIDES, 2008, p. 3).

Daí surge a famigerada figura do “juiz boca da lei”, um julgador engessado, malfadado à repetição literal do texto legal averbado nos diplomas. Impende salientarmos, mesmo a título de curiosidade, que sobredito árbitro surgiu em substituição ao chamado juiz “boca do rei”, que, à semelhança daquele, tinha tolhida sua autonomia, tendo como fator de distinção o fato de que se mostrava atrelado não à lei, mas aos desmandos advindos do monarca absoluto.

E, conforme assinala Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, doutrinadora de escol [2003, p. 2], para coroar toda esta fenomenal estrutura milimetricamente construída, o paradigma da lei era corroborado pelo outro paradigma co-irmão, referente à fase do dizer o direito – quer dizer, a fase do dizer a lei, já que esta era o direito – expressando-se por meio da figura do juiz

que, de modo inerentemente sofismático, reproduzia o comando hipotético e abstrato da norma jurídica. (HIRONAKA, 2003, *apud* ANDRADE, 2009, p. 17).

Por todo o exposto, pode-se concluir que, dentro do Estado Liberal, a burguesia adquirira poderes quase ilimitados, manipulando todo o artefato estatal em prol de seus desideratos.

Porém, cansada de ser explorada e oprimida, a classe proletária se rebelou, tendo como resultado o que a história convencionou chamar de “revoluções operárias”. Em seu ato de revolta, os trabalhadores passaram a exigir do Estado maior participação no fomento à igualdade, à justiça social, tanto por meio de políticas governamentais, como também pela confecção de leis que visassem amenizar a agressividade das práticas comerciais burguesas e, conseqüentemente, abrandar a exploração abusiva dos trabalhadores. Exsurge assim o embrião do Estado de Bem-estar Social, ou como fora chamado em sua origem, *Welfare State*.

Com as transformações perpetradas pelo Estado Social, a antiga concepção liberal do Estado mínimo passou a ser gradualmente substituída por um ideal mais intervencionista, atribuindo-se ao próprio Estado, em todas as suas facetas, a tarefa de fomentar a justiça social, substancialmente considerada, propiciando não só uma liberdade formal entre seus súditos, como também uma efetiva igualdade entre os mesmos. Nota-se aqui uma negação aos valores liberais e uma visão cada vez mais coletivizada e socializante do múnus estatal, visto sob a ótica da intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas.

Em atenção a tal mudança de paradigmas, vale transcrever os ensinamentos de Fernando Noronha:

A justiça substancial, ou material, ou, ainda, como diz Larenz, a justiça compensatória, não se contenta com essa igualdade meramente formal das partes, antes busca assegurar, nos contratos de intercâmbio de bens e serviços, efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de cada uma, de acordo com as exigências da justi-

ça comutativa – e tal equilíbrio é conseguido quando cada uma das partes recebe benefícios que sejam a adequada contrapartida dos sacrifícios que assume. (NORONHA, 1994, p. 221).

O Estado não mais se restringia à esfera restrita imposta pela doutrina liberal, passando a possuir novas e importantes atribuições. Há de se remarcar a providencial lição proferida por Fernando Rodrigues Martins, em artigo intitulado “Direitos Humanos do Devedor”, onde aduz:

Sabe-se que o grande mote do *Welfare State* tem como assento pôr termo às desigualdades sociais ou, pelo menos, a mitigação das diferenças dos diversos segmentos da sociedade. Tal evidência tanto se reflete a partir do campo do direito público, bem como na seara do direito privado. Prova disso, é que nos países desenvolvidos e democráticos a precipitação na tutela do cidadão é uma luta constante (‘One man, One vote’). (MARTINS, 2005).

Reforçando tais proposições, o sempre lembrado professor Paulo Bonavides leciona:

[...] o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto Estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou forma deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual. Nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social. (BONAVIDES, 2004, p. 186).

Volvendo-se à esfera jurídica, esta se caracteriza pela tutela dos interesses sociais ou direitos fundamentais de segunda geração, abandonando o caráter individualista do período anterior, ou seja, configura-se uma proteção não só aos valores individuais, às chamadas liberdades públicas, como ocorrera anteriormente, mas sim aos interesses de maior abrangência, que passam a um patamar superior de relevância.

À guisa de exemplo, tal mudança vislumbra-se evidente com o surgimento da cláusula geral que apregoa a função social da propriedade. Ora, a propriedade privada, anteriormente tida como absoluta, fora soerguida como um dos sustentáculos do direito visto sobre a ótica liberal. Posto isto, sua relativização através da submissão a uma função socializante, ou seja, ao interesse comum, elucidam de forma nítida a transformação acima referida.

As posições jurídicas – antes absolutas, no auge do individualismo – são crescentemente moduladas. O proprietário, para o ser legitimamente, deve considerar os interesses do não proprietário; o credor do devedor; o fornecedor do consumidor, e assim sucessiva e reciprocamente. Lorenzetti menciona a passagem do 'sujeito isolado' para o 'sujeito situado'. (LORENZETTI, 1998 *apud* BRAGA NETTO, 2003, p. 83).

Ainda no campo exemplificativo, reflexos dessas transformações são nitidamente percebidos inclusive no direito obrigacional, pois, a partir do séc. XX, com o advento do Estado interventor, nota-se o ocaso de princípios como a autonomia da vontade plena e o relativismo contratual, substituídos por valores que prestigiam a função social deste instrumento. Nessa trilha, visava-se atingir objetivos bem definidos, balizados pela dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, qual seja, o contrato passaria a ser visto como meio de circulação de riqueza se não de um veículo utilizado para sua concentração.

Em atenção às argutas colocações do mestre Gustavo Tepedino, vale lembrar:

O legislador despe-se do papel de simples garante de uma ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal, [...] para assumir um papel intervencionista, voltado para consecução de finalidades sociais previamente estabelecidas e tutelando, para tanto, a atividade negocial. (TEPEDINO, 2004, p. 220).

Claro reflexo do *Welfare State*, a função social do contrato instrumentaliza o Estado na busca pela mitigação das injustiças sociais, em que este atua como fiscal, intervindo nas relações entre particulares sempre que julgar necessário, a fim de tutelar os valores constitucionais, numa incessante busca pela harmonização dos interesses individuais e coletivos. Visando conciliar os valores individuais e coletivos do contrato, leciona Miguel Reale:

[...] ser o contrato ‘um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida’. (REALE, 1986, p. 10 *apud* ALVES, 2003).

Segundo Braga Netto, “[...] a relevância jurídica de certos atos passa a depender, cada vez menos, da previsão, escrita e formal, em leis e contratos, e mais da efetiva e substancial importância que ostentam para a convivência social. O direito passa a ser menos texto e mais contexto”. (BRAGA NETTO, 2003, p. 14).

Para Antonio Junqueira de Azevedo, a idéia de função social do contrato ‘está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos valores fundamentais da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro.’ (AZEVEDO, 1998 *apud* MATIETO, 2005, p. 201).

Portanto, há que se concluir que a isonomia formal, importante conquista do liberalismo, quando analisada num contexto de desigualdade entre as partes, torna-se instrumento de aprisionamento do mais fraco, que tem sua vontade subjugada; como dizia Lacordaire em sua máxima: “entre fortes e fracos, a liberdade é quem aprisiona, e o direito é quem liberta”.

Destarte, é dever do Estado intervir na proteção dos hipossuficientes, por meio de um conjunto normativo que garanta a igualdade substancial dos membros da coletividade. E foi o Estado de Bem-Estar Social que colocou isso em prática. Não de forma ideal e acabada, mas de forma paliativa.

Imperioso afirmar-se que, mesmo hodiernamente, ainda se busca a efetiva aplicação desses preceitos, o que, por sinal, é o grande mote do trabalho ora desenvolvido, uma vez que a adoção das chamadas cláusulas gerais no direito processual civil tem origem nesse contexto, pois, como há de se ver, tais cláusulas afiguram-se como instrumento em prol da efetividade da tutela estatal, por consubstanciar veículo utilizado para aplicação dos direitos e garantias fundamentais na resolução dos conflitos sociais.

3. Modernas codificações

Conforme anteriormente demonstrado, no que pertine aos diplomas legais, observa-se, até pouco tempo, a existência de institutos de direito civil com uma estrutura demasiadamente abrangente, com códigos que buscavam abarcar toda matéria relativa ao direito privado.

Tais codificações, em sua hipotética completude, continham um sem-número de dispositivos que traziam um alto grau de concretude, de modo que, tolhidos de qualquer abstração, visavam impor ao Estado-juiz a cega observância ao texto positivado. Como já mencionado, tal fato objetivava, sobretudo, garantir a segurança jurídica das instituições do Estado Liberal, protegendo a liberdade individual e a propriedade privada, em especial a dos meios de produção.

Contudo, atualmente, é fácil constatar uma crescente fragmentação dessas unidades teóricas em disciplinas legislativas cada vez mais específicas e delimitadas. Observam-se nítidas transformações no modo de produção legislativa até então adotado, que se refletem na criação de leis especiais, que visam, sobretudo, atender ao grau de complexidade para o qual evoluíram as relações sociais na vida contemporânea, retirando do Código Civil o *status* que antes lhe era conferido, de verdadeira constituição do direito privado.

O novo Código não olhará tanto para si. Haverá, se quisermos uma imagem literária, um déficit narcisístico em relação aos seus antepassados. Os novos civilistas se acostumaram a ler o Código como mais uma lei, entre tantas, todas, por óbvio, sujeitas aos conteúdos normativos da Constituição. É certo, até pela amplitude temática, que certa referencialidade não se lhe pode retirar. O que muda é o intercâmbio normativo de informações. De exportador contumaz, o Código talvez passe a importar, progressivamente, soluções de outros setores, algo impensável na sistemática clássica. (BRAGA NETTO, 2003, p. 11)

Exemplo claro da sobredita evolução foi a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), norma específica que rege as relações de consumo realizadas entre os mais distintos membros da sociedade. Tal ordenamento surgiu como resposta às necessidades sociais por um diploma que tratasse especificamente da matéria, fornecendo instrumentos diferenciados que se enquadrassem na evolução perpetrada nesta seara, em oposição aos arcaicos e inadequados métodos disponibilizados pelo Código Civil de 1916.

A obra “Responsabilidade civil por danos a consumidores”, coordenada pelo civilista Carlos Alberto Bittar, ao tratar do tema, traz as seguintes ponderações:

O advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8708, de 11-09-1990) representou extraordinário avanço no plano da proteção de direitos individuais, pois mecanismos novos de tutela de interesses morais e patrimoniais lesados foram adicionados à técnica jurídica, na busca da realização da justiça nas relações de consumo.

Instrumentos próprios de defesa foram consagrados no Código, com o objetivo de propiciar efetiva proteção aos consumidores, dentro da inclinação declarada para amparo aos economicamente mais fracos.

[...]

Criou-se, assim, sistema jurídico próprio para a defesa dos consumidores, sob normas de ordem pública e especiais, compreendendo-se, em seu contexto, disposições de cunho administrativo, civil e penal, desde que por essas três áreas se estende a proteção do Direito a pessoas envolvidas em relações de consumo.

[...]

Esse regime protetivo é pontilhado de normas em que se procurou ajustar o Direito então vigente à evolução operada no campo negocial, onde se relacionam empresas, de grande, médio e pequeno portes, estatais ou privadas, com pessoas físicas ou jurídicas, de fins os mais variados.

As desigualdades econômicas que imperam em nosso meio provocaram, então, a necessária reação, de que resultou um esquema rígido e amplo de amparo aos interesses dos mais fracos nas citadas relações. (BITTAR, 1992).

Obviamente, por tratar-se de diploma inovador, tal *codex* optou, nitidamente, pela adoção da nova técnica legislativa, inclusive no que toca aos aspectos processuais, trazendo regras de caráter socializante, afins à sistemática constitucional vigente, revestindo-as da obrigatoriedade inerente aos mandamentos de natureza cogente.

A abordagem do tema em comento se mostra relevante na medida em que foram tais leis pioneiras na implantação das cláusulas gerais na legislação infraconstitucional, tanto as de índole material como as que permeiam o campo processual. Quanto a este último, vale mencionar o festejado art. 84 do CDC, que, dentre seus dispositivos, traz, no § 5º, cláusula geral de aplicação da tutela específica, medida esta que será objeto de análise pormenorizada na sequência do estudo.

Em que pese ter-se mencionado especificamente o CDC, por ser o mais relevante nesse particular, sobreditas ponderações calham à variada gama legislativa, que, munidas dos valores referidos, exibem preceitos permeados de valores eminentemente generalizantes. Nesse passo, pode se mencionar os Estatutos da Criança e do Adolescente (1990), da Cidade (2001), do Idoso (2003), etc.

4. Evolução constitucional

É no âmbito constitucional que se percebe mais claramente as transformações decorrentes da evolução na orientação da política estatal, justamente por ser a lei fundamental que fornece os ditames principiológicos que esteiam toda superestrutura estatal, apontando o norte a ser seguido pelas políticas governamentais.

As Constituições sociais são assim compreendidas quando regulam a ordem econômica e social, para além do que pretendia o Estado Liberal, instrumentalizando o poder público com os aparatos necessários para a consecução dos objetivos agora impressos na aludida Lei Fundamental.

No Brasil, mencionadas transformações se deram, sobretudo, em virtude da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, já que ela rompe com uma tendência liberal em que se apoiou o Estado brasileiro em sua história recente. Deixando a *Lex maxima* de ser um diploma tipicamente político, submersa em normas de cunho predominantemente programático, passou a abarcar, inicialmente, preceitos de cunho individual – as chamadas liberdades negativas ou direitos fundamentais de primeira geração – e, posteriormente, inserindo no ordenamento pátrio valores de viés socializante, regulamentando relações que extrapolam a esfera meramente particular.

Das soberbas colocações da dupla espanhola Joaquín Arce e Flórez-Valdez, extraídas da Obra “El Derecho Civil Constitucional”, apreende-se:

A Constituição espanhola de 1978 não é só um instrumento político que configura e ordena os poderes do Estado, em um certo sentido tradicional. Nossa Constituição é, além disso, uma norma jurídica que, ao fundamentar-se no ‘princípio de limitação do poder’, reconhece ou outorga verdadeiros direitos ao cidadão frente à organização estatal. Através deste dado, manifesta-se precisamente seu caráter de norma jurídica, que se registra, assim, desde um ponto de vista genético constitucional até uma análise técnico-jurídica. (ARCE; FLÓREZ-VALDEZ, 1986, tradução nossa).¹

Nessa tônica, há de ressaltar-se a importância dos princípios fundamentais consagrados na novel Carta constitucional, pois constituem a positivação da orientação política e dos valores sociais que devem nortear todo o ordenamento, isto é, tanto os demais ditames presentes na norma superior, quanto os de natureza hierarquicamente inferior – as conhecidas normas infraconstitucionais. Nesse aspecto, impende-se acentuar que mencionados princípios permeiam todo texto constitucional, não se limitando à seara preliminar da Carta em questão, conforme difundido por alguns doutrinadores de tendências mais conservadoras.

Diante da carência legislativa em determinadas matérias ou da consistente inflação legislativa em relação a outras, e tendo em vista as orientações do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, constituem parâmetros sob os quais deve ser orientado o estudo, a reforma e a própria efetivação do direito no âmbito de uma ordem jurídica democrática. (ALMEIDA, 2008, p. 4).

Como dito, os princípios constitucionais fundamentais formam o ápice da cadeia sistêmica; são valores que balizam toda extensão do ordenamento jurídico, que deve a eles se adequar, eis que representam

¹ “La Constitución española de 1978 no es sólo un instrumento político que configura y ordena los poderes del Estado, em um cierto sentido tradicional. Nuestra Constitución es, además, una norma jurídica que, al fundamentarse em el ‘principio de limitación del poder’, reconoce u otorga verdaderos derechos al ciudadano frente a la organización estatal. Através de este dato se manifiesta precisamente su carácter de norma jurídica, que se patentiza, así desde un punto de vista genético constitucional como desde una análisis técnico-jurídico.” (ARCE; FLÓREZ-VALDEZ, 1986).

justamente a vontade social, ou seja, o anseio da coletividade em ter respaldados seus valores mais representativos, vislumbrando no Direito o ideal de justiça e ofertando-lhe a imprescindível eficácia normativa pela observância do dever ser positivado.

Dentre os direitos fundamentais, há de se atribuir especial destaque ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, devido a seu alto teor valorativo, é o grande norteador de todo o conteúdo constitucional. Aqui, nota-se o antropocentrismo permeando o campo jurídico, com a valorização do ser humano, sua racionalidade e autodeterminação, principalmente após os absurdos perpetrados durante a 2ª Guerra Mundial.

Flávia Piovesan e Renato Vieira expõem de forma concisa a representatividade de aludido princípio, a partir de sua relevância valorativa na unificação do sistema jurídico. Vejamos:

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.

[...]

Esta é a vertente contemporânea do Direito do Pós Guerra, tanto no âmbito internacional, como no âmbito local. Vale dizer, o Pós Guerra demandou o resgate do fundamento ético da experiência jurídica, pautado no valor da dignidade humana. Se no plano internacional, o impacto desta vertente se concretizou com a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (todo ele fundamentado no valor da dignidade humana, como valor inerente a pessoa), no plano dos constitucionalismos locais, essa vertente se concretizou com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pontue-se ainda, a interação entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e os Direitos locais, na medida em que aquele passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental. (PIOVESAN; VIEIRA, 2003, p. 398).

Muito embora os princípios constitucionais contenham mandamentos genéricos e abstratos, tendo como uma de suas finalidades a interpretação do ordenamento como um todo, sua função não se restringe a aludido desiderato. Ao revés, tais direitos fundamentais são plenamente aplicáveis ao caso concreto, equivocando-se quem lhes negue efetividade sob o argumento de configurarem normas meramente programáticas, pois, ao serem confrontados com a realidade posta, tais mandamentos criam o direito subjetivo, fornecendo ao particular a prerrogativa de exigir do Estado sua efetiva proteção através da tutela correspondente. Assim, os princípios constitucionais possuem plena capacidade de transporem a esfera meramente interpretativa, incidindo diretamente sobre a realidade empírica.

Na mesma via da interpretação construtiva de Ronald Dworkin, José Carlos Vieira de Andrade assevera:

O princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua “perfeição”. Isto é, sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para que esse fim os concretize por via interpretativa. (ANDRADE, 2004, *apud* MARINONI, 2004, p. 300)

Nesse diapasão, o ponto convergente entre a positivação dos princípios constitucionais fundamentais e as transformações decorrentes da evolução da orientação política estatal, de liberal para social, tema dessa introdução, encontra-se justamente no fato de serem estes princípios os garantidores dos ideais ou valores mais afetos ao Estado do Bem Estar Social. Por meio deles, coube ao Poder Constituinte Originário confeccionar a nova Constituição da República, alicerçada em preceitos que fortalecessem e estabilizassem essa nova ordem.

Nesse ritmo, a adoção das hipóteses típicas abertas, ou cláusulas gerais, espelha nitidamente essa transformação principiológica

ocorrida no Direito como um todo. Os princípios constitucionais e seus valores são o pivô de toda evolução perpetrada tanto no direito material como processual, na qual se insere justamente a adoção dos conceitos elásticos, cuja precípua finalidade é conferir efetividade a mencionados valores fundamentais por meio da legislação ordinária.

5. Direito Processual Constitucional

Dentro dessa temática, impossível não mencionar o surgimento do Direito Processual Constitucional, que consiste justamente na releitura do direito processual à luz dos princípios consagrados na Constituição, até porque, muitos dos princípios inspiradores das relações processuais não se encontram nos diplomas instrumentais, massim na Constituição Federal, cujos mandamentos se transformaram em legado essencial a favor da unidade do ordenamento.

Ao intérprete da lei, mormente o magistrado, impõe-se uma releitura dos textos legais sob o novo prisma constitucional, conferindo a tais mandamentos, por meio de uma atividade interpretativa, tonalidade mais afeita aos valores lá consagrados.

A esse respeito, vale colacionar as providenciais lições de Fredie Didier:

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio

da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, nos sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais. (DIDIER, 2009, p. 71).

Insistindo nesse ponto, valem as ponderações de Gustavo Tepedino, para quem, por encontrarem-se as normas constitucionais no vértice da pirâmide normativa, devem elas nortear toda a legislação “inferior”, que passa a ser interpretada à luz de seus ensinamentos. Cite-se: “Não se pode pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior”. (TEPEDINO, 2004, p. 219).

Em face da crescente unificação do ordenamento sob a égide da Lei Máxima, nota-se uma salutar promiscuidade entre os ramos do direito denominados público e privado. Nesse passo, institutos anteriormente pertencentes a determinada seara, passam a fluir com harmonia entre ambos os vértices.

Como consequência da adoção deste novo arquétipo, há que se vislumbrar inicialmente uma crescente publicização do direito privado; uma maior incidência de preceitos de ordem pública em setores antes regulamentados por normas de conteúdo eminentemente privado, que, assim, a exemplo de toda a legislação, passaram a ser esculpidos pelo sopro constitucional, visando conferir ao ordenamento sua real dimensão, em conformidade com os fundamentos que esteiam toda a sistemática jurídica.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, o ‘direito civil constitucionalizado’, isto é, o direito civil transformado pela normativa constitucional, tem como fundamentos a superação da lógica patrimonial (proprietária, produtivista, empresarial) pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no

âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição. (MORAES, 1993, *apud* MATTIETO, 2000).

A adjetivação do direito civil, dito ‘constitucionalizado, socializado, despatrimonializado’, ressalta o trabalho que incumbe ao intérprete de ler a legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 1999, *apud* MATTIETO, 2000).

Sobre o mesmo prisma unificante, não são poucos os autores que, ao abordarem o tema dos preceitos indeterminados, pontificam que seu surgimento se dera inicialmente no direito privado. Uma vez aprovada em tal esfera, essa técnica legislativa passou a preencher também os diplomas processuais, tidos como codificações de direito público. Ao certo, sendo as cláusulas gerais instrumentos para consolidação dos princípios constitucionais, e, sendo estes aplicáveis indiscriminadamente a toda legislação, mostra-se salutar a adoção daquelas em ambos os casos.

Nesta esteira de argumentos, melhor seria somar forças aos doutrinadores, que, livrando-se das correntes tradicionalistas que entravam a melhor exegese, vislumbram o futuro do direito contemporâneo, vaticinando o fim da dicotomia público-privado.

Razões não lhes faltam, pois é notória a inter-relação existente entre normas que teoricamente se destinam a regular as relações entre particulares e aquelas que se direcionam tão somente ao interesse estatal ou coletivo, numa salutar simbiose. Doravante, não há que se falar em direitos meramente individuais, já que interessa a toda coletividade a manutenção do equilíbrio social, estando incutida nesse conceito a harmonia nas relações entre particulares, que passa a ser tutelada pelo Estado.

Sobre o fim da dicotomia:

Não se olvide, porém, que o advento de uma legislação extravagante e da própria CF pôs fim à discrepância entre o direito público e o direito privado. Veja-se, a contento, o disposto no art. 170 da novel Constituição Federal que ao mesmo tempo em que dá abrigo à livre concorrência e à propriedade privada, estabelece que todo mercado privado deve observar a defesa do consumidor, a soberania nacional, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais, defendendo-se o pleno emprego, o meio ambiente e as empresas nacionais de pequeno porte.

Posto isto, de concluir que o direito privado não é mais o mesmo, senão uma nova disciplina autônoma que é forjada pela própria distribuição de renda. É por assim dizer o direito econômico, sujeito em determinadas circunstâncias ao controle estatal.

Veja-se, por último, que o art. 1º do CDC trata referido diploma como sendo de ordem pública e de interesse social, portanto cogente. Assim, mesmo que norma de ordem pública, regula o CDC uma série infindável de relações entre particulares na sociedade. (MARTINS, 2005, p. 3).

Portanto, toda produção legislativa posterior à Constituição Cidadã deve adaptar-se a seus princípios, norteando nestes sua interpretação. A adoção das cláusulas gerais nada mais é do que a adequação dessa vertente jurídica aos princípios consagrados em nossa lei máxima.

6. Cláusulas gerais (tentáculos constitucionais que permeiam a legislação ordinária)

Como já dito outrora, apesar de serem normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, os princípios constitucionais, vez ou outra, têm sua efetividade tolhida pelos aplicadores da lei, que, valendo-se de uma interpretação canhestra, vislumbram em tais normas uma natureza programática, carentes de posterior complementação pela via infraconstitucional. Isso posto, tais mandamentos seriam apenas previsões de um direito ideal, que ainda está por vir.

Ante o exposto, no intuito de dar vazão aos valores então represados pelo estigma programático, optou o legislador por incorporá-los

diretamente às leis ordinárias, por meio de instrumentos que servissem ao intérprete como elo entre estas e os direitos fundamentais, fazendo-o através das denominadas Cláusulas Gerais. Tais cláusulas propiciam a integração internormativa, facilitando a migração de conceitos e valores da Constituição para a legislação subalterna.

As cláusulas gerais são de suma importância na criação de uma regulamentação que se adapte aos anseios da dinâmica sociedade moderna, pois, embora não desçam às minúcias do caso concreto, por serem mandamentos gerais e abstratos, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo assim capazes de abarcar as constantes transformações perpetradas no seio da sociedade.

A incorporação das cláusulas gerais ao Direito vem justamente atender à diversidade de demandas que brotam de forma incessante na sociedade moderna, propiciando ao jurista “[...] fazer prevalecer os valores mais caros ao ordenamento, em todas as situações novas que desconhecidas do legislador, surgem e se reproduzem como realidade mutante na atual sociedade tecnológica de massa”. (TEPEDINO, 2004, p. 217).

Dentro da atual tendência de diversificação legislativa do Direito contemporâneo, as cláusulas gerais surgem como uma forma de manter a unidade axiológica do sistema, incutindo nas legislações esparsas os valores fundamentais consagrados no vértice de todo o ordenamento.

A noção de cláusula geral pode ser entendida como a formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo está em, graças à sua generalidade e abertura, tornar possível regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser já previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida. (MATTIETO, 2005, p. 86).

Vimos que as cláusulas gerais, por serem o veículo utilizado para que os valores fundamentais permeiem a legislação infraconstitucional, devem possuir mandamentos generalizantes. De tal fato decorre um alargamento da área de abrangência conferida ao texto legal ordinário, que passa a incidir sobre um número mais vasto de hipóteses.

Em que pese a relevância de tal característica, esta não se apresenta como a única consequência significativa da adoção do dispositivo em estudo. Ora, como visto alhures, os conceitos indeterminados também servem ao propósito de oferecerem a constante evolução do arcabouço legislativo, que, afastando a prática das constantes alterações anteriormente verificadas na própria redação legal, amolda-se às novas condições fáticas, mantendo intactas as disposições que formam o tipo normativo.

Ambas as características, quais sejam, dilação da realidade fática abrangida e maior adequação ao contexto social, “perenizando” o mandamento legal, mostram-se viáveis, em razão da maleabilidade conferida às expressões que constituem o texto da lei, facultando ao magistrado aplicar a exegese que melhor se subsuma à situação real de conflito que lhe é submetida, mesmo que originariamente não previstas pelo legislador.

É certo que todo e qualquer ditame legal, por maior que seja sua inflexibilidade, é passível de interpretação. Até mesmo uma legislação engessada pode propiciar ao exegeta o poder de conferir o significado que entenda mais correto a determinado vocábulo, extraindo daí um sentido subjetivado da regra posta.

Entrementes, as cláusulas gerais configuram a evolução da prática interpretativa, pois conferem ao juiz o poder, ou ônus, de criar a norma legal do caso concreto. Nesse passo, embora se atendo aos parâmetros previamente traçados no dispositivo legal, o magistrado não só interpreta o vocábulo legal, optando por um ou outro significado, mas confere, ele mesmo, todo um leque de valores abrangidos pela norma, traçando ainda as consequências que decorrem de sua violação.

Ciente de que tal linha de distinção afigura-se tênue, sendo muitas vezes árdua sua constatação, vale socorrer-se dos ensinamentos de Judith Martins Costa, providencialmente citada por Ruy Alves Henriques Filho:

Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo, implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de estabelecer o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral. (HENRIQUES FILHO, 2010, p. 10-11).

Assevere-se que a utilização da modalidade legislativa em questão não resultou no absoluto abandono do casuísmo legal; ao contrário, deve prevalecer um equilíbrio entre ambas as técnicas, que, mescladas, contrabalanceiam a necessidade de um ordenamento arejado pelos preceitos indeterminados, com o clamor por uma legislação que confira a seus súditos a tão desejada segurança jurídica.

A adoção maciça das cláusulas gerais não implica dizer, no entanto, inadvertidamente, que o ordenamento abriu mão do conceitualismo de certos institutos. Um sistema ideal deve ter a aplicação balanceada, com dispositivos legais fechados (casuísticos) e hipóteses legais para o preenchimento (cláusula geral), pois a heterogeneidade evita o engessamento provocado por um sistema fechado, assim como diminui o grau de incerteza que pode ser gerado por um diploma impregnado apenas de cláusulas gerais. (ANDRADE, 2009, p. 17).

Como passo subsequente, analisam-se as cláusulas gerais sob a ótica específica da legislação processual.

7. Das cláusulas gerais processuais

No âmbito processual, o conceito de cláusulas gerais se mostra indissociável do princípio do devido processo legal, considerado em seu viés substancial. Este, qualificado como noção de conteúdo variável ou hipótese típica aberta, não estabelece, *a priori*, suas consequências jurídicas, senão traz uma pauta de valores a serem observados no decurso do processo, a serem historicamente preenchidos.

Observar o devido processo legal, substancialmente falando, é assegurar aos atores do enredo processual a garantia de todos os seus direitos fundamentais, sejam eles formais ou materiais. Perceba-se que esta acepção do princípio não se contenta em tutelar tão somente a observância das regras formais, de mero procedimento, como intimações, prazos e demais ditames instrumentais, mas sim assegurar àqueles que participam da relação processual garantias constitucionais, como a efetividade da tutela jurisdicional, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, integridade e mesmo o direito à vida.

Face ao exposto, pode-se afirmar que o princípio em tela vale-se precisamente das cláusulas gerais na busca de seu desiderato, pois munido de um conteúdo genérico, propicia a imersão dos atos processuais no vívido fluído dos princípios constitucionais.

Saliente-se ainda, que, por localizar-se no vértice da sistemática processual, o princípio do devido processo legal rege todos os demais princípios instrumentais, isto é, somente estarão atendidas as exigências do processo devido, se observados todos os demais princípios existentes no ordenamento.

Abordando de forma particularizada as cláusulas gerais existentes na legislação processual infraconstitucional, doravante enumerar-se-ão alguns exemplos desse instituto verificados no Código de Processo Civil.

O primeiro deles é o mandamento da boa-fé: caracteriza-se pelo dever de agir de forma proba, justa e honesta durante todo o período em que vigorar o embate jurídico. Tal princípio pode ser

melhor compreendido por meio dos chamados deveres anexos de conduta, que impõe às partes a obrigação de cuidado, informação e cooperação, que sempre devem existir em uma relação processual, atingindo não só os litigantes mas todos aqueles que porventura atuarem no processo. Tais deveres cumprem a tarefa de preservar as legítimas expectativas criadas em qualquer um dos litigantes, mantendo-se a confiança depositada no Estado na condução do processo, eis que a boa-fé está umbilicalmente ligada a tal característica.

Tratando da boa-fé objetiva, considerada em seu sentido *lato*, vale colacionar a incisiva explanação de Leonardo Mattiето:

Toda conduta ou agir comunicativo, ‘além de carrear uma pretensão de veracidade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), desperta nos outros expectativas quanto à futura conduta do agente’, implicando, de modo geral, uma autovinculação. A ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada no comportamento: poder confiar, além de ser ‘uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens’, é ‘condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação’. (MATTIETO, 2005, p. 76).

Diz-se objetiva, porque esta boa-fé independe do comportamento subjetivo dos contratantes. Não cabe aqui analisar se a pessoa que lesou os preceitos da boa-fé o fez de forma intencional, se houve culpa ou não; nestes casos, não se analisam os aspectos volitivos ou psíquicos do titular da ação, mas sim a mera infração aos deveres supramencionados.

Cumpra rapidamente relembrar que, enquanto a boa-fé subjetiva está intimamente relacionada com a animosidade do sujeito, a boa-fé objetiva desliga-se completamente do elemento vontade, para focalizar sua atenção na comparação entre a atitude tomada e aquela que se poderia esperar de um homem médio, reticente, do bom pai de família. O eixo da análise é deslocado. Enquanto na primeira modalidade o reconhecimento do *animus nocendi* é vital, na segunda desimporta. (USTARRÓZ, 2009).

Ciente de tais considerações, o legislador pátrio grafou no código instrumental cível, em seu art. 14, inciso II, previsão legal contendo expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva, como dever não somente dos litigantes, mas de todos aqueles que porventura interferirem na relação processual. *Ipsis verbis*:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

II – proceder com lealdade e boa-fé; [...]

Abordando especificamente o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral inserida no contexto processual, Fredie Didier, com a peculiar maestria, leciona:

Trata-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o inciso II do art. 14 do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral. (DIDIER, 2009, p. 46).

Nessa trilha de argumentos, vale mencionar a reincidente exigência feita pelo CPC, da necessidade dos já consagrados *fumus boni iures* e *periculum in mora* para a concessão das tutelas de urgência, uma vez que, como sabido, estas se baseiam em cognição de natureza meramente sumária, impondo-se tais requisitos, em regra, como *conditio sine qua non* pra sua imposição.

Mesmo que travestidas em expressões diversas, como nos casos das medidas cautelares ou de antecipação dos efeitos da tutela, tais

exigências se notabilizam pela abstração de seu conteúdo, pois, caberá somente ao juiz, diante das vicissitudes que circundam o caso concreto, complementar o tipo legal, dizendo tratar-se ou não de evento que possa redundar em ineficácia da futura prestação jurisdicional, e se os argumentos esposados pelo requerente o convencem minimamente da existência do direito pleiteado. A título de exemplo, *vide* art. 273 do CPC.

No ensejo, o próprio poder geral de cautela, conferido ao juiz pelo art. 798 do Código Processual Civil, nada mais é do que uma cláusula geral preventiva. A fim de confirmar tal assertiva, faz-se necessário tão somente a leitura do dispositivo supramencionado, constatando-se a vagueza de seu conteúdo em expressões como “poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas”. Na íntegra:

Art. 798. 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. (CPC, art. 798)

Na sequência, e culminando essa exposição exemplificativa, faz-se imperiosa a menção ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, posteriormente incorporado pelo CPC em seu art. 461, que institui, no âmbito executivo, cláusulas gerais processuais que facultam ao magistrado, no afã de garantir ao pretendente a tutela específica da obrigação almejada, ou o resultado prático que o equivalha, a prerrogativa de adotar a medida satisfativa que propicie a maior efetividade ao direito confirmado durante a fase cognitiva, conforme as necessidades do caso concreto, em atenção ao tão aclamado sincretismo processual.

Valendo-se novamente do processualista Didier Junior:

Como se vê, o dispositivo legal lança mão de uma cláusula geral executiva, na qual estabelece um rol meramente exemplificativo

de medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Claramente, ao lançar mão dessa cláusula executiva, o objetivo do legislador infraconstitucional foi de municiar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões. Trata-se de noção já assente na doutrina a de que todo jurisdicionado tem o direito fundamental de obter do Poder Judiciário uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, seja em decorrência do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), seja em decorrência do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).

[...]

Com os olhos nessa finalidade, tem-se admitido que o julgador imponha qualquer medida que, à luz do caso concreto, se mostre necessária, adequada e razoável para a realização do direito reconhecido, seja mediante cognição exauriente ou sumária. É o caso concreto que vai revelar o meio mais adequado. (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 433-434).

Suplantando os limites meramente doutrinários, as cláusulas gerais processuais foram amplamente acolhidas pelos tribunais, sendo fartos os precedentes a demonstrar a utilização desse expediente em prol do exercício da jurisdição interpretativa, como forma de fomentar a efetividade da tutela jurisdicional. Restringindo-se aos Tribunais Superiores, vale colacionar alguns precedentes:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - HONORÁRIOS - REVISÃO DE VALORES FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU - VALOR ORIGINÁRIO ÍNFINO - *QUANTUM* DEFINIDO PELO TRIBUNAL EM PERCENTAGEM SOBRE O VALOR DA EXECUÇÃO - INEXISTÊNCIA DE EXCESSO.

1. A alteração de valor dos honorários, operada pelo Tribunal *a quo*, deu-se em ordem a obviar seu caráter irrisório. A mudança de critério – 10% sobre o valor da execução – não implica valor excessivo, nem irrisório.

2. A cláusula geral da equidade, contemplada no art. 20, § 4º, CPC, conjuga-se com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconhecendo o esforço do advogado e prestigiando sua atuação no processo, sem, contudo, estatuir situações extremadas.

3. A conservação do aresto recorrido prestigia as emanções jurisdicionais de segundo grau, ao tempo em que se pauta pela razoabilidade da fixação dos honorários e não cai na subjetividade da análise.

4. Recurso especial improvido (STJ. REsp 565356/RS).

E ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DE TRATAMENTO MÉDICO. MOLÉSTIA GRAVE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461 *CAPUT* E § 5º DO CPC.

1. Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de ‘medidas necessárias’, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

2. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão ‘tais como’, o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizam às peculiaridades de cada caso concreto.

3. Precedente da 2ª Turma: ‘É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.’ (REsp 656.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.06.2005).

4. Não há que se falar, dessa feita, em falta de previsão legal da medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.

5. Agravo regimental improvido. (STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 723.281/RS).

Pode-se afirmar que a utilização das cláusulas gerais no direito processual reflete a adoção de uma sistemática que propicia ao julgador maior autonomia, fato que implica conferir às decisões judiciais um maior subjetivismo, pois, ao optar por determinada medida, ao certo, esta trará consigo toda uma gama de valores tidos pelo julgador como de maior relevância, tomando-se por base sua própria formação social. Dessa feita, referendando posicionamento já anteriormente ventilado, deve-se buscar o ponto de equilíbrio entre aludida sobrecarga axiológica e o positivismo formalista, por ser esse último pressuposto lógico e condição indispensável para a certeza e a segurança jurídica.

A ênfase aos dispositivos constitucionais mencionados não decorre da pretensão simplesmente de apontar o óbvio, nem tampouco pretende que o Poder Judiciário saia de sua postura constitucional de espera e passe a agir ilegitimamente de ofício, antes de ser provocado. O que se pretende é justamente demonstrar que o Poder Judiciário tem a legitimidade e o compromisso constitucional com a transformação positiva da realidade social, por ser Poder Fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Assim, sempre que o Poder Judiciário for provocado, deverá extrair suas interpretações dos fundamentos e dos objetivos do Estado Democrático brasileiro, os quais estão arrolados expressamente nos arts. 1º e 3º, respectivamente, da CF. (ALMEIDA, 2001, p. 8).

Encerrando, sobreleva dizer que as cláusulas gerais processuais servem, sobretudo, para garantir a humanização e efetividade do processo. Dito isto, e considerando serem tais características desejáveis em qualquer seara processual, mesmo as revestidas de maior rigorismo formal, como o processo penal, conclui-se que as cláusulas gerais são adotadas em qualquer ramo processual,

mesmo que em intensidade e formas distintas, principalmente ao considerarmos que o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente a todos os demais processos, e que a efetividade da tutela jurisdicional e a proteção aos direitos fundamentais são preceitos inerentes e indissociáveis de qualquer ato a ser praticado no decurso da relação formada intra-autos.

8. Conclusão

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve uma mudança na concepção norteadora da prestação jurisdicional, que, acompanhando as tendências esposadas nas esferas social e governamental, deixou de se preocupar simplesmente com a proteção formal da liberdade individual, sendo permeada pelo impulso socializante que caracteriza o Estado contemporâneo. A publicização do direito privado se deu por meio do intervencionismo estatal nas relações individuais, fazendo valer os preceitos mais afeitos a esse modo de governo.

Como reflexo de sobredita mudança de orientação, os diplomas legais passaram a esculpir normas que espelhassem exatamente os valores basilares que simbolizam essa nova concepção norteadora dos poderes públicos, visando, sobretudo, perenizá-los.

Nesse passo, as cláusulas gerais surgem com o precípua escopo de conferir efetividade jurídica na aplicação de tais normas emblemáticas à realidade concreta, de modo que, ao invés de figurarem como meros preceitos hermenêuticos, muitas vezes de caráter decorativo, passam a reger diretamente as situações de litígio.

Isso se deve ao fato de as cláusulas gerais constituírem preceitos com vaga determinação, isto é, de caráter generalizante, resultando assim em maior abrangência de significados, propiciando ao aplicador da lei sua utilização como instrumento apto a dar vazão aos direitos fundamentais.

Gize-se ainda que tais características conferem às cláusulas gerais o poder de se manterem em sintonia com a evolução social, eis que

os ditames nelas insculpidos, por terem natureza aberta, possuem o condão de se adaptarem a novas realidades, abarcando assim, por via interpretativa, situações empíricas não abrangidas no momento de sua edição.

Por fim, restringindo-se o foco de análise ao aspecto processual, viu-se que os preceitos indeterminados instrumentais dinamizam a relação intra-autos, de modo a propiciar ao Estado a capacidade de tutelar de forma específica e efetiva as pretensões matérias subjetivas que lhe são apresentadas.

Assim, espera-se proporcionar aos que porventura venham a ter contato com o texto, uma visão um pouco mais didática da matéria, sem, contudo, subestimar as intrincadas trilhas a serem percorridas na busca de uma compreensão satisfatória de tema tão complexo.

Para tanto, buscou-se na confecção do trabalho, a utilização de uma abordagem muitas vezes contida, focando-se apenas nos aspectos mais pertinentes ao tema das cláusulas gerais, deixando de lado assuntos que, embora polêmicos, são de menor relevância ao propósito inicialmente delineado.

9. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1956, 8 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11951>>. Acesso em: 2 ago. 2010.

_____. O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 15, 2001. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev15Art8.pdf>. Acesso em: 6 out. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira. in: MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ANDRADE, Sabrina Dourado França. *As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados*: desafios do Poder Judiciário em face do moderno processo civil brasileiro. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1560.html>. Acesso em: 22 abr. 2009.

ARCE, Joaquín; VALDEZ-FLÓRES. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1986.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998. in: MATTIETO, Leonardo de Andrade. Princípios do direito obrigacional: função social e relatividade do contrato. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, ano VI, n. 7, dez. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. *Jornal Folha de São Paulo*, 6 nov. 2008.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea*: uma nova teoria contratual? Disponível em: <www.prmg.mpf.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: execução. Bahia: Jus Podivm, 2009. v. 5.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. As cláusulas gerais e seus reflexos processuais. Disponível em: <www.fagundesjunior.org.br/amapar/revista/artigos/ruy_clausulas.doc>. In: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 15, 1998, p. 141. Acesso em: 22 ago. 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Civil brasileiro: de Clóvis Beviláqua a Miguel Reale: a visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. In: ANDRADE, Sabrina Dourado França. *As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados: desafios do Poder Judiciário em face do moderno processo civil brasileiro*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1560.html>. Acesso em: 22 abr. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos do direito privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998, p. 83. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea: uma nova teoria contratual?* Disponível em: <www.prmg.mpf.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direitos humanos do devedor*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=387>. Acesso em: 17 jan. 2005.

MATTIETO, Leonardo de Andrade. O Direito Civil-Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil-Constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993, p. 28-29. In: MATTIETO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional

e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NORONHA, Fernando. *O direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 10. In: ALVES, Jones Figueiredo. *A Nova Teoria do Direito Contratual no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-jan-17/teoria_direito_contratual_brasil>. Acesso em: 17 jan. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22. In: MATTIETO, Leonardo. *O Direito Civil-Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Renovar, 2000.

_____. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

USTARRÓZ, Daniel. *As origens da boa-fé objetiva no novo Código Civil*. Disponível em: <www.mt.trf1.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2009.

Artigo enviado em: 16/08/2011

Artigo aprovado em: 07/05/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120010

**A IMPRESCRITIBILIDADE
DA REPARAÇÃO AMBIENTAL**

FLÁVIA VIGATTI COELHO DE ALMEIDA

Professora
Universidade de Itaúna, Brasil
greassagra@gmail.com

1. Decisão escolhida para o comentário

Na decisão que se comenta, observa-se que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial nº 1.120.117/AC, entendeu que o direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal.

2. Transcrição do acórdão do Superior Tribunal de Justiça escolhido para o comentário

Acórdão:

Recurso Especial nº 1.120.117-AC (2009/0074033-7)

DJ 19/11/2009

Data da decisão:

19/11/2009

Órgão Julgador:

Segunda Turma

Relatora:

Ministra Eliana Calmon

Ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – DIREITO AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL – PEDIDO GENÉRICO – ARBITRAMENTO DO *QUANTUM DEBEATUR* NA SENTENÇA: REVISÃO, POSSIBILIDADE – SÚMULAS 284/STF E 7/STJ.

1. É da competência da Justiça Federal o processo e julgamento de Ação Civil Pública visando indenizar a comunidade indígena Ashaninka-Kampa do rio Amazonas.

2. Segundo a jurisprudência do STJ e STF [*sic*] trata-se de competência territorial e funcional, eis que o dano ambiental não integra apenas o foro estadual da Comarca local, sendo bem mais abrangente, espraiando-se por todo o território do Estado, dentro da esfera de competência do Juiz Federal.

3. Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena.

4. O dano ambiental, além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espraiando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado.

5. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

6. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.

7. Em matéria de prescrição, cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado, seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.

8. O dano ambiental inclui-se dentre [sic] os direitos indisponíveis e, como tal, está dentre [sic] os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental. [sic]

9. Quando o pedido é genérico, pode o magistrado determinar, desde já, o montante da reparação, havendo elementos suficientes nos autos. Precedentes do STJ.

10. Inviável, no presente recurso especial, modificar o entendimento adotado pela instância ordinária, no que tange aos valores arbitrados a título de indenização, por incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1120117/AC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe, 19/11/2009).

3. Justificativas da escolha

Escolheu-se comentar decisão acolhida pelo STJ, no sentido de considerar a “imprescritibilidade da reparação do dano ambiental”, porque se trata hoje de decisão paradigmática no cenário da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

A decisão é paradigmática por estabelecer como núcleo central a imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, da tutela

do direito difuso e da tutela do meio ambiente como direitos fundamentais.

Por outro lado, trata-se de tema de interesse teórico e de extrema importância prática diante da relevância do bem jurídico.

A escolha se deu em razão de a decisão deixar claro que o dano ambiental está relacionado à violação do direito à vida. Diante disso, o direito à reparação do dano ambiental não se submete à regra da prescritibilidade, tratando-se de direito difuso imprescritível.

É uma decisão relevantíssima para a tutela dos direitos difusos e segue a orientação do art. 37, § 5º, da CR/88 que estabelece que é imprescritível a ação de reparação de dano ao erário.

Por fim, optou-se comentar o acórdão do STJ sobre a matéria, primeiro, porque a questão sob análise é uma decisão extremamente relevante por considerar a reparação do dano ambiental como direito imprescritível; segundo, porque o STJ é hoje órgão de “superposição” quanto à “interpretação do direito nacional infraconstitucional comum”.

4. Finalidade do comentário

A finalidade do presente comentário é demonstrar para a comunidade jurídica interessada que “a reparação do dano ambiental é imprescritível”.

Pretende-se identificar as diretrizes teóricas e pragmáticas que foram consideradas no acórdão, especialmente as expressas na ementa, quando dispõe que o dano ambiental e a sua reparação estão relacionados com os direitos humanos, o direito à própria vida e a sua existência com dignidade.

Necessário ressaltar que uma orientação em sentido contrário estaria na contramão do processo histórico relacionado ao desenvolvimento sustentável como direito difuso fundamental para a humanidade.

5. Comentário

5.1. Ementa ao comentário

Direito ambiental. Direito fundamental. Dano ambiental. Reparação integral. Imprescritibilidade. Orientação do STJ.

5.2. Introdução: o Direito Ambiental e sua relevância atual

A proteção jurídica do meio ambiente é um desafio do século XXI, tanto em relação ao plano nacional quanto em relação ao plano internacional.

A razão da relevância do direito ambiental na atualidade deve-se ao fato de se tratar de um direito fundamental em situação de risco: o direito à vida e sua existência com dignidade, com dimensão subjetiva, que abrange tanto as presentes quanto as futuras gerações.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe em seu art. 225 que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dessa forma, a Constituição brasileira protege todos os tipos de vida, conforme salienta Paulo de Bessa Antunes:

Com o direito ambiental ocorre uma transformação do próprio sujeito de direito, pois, mediante a utilização de um vasto sistema de presunções e de atribuição de personalidade jurídica e processual a coletividades, associações e reconhecimento de algum *status* jurídico a animais e ecossistemas, tem sido possível a defesa de formas de vida não humana. As normas de Direito Ambiental, nacionais e internacionais, cada vez mais, vêm reconhecendo direitos próprios da natureza, independentemente do valor que esta possa ter para o ser humano. (ANTUNES, 2004, p. 25).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental da cidadania e a sua defesa objetiva a sadia qualidade de vida como direito difuso de titularidade tão abrangente que inclui as gerações ainda inexistentes.

5.3. A prescrição

A constituição, a extinção e o exercício dos direitos se relacionam com o tempo. A prescrição e a decadência impedem que o fator “tempo” seja obstáculo à segurança e à estabilidade das relações jurídicas. (ALMEIDA, 2008, p. 460).

A prescrição é a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei, de acordo com o art. 189 do Código Civil brasileiro.

De acordo com Francisco Amaral,

[...] se o lesado pelo descumprimento do direito subjetivo não agir no período legal, invocando a tutela jurisdicional do Estado para a proteção do seu crédito, extingue-se a sua ‘pretensão de exigibilidade’ quanto ao seu direito subjetivo e permite a convalescença da lesão verificada no seu direito subjetivo. (AMARAL, 2006, p. 565-566).

Segundo o mesmo autor, a prescrição se justificaria pela necessidade de paz, ordem, segurança e certeza jurídica e ocorreria somente no campo das obrigações, em direitos subjetivos patrimoniais e disponíveis. (AMARAL, 2006, p. 566).

Os artigos 197 ao 206 do Código Civil brasileiro enumeram as causas que impedem ou suspendem a prescrição e os prazos prescricionais desta, não estando elencados no referido rol o direito ambiental nem os direitos difusos; além do mais, o Código Civil tutela direitos individuais.

5.4. O dano ambiental e a reparação civil por dano ambiental

Segundo Paulo de Bessa Antunes, “o dano ambiental é dano ao meio ambiente” (ANTUNES, 2004, p. 240). Acrescenta ele que “após a entrada em vigência da Carta de 1988, não se pode mais pensar

em tutela ambiental restrita a um único bem. O meio ambiente é uma totalidade e só assim pode ser compreendido e estudado” (ANTUNES, 2004, p. 68). Com efeito, o bem ambiental não poderá ser decomposto, sob pena de desaparecer do mundo jurídico. (ANTUNES, 2004, p. 69).

Paulo Affonso Leme Machado explica que “todos” como expressão inserida no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil é termo que “alarga a abrangência da norma jurídica, pois, não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja” (MACHADO, 2004, p. 108). E conclui:

O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo ‘transindividual’. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de ‘interesse difuso’, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada. (MACHADO, 2004, p. 108).

Da mesma forma, a Lei nº 6.938/81 estabelece um conceito de dano ambiental ao considerá-lo como sendo a “degradação da qualidade ambiental” que produz “alteração desfavorável das características do meio ambiente”, de acordo com o inciso II do art. 3º.

Dessa forma, o dano ambiental traz um grande risco à humanidade e à coletividade, titular do bem ambiental difuso.

A legislação brasileira adotou a teoria objetiva na responsabilização civil pelo dano ambiental. Será responsabilizado o causador do dano, independentemente de ter agido com culpa; é o que se observa no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

O § 3º do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil também dispõe que: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Assim, o legislador brasileiro adotou a teoria do risco integral para a maior proteção ao bem ambiental de forma que haja proteção nas esferas administrativa, civil e penal.

Luís Paulo Sirvinkas esclarece que todo aquele que causar dano ao meio ambiente ou a terceiro será obrigado a ressarcir-lo, mesmo que a conduta culposa ou dolosa tenha sido praticada por terceiro. (SIRVINKAS, 2012, p. 257).

Assim, a responsabilidade ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo, independentemente de dolo ou culpa.

5.5. A polêmica do cabimento ou não da prescrição à reparação pelo dano ambiental

O Código Civil de 2002 é um sistema de proteção aos interesses individuais, que disciplina os prazos e hipóteses de cabimento.

A Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, que disciplina a defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo, não dispõe sobre os prazos de prescrição ou decadência para referidos direitos.

Os direitos constitucionais fundamentais como liberdade, nacionalidade, vida, honra, imagem, estado das pessoas, entre outros, não estão submetidos aos prazos prescricionais.

Há também a imprescritibilidade de ações de reparação de danos causados ao patrimônio público de acordo com o art. 37, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery manifestaram em relação à não-ocorrência de prescrição em relação aos direitos difusos e coletivos:

Direito difuso e coletivo. Imprescritibilidade. Como os titulares do direito difuso ou coletivo são indetermináveis e indeterminados, respectivamente, não se pode apená-los com a prescrição de pretensão condenatória. De outra parte, os direitos difusos e coletivos são de interesse geral (CDC, 1º), de sorte que consulta ao interesse público sua imprescritibilidade. (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2005, p. 2003).

Da mesma forma, Gregório Assagra de Almeida (2008), ao dispor sobre os princípios de interpretação e aplicação do direito coletivo brasileiro, defende o “princípio da imprescritibilidade e da indecadenciabilidade do Direito Coletivo”:

O direito coletivo também não se sujeita a prazos decadenciais ou prescricionais, pois está inserido no plano da teoria dos direitos constitucionais fundamentais positivada no País (Título II, Capítulo I, da CF/88).

Não há ocorrência de prescrição ou decadência do Direito Coletivo, pois seus titulares, pessoas indetermináveis ou indeterminadas, não podem, geralmente, comparecer para a sua defesa. A defesa se dá *ope legis*. A omissão desses não pode prejudicar a sociedade com graves danos aos interesses sociais. Não haveria razoabilidade em se impor esse tipo de sacrifício à sociedade. (ALMEIDA, 2008, p. 461).

Assim, de acordo com Gregório Assagra de Almeida (2008), no plano da tutela jurídica dos direitos ou interesses difusos e coletivos devem incidir os “princípios da imprescritibilidade e da indecadenciabilidade do Direito Coletivo”. Caso contrário, haverá grave situação de risco à tutela de interesse social fundamental, ainda mais diante da aguda dispersão da sociedade massificada. (ALMEIDA, 2008, p. 461).

Esse também é o entendimento de Ricardo de Barros Leonel ao dispor que os legitimados nas demandas coletivas não são titulares de direito ou interesse material, e que o próprio ordenamento jurídico constitucional indica a inocorrência da prescrição da ação destinada à reparação dos danos causados ao erário público, sendo correta a interpretação analógica aos casos de interesses metaindividuais. (LEONEL, 2002, p. 439).

Hugo Nigro Mazzilli também relata que é impróprio invocar as regras de prescrição próprias do direito privado para questões transindividuais que envolvam direitos fundamentais da coletividade. O direito de todos a um meio ambiente sadio não é patrimonial, muito embora seja, afirma o autor, passível de valoração para efeito indenizatório. A atividade degradadora contínua também não se sujeita à prescrição, uma vez que a permanência da situação geradora do dano também impede a prescrição, pois o dano da véspera é acrescido diuturnamente. (MAZZILLI, 2010, p. 634).

E o autor acrescenta ainda:

Em matéria ambiental, de ordem pública, por um lado, pode o legislador dar novo tratamento jurídico a efeitos que ainda não se produziram; de outro lado, o Poder Judiciário pode coibir as violações a qualquer tempo. A consciência jurídica indica que não existe o direito adquirido de degradar a natureza. É imprescritível a pretensão reparatória de caráter coletivo, em matéria ambiental. Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras. Como poderia a geração atual assegurar o seu direito de poluir em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?! Não se pode dar à reparação da natureza o regime de prescrição patrimonial do direito privado. (MAZZILLI, 2010, p. 634).

A imprescritibilidade da reparação do dano ambiental também já foi objeto de decisão em outros julgados no Superior Tribunal de Justiça. (*Vide* RESp 1247140/PR e AgRg no RESp 1150479/RS).

Assim sendo, tratando-se de um direito fundamental, indisponível e de toda a humanidade, ao direito ambiental não se aplica o instituto da prescrição, sendo, portanto, a reparação do dano ambiental imprescritível.

6. Conclusão

1. A decisão do STJ, objeto dos presentes comentários, é paradigmática e está – de acordo com a teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais – consagrada na CF/1988, onde os direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, foram inseridos como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1988).

2. Realmente, como consta na Ementa do Acórdão em comento, a reparação dos danos ao meio ambiente é direito que “está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal.”.

3. É ilustrativa e bem didática a decisão em análise ao estabelecer que:

Em matéria de prescrição, cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado, seguem-se os prazos normais das ações; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação.

4. Pelo seu teor e pela coerência da argumentação, assim como pela relação de perfeita e correta adequação com as diretrizes nucleares da CF/1988, com destaque para o seu art. 37, § 5º, tem-se que a referida orientação do STJ deve servir de parâmetro para a tutela de todos os direitos ou interesses difusos e coletivos.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIRVINKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120011

6

Direito Coletivo

Artigo

Comentário à Jurisprudência
Jurisprudência • DVD-ROM

DIREITO COLETIVO

ARTIGO

MINISTÉRIO PÚBLICO E ACESSIBILIDADE: A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PARA MEMBROS E SERVIDORES COM DEFICIÊNCIA

PUBLIC PROSECUTION SERVICE AND ACCESSIBILITY: CONCRETIZATION OF THE EQUALITY PRINCIPLE FOR PROSECUTORS AND CIVIL SERVANTS WITH IMPAIRMENT

DANIEL AUGUSTO DOS REIS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

psidan@uol.com.br

RESUMO: O advento da Constituição da República de 1988 marca um período de inquestionáveis e sensíveis mudanças na sociedade brasileira. Promulgado sob a égide do modelo do Estado Democrático de Direito, o texto constitucional confere novo perfil ao Ministério Público, atribuindo-lhe a função de defesa da sociedade e do regime democrático, bem como reconhece a legitimidade da discriminação lícita praticada em relação às pessoas com deficiência. Nesses termos, o constituinte originário insere normas assecuratórias de concretização do *princípio da igualdade* e circunscreve a acessibilidade no âmbito das políticas públicas. Uma vez entendida como preponderante, a acessibilidade, em todas as suas modalidades, passou a ser medida obrigatória, tanto como direito quanto como instrumento de garantia de outros direitos. Por isso, cabe ao Ministério Público, dada sua

atual natureza de protagonista no cenário da democracia brasileira, exigir que os espaços públicos se tornem acessíveis. Tal exigência é, sem dúvida, reflexa, visto que absorve a própria instituição. E a fim de cumprir as exigências legais e, mais do que isso, possibilitar ao membro ou servidor com deficiência desempenho adequado no exercício de suas funções, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio de Resolução, instituiu Comissão de Acessibilidade interna. O presente estudo, elaborado como Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Público, tem por finalidade descrever as ações até então empreendidas pela comissão, e correlacioná-las com a perspectiva essencial do Estado Democrático de Direito: o reconhecimento da diversidade e a concretização do *princípio da igualdade*.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; políticas públicas; acessibilidade; igualdade.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution of 1988 marks a period of unquestioned and broad changes in the Brazilian society. Enacted under the aegis of the model of the democratic state of law, the Constitution gives a new profile to the prosecutors, not only giving them the task of defending society and the democratic regime, but also recognizing the legitimacy of lawful discrimination practiced against people with disabilities. Accordingly, the constitution makers inserted rules to guarantee the implementation of the principle of equality and of accessibility in public policies. Once perceived as dominant, accessibility in all its forms has become a compulsory measure, as a manner to guarantee other rights. Therefore, it is up to prosecutors to require that public spaces are accessible, given the current nature of their role as protagonists in the scenario of Brazilian democracy. This requirement is certainly a reflex, since it encompasses the institution itself. And in order to meet legal requirements, and more than that, to enable the civil servants with disabilities to adequately perform their work, the Attorney-General of the State of Minas Gerais, by means of resolution, instituted the Commission of Internal Accessibility. This study, designed as a conclusion work for a Lato Sensu Post graduation in Public Law, aims at describing the actions that have been taken by the committee,

correlating them with the essential perspective of the democratic state of law: the recognition of diversity and the achievement of the principle of equality.

KEY WORDS: Prosecutors; public policies; accessibility; equality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ministério Público, políticas públicas e igualdade. 3. Acessibilidade: mecanismo assecuratório da igualdade. 3.1. Brevíssimo histórico. 3.2. Acessibilidade: múltiplos contextos. 3.3. O conceito legal de acessibilidade. 4. A Comissão de Acessibilidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 4.1. A Comissão de Acessibilidade. 4.1.1. Uso adequado da terminologia. 4.1.2. Ações para ingresso do Membro ou Servidor. 4.1.3. Ações para o Membro ou Servidor. 4.1.4. Ações para o público. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A gênese do Ministério Público, em consonância com os autores pesquisados, não encontra precisa localização histórica, uma vez que não há exatidão quanto à data e ao local de sua origem. Certo é que, ao se percorrer a história, percebe-se que o Ministério Público passou por sensíveis transformações acerca de seu papel institucional. Se originalmente o Ministério Público atuava como *longa manus* do Rei Absolutista, com a evolução histórica passou a ser *longa manus* do Chefe do Poder Executivo. Atualmente, porém, tem-se clara sua atuação como *longa manus* da sociedade. Assim, a maior e mais profunda de todas as mudanças pelas quais passou o Ministério Público brasileiro decorre, inequivocadamente, do advento da CRFB/88, que confere novos contornos à instituição.

Em face das demandas apresentadas pelo novo modelo do Estado brasileiro, a CRFB/88 reserva ao Ministério Público a Seção I, do Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) e, desde então, segundo o art. 127, *caput*, 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. Assim, na medida em que a CRFB/88 confere à instituição atribuições de fiscalização, ouvidoria e advocacia da população, destina-lhe a posição de defensora da sociedade contra possíveis abusos do Estado, ao mesmo tempo em que lhe incumbe defender o modelo de Estado Democrático de Direito.

Em conformidade com Tatagiba (2008), o advento da CRFB/88 deu origem a um novo modelo de Ministério Público brasileiro, ímpar na história, de natureza autônoma e independente, tal qual um Poder constituído. De maneira semelhante, Mancuso (2008) afirma que, em razão da atribuição constitucional, é notório o protagonismo do Ministério Público na tutela dos interesses sociais e, em especial, para a ação civil pública em nome dos interesses metaindividuais (consoante o art. 129, inciso III, da CRFB/88). Portanto, o papel do Ministério Público não é mais o de simplesmente um guardião da lei. A atual missão da instituição, embora inclua o aspecto da legalidade, extrapola tal campo e absorve a promoção da cidadania, da democracia, da justiça e da moralidade, além dos interesses da sociedade de uma maneira geral (como as etnias oprimidas, o meio ambiente, o patrimônio público e os direitos humanos, entre outros). É inquestionável, pois, que seu papel não mais se sustenta na predominância da atuação repressiva que, dada a própria natureza, conduz à continuidade de injustiças sociais.

Simultaneamente à estrutura do novo Ministério Público, tem-se com Souza (2006) o registro do renascimento nas últimas décadas da importância das políticas públicas, bem como das instituições, regras e modelos norteadores de sua elaboração, implementação e avaliação. A autora entende que as políticas públicas, uma vez definidos os seus contornos, irão desdobrar-se em planos, programas e projetos, os quais gerarão base de dados ou sistema de informação e pesquisas. E, uma vez implementadas, as políticas públicas são submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação. Para Assagra de Almeida (2008), em relação àquelas políticas públicas específicas e socialmente necessárias, o Ministério Público tem o dever constitucional, em razão do seu compromisso com os interesses sociais previstos na CRFB/88, de atuar com vistas à garantia de sua tempestiva e adequada implementação.

Em relação às políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência, o constituinte originário definiu vários dispositivos compensatórios para reverter o processo de exclusão a que foi submetido o segmento e tornou legítima a discriminação lícita. As políticas públicas de acessibilidade, como não poderia deixar de ser, adquiriram posição preponderante, a partir do entendimento de que sua ausência provoca o agravamento da incapacidade das pessoas com deficiência. Nesse sentido, sob a égide do paradigma do Estado Democrático de Direito e da concepção de igualdade material que o fundamenta, o Ministério Público deve atuar com vistas à garantia da acessibilidade, bem como à consequente promoção e transformação social.

Decerto entende-se necessário estabelecer com bastante clareza a linha fronteira entre as possibilidades e os limites de atuação do Ministério Público em face das políticas públicas. Isso, com a finalidade de não se caracterizar a omissão institucional diante das atuais exigências constitucionais e das demandas sociais e não se configurar exorbitância de atuação, de modo que se evite assumir funções próprias dos poderes executivo e legislativo.

A proposta do presente estudo é apresentar o trabalho desenvolvido pela Comissão de Acessibilidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, instituída com objetivo de atender as demandas dos membros e servidores com deficiência, bem como os aspectos necessários ao adequado desempenho de suas funções. A Comissão tem ainda a atribuição de oferecer os itens de acessibilidade exigidos quando da realização de concursos e também da prestação de serviço à população. O presente estudo, elaborado como Trabalho de Conclusão do Curso a distância de Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Virtual, é, além de um registro histórico, a reafirmação da possibilidade e da exigibilidade de ações afirmativas que assegurem ao segmento das pessoas com deficiência a consolidação do emblemático *princípio da igualdade*. Nesses termos, espera-se que o estudo sirva de referência a pesquisas e trabalhos semelhantes em outras instituições, em especial o Ministério Público de outros estados da federação.

2. Ministério Público, políticas públicas e igualdade

Em conformidade com Wanderley (2004), uma das ideias centrais do *Welfare State* (ou Estado do Bem-Estar Social) era a *igualdade* entendida como princípio intimamente relacionado à *necessidade*. Para tanto, deveria ser promovida a distribuição dos bens produzidos pela sociedade segundo a necessidade de cada sujeito, com a finalidade de redução – ou eliminação – dos riscos sociais com vistas à concretização das possibilidades de exercício da cidadania. As políticas de *seguridade social* (previdência social, saúde e assistência social), assumidas pelo Estado e consistentes na adoção de medidas específicas para satisfação dos mínimos sociais, eram definidas, então, como prioritárias. Gomes (2006) afirma que esse modelo é entendido a partir do conjunto de serviços e benefícios sociais estabelecidos pelo setor governamental com o objetivo de garantir à população a segurança necessária à manutenção do “mínimo de base material e níveis de padrão de vida, que possam enfrentar os efeitos deletérios de uma estrutura de produção capitalista desenvolvida e excludente”. (Gomes, 2006, p. 203). Entretanto, em razão de mudanças sociais ocorridas, o modelo tornou-se incapaz de assegurar os direitos à época preconizados. Assim, assiste-se nos anos 80 ao declínio do *Welfare State*. Trevisan e van Bellen (2008), afirmam acerca do *Welfare State*:

No final do século XX, com o aprofundamento da crise do *welfare state*, com as convulsões econômicas, sociais e políticas enfrentadas, principalmente a partir do final da década de 1970, junto com o movimento da nova administração pública, o Estado é fortemente questionado tanto em suas funções quanto na real eficácia de suas ações interventoras na realidade social. (TREVISAN; VAN BELLEN, 2008, p. 530)

O modelo do Estado Democrático de Direito, por outro lado, sustenta-se, segundo Galuppo (2002), sobre a característica essencial das sociedades modernas – a pluralidade – e, por isso mesmo, na intrínseca coexistência de projetos múltiplos de vida. Consoante o autor, a pluralidade implica concorrência acirrada entre os múltiplos projetos de vida, por meio do sistema político-

jurídico, com a finalidade de conquista da supremacia. Tais projetos, na concepção de Carreteiro (2004), resultam de sistemas de valores variados, produzidos por grupos, coletivos, associações e instituições, e atravessam os sujeitos de modo idiossincrático, em razão do lugar social ocupado por cada um. Ora, inegavelmente a hegemonia de um projeto gera a exclusão de outros e uma histórica prevalência de grupos ou classes. Assim, para se evitar a atitude excludente própria de modelos anteriores, a sociedade democrática deve incluir em seu interior projetos de vida alternativos e diversos. Nessa mesma linha de raciocínio, Jovchelovitch (2000) considera que o sentido da esfera pública é encontrado exatamente na experiência da pluralidade de perspectivas distintas e no envolvimento e na construção de mecanismos capazes de absorver a diversidade.

Ora, tem-se com Silva (2003) que a novidade do paradigma do Estado Democrático de Direito consiste especificamente na incorporação de um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Nesse sentido, em conformidade com Mello (2003), um dos grandes avanços trazidos pela CRFB/88 é a manifestação expressa da noção dinâmica e eficaz do conceito de *igualdade* – haja vista os verbos *promover*, *construir*, *garantir* e *erradicar* implicarem ação (contrariamente à concepção negativa e estática, presente em constituições brasileiras anteriores, com a qual somente se coibia a discriminação). Como consequência, verifica-se uma modificação qualitativa da noção do princípio de *igualdade* própria de outros modelos. (CRUZ, 2003). Gallupo, nessa mesma linha de raciocínio, afirma:

Para o direito moderno, [...], a igualdade tem de ser concebida como *igualdade aritmética*, pois qualquer outra forma de igualdade implicaria reconhecer maior ou menor importância às pessoas que, no entanto, o Estado Democrático de Direito tem de conceber como detentoras da mesma possibilidade de intervir nos discursos jurídicos, o que seria impossível se fossem concebidas como *geometricamente* (des)iguais. (GALLUPO, 2002, p. 12).

Para Cruz (2003), o princípio de *igualdade*, dentro do novo modelo, refere-se ao exame dos pressupostos procedimentais que devem necessariamente ser cumpridos no discurso de produção do Direito (fato que exige igual participação de cada cidadão nas práticas estatais oriundas de qualquer um dos poderes constituídos). Pode-se dizer, então, do advento do direito – assegurado a todos – de participação nas decisões políticas. Tal modalidade, denominada *igualdade procedimental*, deve ser entendida como igualdade aritmeticamente inclusiva, por viabilizar a participação de número crescente de cidadãos na produção de políticas públicas do Estado e da sociedade. Galuppo (2002) demonstra que coube a Habermas a concepção de validade da norma jurídica a partir do procedimento dialógico de produção, calcado no *princípio do discurso*. Para que a norma seja reconhecidamente válida, é necessária a aprovação de todos os sujeitos envolvidos em sua produção. A igualdade circunscrita no contexto da *Teoria Discursiva do Direito* significa igualdade formal e substancial de participação em discursos de *justificação* e de *aplicação* das normas jurídicas e é pressuposto de legitimidade. Isso, na medida em que todos os sujeitos passam a possuir idêntica importância nos discursos jurídicos e cada um é reconhecido como *aritmeticamente igual* aos demais.

Portanto, ao correlacionar o princípio da *justiça* ao princípio da *igualdade*, o Estado Democrático de Direito estabelece, segundo Moraes (2003), a inexorável vedação às diferenciações arbitrárias e às discriminações absurdas. Para Gallupo (2002), tal restrição é o pressuposto que torna plenamente admissível a aplicação *aritmeticamente desigual do direito* e permite preterir o princípio da *igualdade* somente em casos extremos e, ainda assim, plausivelmente justificáveis. O elemento discriminador deve estar, pois, a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito. Tal modalidade de discriminação – denominada *discriminação positiva* (SASSAKI, 2003) ou *discriminação lícita* (CRUZ, 2003) – é, conforme Galuppo (2003), legítimo critério de produção da igualdade e meio privilegiado de realização de projetos de vida alternativos.

Pode-se verificar que em uma sociedade fundada sobre a égide do modelo do Estado Democrático de Direito, mecanismos

assecuratórios da igualdade entre os sujeitos são de importância capital. Tal compreensão torna inequívoca a necessidade de consolidação de instrumentos e mecanismos com os quais se alcance efetiva participação de todos os cidadãos. Portanto, no *Estado Democrático de Direito* as instâncias políticas, jurídicas e administrativas devem atuar de maneira efetiva em favor da consolidação de formas de equiparação de oportunidades, a fim de tornar concreto o princípio da *igualdade*. Especificamente em relação ao Ministério Público, o texto constitucional de 1988 lhe conferiu a possibilidade de se “tornar fator real de poder no País, de forma muito mais intensa que era antes, sendo alçado à posição de ator essencial nas relações jurídicas nacionais e na implementação de direitos fundamentais e de políticas públicas”. (Macêdo, 2008, p. 11). Para tanto, uma conquista imprescindível, de acordo com Garcia, foi a autonomia frente ao poder executivo.

À instituição foi outorgada, de forma expressa, autonomia funcional e administrativa e, de forma implícita, autonomia financeira (art. 127). A autonomia funcional, também prevista no art. 3º da Lei nº 8.625/1993, indica que a instituição está imune a qualquer influência externa no exercício de sua atividade finalística. Assim, poderá adotar as medidas contempladas no ordenamento jurídico, em face de quaisquer agentes, órgãos ou instituições, de caráter público ou privado, sempre que tal se fizer necessário. A autonomia administrativa assegura ao Ministério Público a prerrogativa de editar atos relacionados à gestão dos seus quadros de pessoal (*v.g.*: admissão, designação, exoneração, aposentadoria, disponibilidade etc.), à administração e à aquisição de bens, isso sem olvidar a iniciativa legislativa nas matérias que lhe são correlatas. Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, a Constituição da República não utilizou a expressão *autonomia financeira* ao dispor sobre as garantias do Ministério Público. Essa autonomia, no entanto, é incontroversa, dispondo o art. 127, § 3º, que a instituição “*elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias*”, podendo, ainda, empenhar as respectivas despesas. (GARCIA, 2008, p. 16).

Entretanto, os novos contornos conferidos ao Ministério Público pela CRFB/88 não se limitam aos aspectos funcionais, administrativos e financeiros. Dada sua característica de Constituição Cidadã, a CRFB/88 ainda reserva ao Ministério Público posição de absoluta vanguarda na defesa dos interesses da sociedade. Mazzilli (2008) compartilha tal concepção quando afirma que a instituição recebeu da própria sociedade brasileira a incumbência de defendê-la. Macêdo (2008) compartilha também dessa mesma linha de raciocínio de que o Ministério Público adquiriu responsabilidades diversas daquelas anteriormente definidas. O autor aponta de maneira mais específica as áreas nas quais a instituição passou a atuar após a edição da CRFB/88:

[...] o Ministério Público deixou de ser apenas um ator fundamental na sociedade brasileira na área penal para atuar de forma interventiva socialmente também na área civil em inúmeras situações, como na defesa do patrimônio público, da probidade administrativa, do meio ambiente, da saúde, do consumidor, dos menores, dos portadores de deficiência etc., vindo a ocupar um espaço que antes estava vazio, tornando-se uma instituição com importância social extremamente maior do que a que detinha anteriormente à promulgação da CR/88. (MACÊDO, 2008, p. 10).

Também adepto da concepção do novo contorno funcional outorgado ao Ministério Público, Venturi (2008) segue o pensamento de Macêdo (2008) e ressalta que a nobreza e a essencialidade das atuais atribuições estabelecidas lhe conferiram uma responsabilidade enorme. Assim, considerada a consolidação do Estado Democrático de Direito, exige-se atualmente da instituição “o atendimento das mais básicas necessidades inerentes à garantia da dignidade da pessoa humana” (VENTURI, 2008, p. 52). Portanto, na condição de reconhecido defensor dos interesses da sociedade, um novo movimento ocorre em sua direção.

Para Almeida (2008b), a evolução necessária ao Ministério Público – e às demais instituições ligadas à função jurisdicional do Estado – segue exatamente nessa linha de consolidação de estratégias com a finalidade de se alcançar a gradual concretização dos direitos fundamentais. Contudo, o autor aponta que a atuação institucional

deve prezar pela “ratificação cotidiana e ininterrupta dos fundamentos da República brasileira, notadamente o antropológico-axiológico da dignidade da pessoa humana, em detrimento de políticas públicas” (Almeida, 2008b, p. 14), haja vista seu caráter efêmero, circunstancial e, na maioria das vezes, alheio ao bem-estar da população.

Cabe aqui, pois, uma pequena digressão acerca da concepção de políticas públicas. Conforme observa Faria (2003), verifica-se uma multiplicidade de abordagens, de teorias incipientes e de vertentes analíticas voltadas à significação da diversidade dos processos de formação e gestão das políticas públicas e alguns sistemas teóricos consideram “um mundo cada vez mais caracterizado pela interdependência assimétrica, incerteza e complexidade das questões” (FARIA, 2003, p. 22). E, de acordo com Souza (2006), subsistem definições que consideram o papel das políticas públicas como instrumento de solução de problemas e essas abordagens conferem um valor elevado aos aspectos racionais e procedimentais. Ou seja, a característica primordial dessas concepções é a ênfase dada à atuação governamental e à marginalidade dos aspectos conflituosos e dos limites inerentes à consolidação das políticas públicas. Nesses termos, pertinente a rejeição supramencionada de Almeida (2008b).

A justificativa pode estar no fato de que a estruturação das políticas públicas dentro do aparato governamental remonta ao período de consolidação do *Welfare State*. Portanto, a crítica decorre de concepções céticas acerca de políticas públicas, dentro de determinada concepção, e incide sobre possível desprezo a sua real essência, ou seja, “o embate em torno de idéias e interesses” (SOUZA, 2006, p. 25). Contudo, é atualmente reconhecida a participação crescente de segmentos não governamentais na formulação de políticas públicas, exatamente em consequência da pluralidade de interesses inerente às sociedades modernas.

Ao volver o olhar outra vez para o novo perfil constitucional do Ministério Público, tem-se com Venturi (2008) que a mais intrigante reflexão que se pode realizar diante das novas demandas apresentadas pela sociedade talvez esteja relacionada “à conformação da

personalidade institucional, da qual depende a própria efetividade do desempenho das funções constitucionalmente ordenadas” (VENTURI, 2008, p. 52). E a conformação dessa personalidade institucional, em consonância com Almeida, é inerente à promoção social. O autor argumenta, nesse sentido, que

[...] a defesa do regime democrático e dos interesses sociais confirma o compromisso do Ministério Público com a transformação, com justiça, da realidade social (art. 127, *caput*, combinado com os arts. 1º e 3º, todos da CF/88). (ALMEIDA, 2008a, p. 44).

Isso porque, exatamente em razão dos novos contornos do Ministério Público – defensor do regime democrático – os objetivos dispostos no art. 3º da CRFB/88 vinculam a instituição e tornam inexorável uma nova postura institucional. O autor é enfático ao dizer:

[...] para o Ministério Público cumprir essa sua tarefa constitucional [...] é preciso avançar no planejamento funcional e nas estratégias de atuação. A atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional. (ALMEIDA, 2008a, p. 44).

Ora, a perspectiva de Almeida de se desconsiderar a importância das políticas públicas diante do modelo proposto pela CRFB/88 é, portanto, infundada. Até mesmo porque o próprio autor afirma, sobre a relação entre Direito, Política e Ministério Público:

Destarte, já é tempo de desmitificarmos a idéia de que promotores e juízes não atuam com fundamento em Política. Não obstante, não podemos confundir os princípios políticos escolhidos pela sociedade – e plasmados no texto constitucional – com a vida partidária, o que redundará em uma atuação baseada em argumentos de procedimento político. (ALMEIDA, 2008b, p. 14).

Almeida (2008a) vai ainda mais longe. O autor argumenta que a atual configuração do Ministério Público exige a constituição de núcleos de estudo e estatística e de uma firme parceria com centros de estudo e pesquisa e universidades que “possam fornecer-lhe elementos que dêem a ele condições adequadas para atacar, racionalmente, as causas geradoras das graves injustiças sociais”. (ALMEIDA, 2008a, p. 45). Ademais, em sua concepção, deve a instituição acompanhar e fiscalizar a elaboração e o cumprimento dos orçamentos públicos, a fim de se garantir a aplicação das verbas públicas para atender aos preceitos constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a atuação pode ser jurisdicional (como, por exemplo, uma ação coletiva com pedido de tutela específica) ou extrajurisdicional (como o acompanhamento da votação orçamentária relativa às políticas públicas e utilização de TAC e de Recomendação). A ideia apresentada pelo autor, dada sua complexidade e especificidade, será objeto de outro estudo.

O fundamento da atuação do Ministério Público em políticas públicas é encontrado em Goulart, citado por Almeida (2008a), segundo o qual é possível verificar a existência de dois modelos institucionais: o *demandista* e o *resolutivo*. Em conformidade com o autor, o Ministério Público *demandista*, atuante junto ao Poder Judiciário como agente processual, é o modelo entre ambos que ainda mantém a supremacia. Lado outro, o Ministério Público *resolutivo* é o “que atua no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social” (ALMEIDA, 2008a, p. 66) e sua efetivação imprescindível levará às últimas consequências o *princípio da autonomia funcional* de modo que haja uma efetiva atuação na tutela dos interesses ou direitos coletivos. O autor afirma:

O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais. (ALMEIDA, 2008a, p. 67).

O modelo de Ministério Público *resolutivo* somente é admissível no paradigma do Estado Democrático de Direito, caracterizado por sua busca pela transformação social da realidade. Esse modelo “diferentemente das outras formas de Estado, tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e a outros valores” (ALMEIDA, 2008a, pág. 87) e decorre de compromisso constitucional: o Ministério Público como defensor do regime democrático (art. 1º e art. 127, *caput*, ambos da CRFB/88). A promoção social é, portanto, objetivo da instituição e, nesses termos, deve ser priorizada “a atuação preventiva para evitar a violação dos direitos sociais, além de combater de modo articulado e eficiente as condutas danosas aos direitos massificados”. (ALMEIDA, 2008a, p. 87).

3. Acessibilidade: mecanismo assecuratório da igualdade

O discurso do Estado Democrático de Direito se assenta, portanto, nos pressupostos de garantia do direito à cidadania indiferentemente, como disposto no texto constitucional, de gênero, origem, raça, credo, condição socioeconômica, escolaridade e deficiência. Para tanto, reconhece-se como fundamental a eliminação de qualquer forma de discriminação e de segregação, com a garantia de acesso e o usufruto de oportunidades de participação ativa e direta. Assim, o reduzidíssimo espaço permitido e ocupado pelas pessoas com deficiência passou a ser questionado, em termos de ambiente físico (espaço objetivo) e em termos de relações estabelecidas e oportunidades oferecidas (espaço subjetivo). Ressalte-se, portanto, que nenhuma política pública para pessoas com deficiência pode ser eficaz se não houver efetivo empenho na promoção da acessibilidade.

3.1. Brevíssimo histórico

Segundo Sasaki (2003), a origem do termo para designar a condição de acesso às pessoas com deficiência surge com o *paradigma de serviços*, consistente na estruturação de serviços de reabilitação física e profissional, no final da década de 40. Desta feita, já na década de 50, a prática de integração de adultos reabilitados ocorria, de acordo com o autor, na própria família, no mercado

de trabalho e na comunidade em geral. Como consequência, os profissionais de reabilitação passaram a constatar dificuldades – e mesmo impedimentos – na concretização desse processo dada a existência de barreiras arquitetônicas em espaços urbanos, edifícios e residências e nos meios de transporte coletivo.

Assim, em um contexto bastante marcado por práticas de exclusão e segregação de grupos “minoritários” e em meio às reivindicações por liberdade que caracterizaram os anos 60, nasce nos Estados Unidos o movimento de integração de pessoas com deficiência. Interessante apontar que o movimento teve como protagonistas os soldados estadunidenses vítimas da Guerra do Vietnã, os quais, internados em instituições hospitalares em razão das mutilações e lesões sofridas, manifestaram-se contra o tratamento recebido e passaram a exigir maior qualidade de vida. Para tanto, cobraram a implantação de condições favoráveis ao exercício de seu direito de cidadania. Como resultado, deu-se início ao processo de integração de pessoas com deficiência nos diversos âmbitos sociais. Por essa razão, determinadas universidades estadunidenses, ainda na década de 60, iniciaram as primeiras experiências de eliminação de barreiras arquitetônicas em seus espaços (SASSAKI, 2003). Após a criação do primeiro Centro de Vida Independente – *Independent Living Center* (na cidade de Berkeley, Califórnia, EUA), aumentou-se a preocupação e os debates sobre eliminação de barreiras arquitetônicas, com a operacionalização das soluções idealizadas.

O fundamento do período de integração era o *modelo médico da deficiência*, de acordo com o qual a deficiência era problema a ser enfrentado pela pessoa, por sua família ou por aqueles que se dispunham, de modo voluntário, a lidar com a questão. Conforme os pressupostos do modelo, a pessoa com deficiência não utiliza, de modo adequado, os bens e serviços oferecidos pela sociedade porque não possui capacidade para tal. O *paradigma de serviços*, então, com base no princípio da normalização, propunha-se a que as pessoas com deficiência apresentassem características bem próximas àquelas exigidas pelo contexto social. Assim, a partir dos anos 70, passou-se a considerar a normalização como princípio essencial a ser adotado também nos serviços e no ambiente, com a

perspectiva de oferecer condições de vida semelhantes aos padrões reconhecidos como normais para o ser humano.

Em outras palavras, isso significa criar, para pessoas atendidas em instituições ou segregadas de algum outro modo, ambientes o mais parecido possível com aqueles vivenciados pela população em geral. Fica evidente que se trata de criar um mundo – moradia, escola, trabalho, lazer etc. – separado embora muito parecido com aquele em que vive qualquer outra pessoa. (SASSAKI, 1997, p. 32).

A integração, como definida, alcançava somente as pessoas com deficiência cujo nível de competência era similar aos definidos pelos padrões sociais. Ou seja, as pessoas que apresentassem capacitação suficiente para conseguir transpor as barreiras existentes na sociedade eram integradas. Portanto, a integração ocorria apenas para aquelas que podiam superar obstáculos do meio físico, realizar atividades consideradas normais, adotar atitudes socialmente adequadas e receber os serviços de acordo com o pressuposto da normalização. Havia, na verdade, esforço unilateral das pessoas com deficiência e familiares, bem como de algumas instituições especializadas, em alcançar a integração. A sociedade, por outro lado, mantinha-se praticamente inerte.

Exatamente por esse motivo, o modelo de integração foi gradativamente substituído pelo modelo da inclusão. Durante a década de 80, marcada por profundas mudanças sociais, associações de pessoas com deficiência se reuniram no Canadá, no Congresso Mundial da Rehabilitation International e fundaram a Disabled People International – DPI (SASSAKI, 2003). Desde então se começou a disseminar a concepção de que o modelo de integração não atendia aos anseios das próprias pessoas com deficiência. Decerto se reconhecia a aquisição de inúmeros direitos, porém, como à época não havia nenhuma preocupação em tornar acessível o ambiente físico e nenhuma modificação era exigida da sociedade, as pessoas com deficiência encontravam enormes impedimentos ao exercício de tais direitos.

Assim é que, após a declaração do Ano Internacional das Pessoas Deficientes, em 1981, pela ONU, o segmento de pessoas com deficiência desenvolveu campanhas de alerta contra barreiras arquitetônicas, exigindo a eliminação daquelas já existentes, bem como a vedação de que fossem inseridas em novos projetos arquitetônicos. A preocupação com a adaptação dos ambientes que apresentam obstáculos passou a ser circunscrita à ideia de *desenho adaptável*. Lado outro, a exigência de que arquitetos, engenheiros, urbanistas e desenhistas industriais não incorporem obstáculos em projetos de construção de ambientes tornou-se própria da ideia de *desenho acessível*. Em consonância com Sasaki:

Na década de 90, começou a ficar cada vez [mais] claro que a acessibilidade deverá seguir o paradigma do desenho universal, segundo o qual os ambientes, os meios de transporte e os utensílios devem ser projetados para todos (portanto, não apenas para as pessoas com deficiência). E, com o advento do paradigma da inclusão e do conceito de que a diversidade humana deve ser acolhida e valorizada em todos os setores sociais comuns, hoje entendemos que a acessibilidade não se restringe ao aspecto arquitetônico, pois existem barreiras de vários tipos também em outros contextos que não o do ambiente arquitetônico. (SASAKI, 2003, p. 41).

Nesse sentido, a sociedade se viu obrigada a rever sua concepção de deficiência, anteriormente baseada no *modelo médico da deficiência*. Com efeito, uma nova concepção, contrária à anterior e denominada de *modelo social da deficiência*, atualmente outorga a responsabilidade pela exclusão das pessoas com deficiência aos obstáculos existentes na própria sociedade. As dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência são, portanto, debitadas às barreiras impostas pela comunidade e não mais à condição pessoal. Entende-se, pois, que é a sociedade a responsável por criar as restrições para que as pessoas com deficiência possam usufruir adequadamente os bens e serviços. Esse é exatamente o princípio subjacente ao *modelo social da deficiência* (SASSAKI, 2003).

Assim, as pessoas com deficiência encontram nas barreiras impostas pela sociedade, uma vez negado o acesso às oportunidades, o *impedimento* ao exercício de sua cidadania. Ora, as barreiras são expressões da fronteira estabelecida pela sociedade e definem o espaço permitido. Em razão da novidade do conceito de *equiparação de oportunidades* (entendido como o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade se torna acessível a todas as pessoas), mudanças estruturais significativas tornaram-se imprescindíveis. Diferentemente do modelo anterior – integração – em que não havia nenhum compromisso da sociedade em promover modificações em sua estrutura, a perspectiva da inclusão tem como preceito fundamental a eliminação de todas as barreiras arquitetônicas, programáticas e atitudinais, visando à equiparação de oportunidades. Assim, o sentido dado pela proposta de inclusão aponta para a necessidade imperiosa de envolvimento efetivo das esferas governamentais por meio de políticas públicas, haja vista, em conformidade com Ratzka (2001), a necessidade de que o âmbito público apresente certas características indispensáveis.

3.2. Acessibilidade: múltiplos contextos

Conforme mencionado acima, com o advento do modelo de inclusão, a concepção de acessibilidade deixou de ser exclusivamente arquitetônica. Para Sassaki (2003), há basicamente seis contextos de acessibilidade:

- *Acessibilidade arquitetônica*: eliminação das barreiras ambientais físicas, nas residências, nos edifícios, nos espaços urbanos, nos equipamentos urbanos, nos meios de transporte individual ou coletivo;
- *Acessibilidade comunicacional*: eliminação das barreiras na comunicação interpessoal (face a face, língua de sinais), escrita (jornal, revista, livro, carta, apostila, incluindo textos em braile, uso do computador portátil), virtual (acessibilidade digital);
- *Acessibilidade metodológica*: eliminação de barreiras em métodos e em técnicas de estudo (escolar), trabalho (profissional), ação comunitária (social, cultural, artística) ou educação dos filhos (familiar);

- *Acessibilidade instrumental*: eliminação das barreiras nos instrumentos, utensílios e ferramentas de estudo (escolar), de trabalho (profissional), de lazer e recreação (comunitária, turística, esportiva);
- *Acessibilidade programática*: eliminação das barreiras invisíveis embutidas em políticas públicas (leis, decretos, portarias), normas e regulamentos (institucionais ou empresariais);
- *Acessibilidade atitudinal*: eliminação de preconceito, estigma, estereótipo e discriminação, nos sujeitos em geral.

O autor afirma que a *acessibilidade tecnológica* não constitui outra modalidade de acessibilidade e sim o aspecto tecnológico que permeia as noções acima dispostas, com a exceção da *acessibilidade atitudinal*. Pode-se dizer que sociedade inclusiva é aquela que implementa, mesmo de forma gradativa, medidas de acessibilidade próprias dos contextos enumerados.

3.3. O conceito legal de acessibilidade

Com fundamento nos contextos citados, verifica-se, a partir do texto constitucional de 1988, a consolidação da *acessibilidade programática* no ordenamento jurídico brasileiro. O constituinte originário, com a finalidade de superar os históricos exemplos de negação dos direitos das pessoas com deficiência, enumerou vários dispositivos fundamentados no princípio da discriminação lícita. Para nossos propósitos neste presente trabalho, cabe reproduzi-los, a começar pelo art. 37, inciso VII, da CRFB/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Trata-se aqui de norma que dispõe sobre a *acessibilidade programática* no contexto da administração pública direta e indireta. Em seguida, no art. 227, § 2º, a CRFB/88 dispõe acerca da *acessibilidade arquitetônica*.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Em seguida, no art. 244, constante do Título IX, das Disposições Constitucionais Gerais, o constituinte originário determinou:

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

A legislação infraconstitucional referente às pessoas com deficiência, e de maneira, especial, ao direito à acessibilidade, passa a compor o ordenamento jurídico brasileiro já no ano seguinte à promulgação da CRFB/88. Interessante apontar no presente trabalho o art. 2º, inciso V, da Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração

social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências:

Art. 2º. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo Único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objeto desta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: [...]

Os diversos incisos e alíneas subsequentes tratam da garantia de acesso na área da educação, da saúde, da formação profissional e do trabalho, dos recursos humanos e das edificações. Entretanto, tamanhos avanços somente adquiriram eficácia jurídica após um interstício de 10 anos, de alguma forma revelador, quando passou a compor o ordenamento jurídico brasileiro o Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências. Nesse diploma legal, por várias vezes são mencionadas as condições de acesso necessárias às pessoas com deficiência. Ao se discutir o conceito de deficiência, bem como os aspectos concernentes ao concurso público, em suas especificidades relativas ao candidato com deficiência, o Decreto Federal nº 3.298/99 será retomado.

Ainda que outros diplomas infraconstitucionais tenham composto o ordenamento jurídico nacional, seguir-se-á aqui, em conformidade com os objetivos do presente trabalho, no sentido de apresentar o conceito legal da expressão *atendimento prioritário*, constante do

art. 2º, Parágrafo Único, da Lei Federal nº 7.853/89. De acordo com a Lei Federal nº 10.048, de 08 de novembro de 2000, pessoas com deficiência, idosos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo, receberão atendimento prioritário (art. 1º, *caput*). Essa lei trata, ainda, de *acessibilidade arquitetônica* e das multas decorrentes do inadimplemento das obrigações nela previstas.

As condições relativas à *acessibilidade arquitetônica* são novamente tratadas na Lei Federal nº 10.098, de 20 de dezembro de 2000. E, na medida em que esse diploma legal dispõe sobre normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida, também trata da *acessibilidade comunicacional* e da *acessibilidade instrumental*. Ao discorrer sobre as *ajudas técnicas* como instrumento de supressão de barreiras, o legislador foi, contudo, ainda bastante tímido. Lado outro, a Lei Federal nº 10.098/00 circunscreve a acessibilidade dentro da perspectiva de políticas públicas, ao determinar, no art. 22, a instituição, no âmbito da Secretaria de Estado de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, o Programa Nacional de Acessibilidade, com dotação orçamentária específica a ser definida em regulamento.

É exatamente por meio do Decreto Federal nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que regulamenta a Lei Federal 10.048, de 08 de novembro de 2000, e a Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que o legislador promove o detalhamento necessário de cada um desses conceitos, bem como de seus aspectos específicos. Assim, o mencionado Decreto dispõe, em seu art. 6º, *caput*, que o atendimento prioritário oferecido a pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida compreende tanto tratamento diferenciado quanto atendimento imediato. O mencionado diploma legal traz, nos incisos de seu art. 6º, § 1º, as situações nas quais será oferecido tratamento diferenciado às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Percebe-se que o direito ao atendimento diferenciado é consequência das características específicas – denominadas *necessidades especiais* – apresentadas pelas pessoas que dele são alvo. Nesse sentido, a expressão “dentre outros” presente no § 1º do referido artigo sugere uma interpretação extensiva, de modo

a não se considerar o rol dele constante como *numerus clausus*. O conceito de atendimento imediato se encontra expresso, lado outro, no § 2º do referido artigo. Entende-se como imediato o atendimento prestado às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida antes de qualquer outra, depois de concluído aquele que estiver em andamento.

Em relação à acessibilidade, o Decreto Federal nº 5.296/04 dispõe, no art. 8º, inciso I, que se trata da condição para utilização, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, dos espaços das edificações – entre outros espaços, instrumentos, serviços e sistemas, com segurança e autonomia, total ou assistida. Lado outro, o art. 8º, inciso VI, do mesmo diploma dispõe que são edificações de uso público “aquelas administradas por entidades da administração pública, direta e indireta, ou por empresas prestadoras de serviços públicos e destinadas ao público em geral”. O referido Decreto dispõe, em seu art. 19, *caput*:

Art. 19. A construção, ampliação ou reforma de edificações de uso público deve garantir, pelo menos, um dos acessos ao seu interior, com comunicação com todas as suas dependências e serviços, livre de barreiras e de obstáculos que impeçam ou dificultem a sua acessibilidade.

Ressalte-se que, independentemente da aprovação de pessoas com deficiência em concurso público, o prazo legal definido para que edificações de uso público já existentes possam garantir a acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida expirou – 30 (trinta) meses a contar da data de publicação do Decreto, conforme o art. 19, § 1º. As condições de acessibilidade incluem também os estacionamentos, consoante o art. 25, *caput*, do Decreto Federal nº 5.296/04:

Art. 25. Nos estacionamentos externos ou internos das edificações de uso público ou de uso coletivo, ou naqueles localizados nas vias públicas, serão reservados, pelo menos, dois por cento do total de vagas para veículos que transportem pessoa portadora de deficiência física ou visual definidas neste Decreto, sendo

assegurada, no mínimo, uma vaga, em locais próximos à entrada principal ou ao elevador, de fácil acesso à circulação de pedestres, com especificações técnicas de desenho e traçado conforme o estabelecido nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.

O dispositivo legal menciona, portanto, o percentual de vagas, os seus usuários, as características e localização, considerada a natureza das edificações e das vias e a proximidade em relação à entrada ou ao elevador.

4. A Comissão de Acessibilidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Ora, com a finalidade de tornar efetivo o princípio da igualdade preconizado pelo Estado Democrático de Direito, deve o Ministério Público adotar posturas condizentes com seu novo perfil e, em consequência, atuar em favor da promoção social. Mudanças sensíveis já ocorreram, e isso é fato. Contudo, outras que possam sedimentar sua nova *personalidade institucional*, na base, são ainda necessárias. Mazzilli afirma:

Apesar de todas as dificuldades, é preciso deixar claro que, nessas últimas décadas, tem sido o Ministério Público um dos que mais têm procurado um novo perfil institucional, que continua em constante evolução. Mas é mister maior legitimação que lhe dê respaldo social, e também é mister um trabalho bem feito e eficiente em todos os setores da atuação ministerial. O Ministério Público deve continuar à frente de sua própria reforma (não só no tocante às formas de atuação, como à sua própria organização interna), com a finalidade de acompanhar a evolução social, caso contrário, será inevitável que a própria sociedade faça aos poucos seus próprios ajustes e imponha suas próprias mudanças. E, para que o Ministério Público continue a remodelar-se, não basta limitar-se a discutir propostas de meras mudanças físicas nas Promotorias e Procuradorias, ou alterar-se uma ou outra atribuição funcional ou algum instrumento de atuação. É preciso também haver mudanças de base, seja na área constitucional e infraconstitucional, seja até mesmo na postura funcional dos membros do Ministério Público. (MAZZILLI, 2008, p. 43).

Gallupo entende que o princípio da igualdade, em determinada concepção de políticas (aparentemente compreensível como inscrita no conceito de políticas públicas), somente pode ser efetiva se considerar o caso concreto. O autor afirma:

Que tipo de discurso pode avaliar se políticas (e inclusive normas) que envolvam discriminação são ou não *injustas*, ou seja, se criam ou não desigualdade? Evidentemente, apenas os discursos de aplicação, que se realizam caso a caso, em que *todos os aspectos relevantes do caso concreto* podem ser avaliados (Habermas, 1994a:500) por todos os envolvidos, pode realizar tal avaliação (Godói, 1999:84). (GALLUPO, 2002, p. 50).

Assim, a PGJ empreendeu diversas ações com a finalidade de promover, no âmbito da instituição, a acessibilidade e, assim, tornar efetivo o *princípio da igualdade* tanto para membros e servidores com deficiência quanto para o público em geral. Por isso mesmo, em 09 de setembro de 2008, em Belo Horizonte, a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais se comprometeu perante o CAOPPDPI a promover a remoção de barreiras arquitetônicas das sedes do Ministério Público, promovendo nas unidades as adaptações necessárias, nos moldes da legislação e normas técnicas que regem a matéria e de acordo com prazos previstos. Quanto aos imóveis locados, a PGJ se comprometeu a diligenciar no sentido da realização das reformas necessárias ou, em caso de sua impossibilidade, de adotar providências administrativas para locação de edificações que atendam à legislação pertinente. Em ambas as hipóteses, as adaptações ocorrerão conforme cronograma definido.

A PGJ se comprometeu, também, a observar os requisitos relativos à acessibilidade nas aquisições e locações futuras, bem como a providenciar reserva de recursos necessários ao cumprimento do acordo, por meio de previsão na proposta do orçamento anual e ainda no Plano Plurianual de Ação Governamental – PPAG. Coube ao CAOPPDPI providenciar as vistorias e informações solicitadas pela PGJ e se manifestar, a qualquer tempo e modo, sobre a regularidade das construções e reformas em andamento ou concluídas. O TAC celebrado

compõe o Projeto Estruturador das Sedes Próprias do Ministério Público. Ainda que reconhecida a inegável importância dessa ação, retomaremos nosso foco.

4.1. A Comissão de Acessibilidade

A Resolução PGJ 26, de 1º de maio de 2008, instituiu Comissão responsável por apurar, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, as ajudas técnicas e outras medidas necessárias à implementação da acessibilidade de pessoas com deficiência à informação, à comunicação e ao trabalho. Conforme o art. 3º da Resolução 26/08, os trabalhos deveriam ser concluídos no prazo de 90 (noventa) dias a partir da publicação do ato normativo. Assim, uma vez concluídos os trabalhos, a PGJ expediu a Resolução PGJ 60, de 08 de outubro de 2008, com a qual instituiu Comissão para implementar, no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ajudas técnicas e outras medidas necessárias à acessibilidade de pessoas com deficiência à informação, à comunicação e ao trabalho. As ações empreendidas pela referida Comissão se encontram enumeradas abaixo.

4.1.1. Uso adequado da terminologia

A primeira providência adotada pela Comissão foi a apresentação da proposta de utilização da nova terminologia referente às pessoas com deficiência. É sabido que há notória distinção entre o uso de certos significantes no passado e no presente e, se ocorreu sensível mudança na maneira de se perceberem as pessoas com deficiência, deve-se mudar, por consequência, a terminologia. Ainda que a expressão “pessoa portadora de deficiência” figure na CRFB/88 e em normas infraconstitucionais, atualmente o termo “pessoa com deficiência” é reconhecido como o mais adequado para se referir a esse segmento e é compatível com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 06 de dezembro de 2006, por intermédio da Resolução A/61/611. O governo brasileiro é signatário do referido documento desde 30 de março de 2007, na cidade de Nova York, nos Estados Unidos. A Convenção passou a integrar o ordenamento

jurídico brasileiro com promulgação, em 09 de julho de 2008, do Projeto de Decreto Legislativo 90/08. Outro aspecto diz respeito à distinção e à correlação entre os conceitos de “deficiência” e de “incapacidade”. Pode-se perceber uma relação causal entre ambos, encontrada de modo restritivo, de acordo com Fávero, na CIDID, de 1989. De acordo com a autora, a CIDID:

[...] para caracterizar a deficiência, transitória ou permanente, exige a 'perda ou anormalidade' de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica. E ao definir 'incapacidade', não o faz de forma a confundi-la com a própria deficiência, mas, sim, como a restrição *resultante* da deficiência, sempre aliada a algo específico, ou seja, 'incapacidade para andar', 'incapacidade em relação à audição'. (FÁVERO, 2004, p. 25).

O legislador brasileiro adota essa correlação ao dispor sobre o conceito legal de deficiência no art. 3º do Decreto nº 3.298/99:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Nesse sentido, de acordo com o art. 5º, § 1º, inciso I, do Decreto Federal nº 5.296/04, considera-se “pessoa portadora de deficiência,

além daquelas previstas na Lei 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade”. Para fins de identificação de cada tipo de deficiência, adotava-se a definição do art. 4º do Decreto Federal nº 3.298/99, com alterações dadas pelo art. 70 do Decreto Federal Nº 5.296/04. Contudo, esclarece Gugel:

A definição introduzida pelo decreto n. 3.298/99 está amparada no princípio da normalização do indivíduo que deu apoio, a partir da década de 1960, ao movimento de crítica que levou a sociedade a retirar as pessoas com deficiência das instituições em que eram mantidas segregadas. (GUGEL, 2006, p. 31).

Consoante a perspectiva do modelo de integração acima apresentada, tem-se que “referida concepção, ainda que considerada um avanço, não reflete o reconhecimento de que a pessoa com deficiência é sujeito de direitos e, portanto, deve gozar das mesmas e todas oportunidades disponíveis na sociedade” (GUGEL, 2006, p. 31). E assim deve ser, independentemente do tipo ou grau da deficiência. Em consonância com a autora, a nova diretriz foi conferida pelo Decreto Legislativo nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, com o qual foi promulgada a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ou Convenção da Guatemala.

Outro instrumento que apresenta a relação entre os conceitos de “deficiência” e de “incapacidade” é oferecido pela CIF, elaborada por profissionais da OMS. Em conformidade com a CIF, deficiências correspondem a alterações relativas ao padrão geralmente aceito como estado biomédico normal do corpo e funções e são: temporárias ou permanentes; progressivas, regressivas ou estáveis; intermitentes ou contínuas. Essas alterações em relação ao modelo têm por base a população, podem ser leves ou graves e variar ao longo do tempo. Para o texto da CIF, do ponto de vista médico, deve-se ter em mente que a deficiência não é equivalente à patologia subjacente, mas sim às manifestações dessa patologia. Ou seja, a deficiência não guarda relação causal com a etiologia ou a forma como se desenvolveu. Assim, a perda de visão ou membro pode resultar de anormalidade.

A deficiência pode ser parte ou expressão de uma condição de saúde, mas não indica, necessariamente, a presença de doença ou que o indivíduo deve ser considerado doente.

Importante ressaltar que a deficiência é classificada a partir da utilização de critérios de identificação definidos (se presente ou se ausente, de acordo com o valor limiar). Esses critérios são os mesmos para as funções e as estruturas do corpo: (a) perda ou ausência; (b) redução; (c) aumento ou excesso e (d) desvio. Uma vez que a deficiência esteja presente, pode ser graduada em termos de gravidade. Nesses termos, fatores ambientais interagem com as funções do corpo (por exemplo, qualidade do ar e respiração, luz e visão, sons e audição, estímulos que distraem a atenção, textura do pavimento e equilíbrio, temperatura do ambiente e regulação da temperatura do corpo).

Já a capacidade, para a CIF, descreve a aptidão do indivíduo para executar uma tarefa ou uma ação e indica o nível máximo provável de funcionalidade que a pessoa pode atingir em dado momento. Para se avaliar a capacidade plena do indivíduo, deve-se partir de ambiente “padronizado” para neutralizar o impacto variável dos diferentes ambientes sobre a capacidade do indivíduo. Lado outro, o desempenho descreve a qualidade da ação realizada pelo indivíduo em seu ambiente de vida habitual (portanto, o desempenho pode ser entendido como “o envolvimento em uma situação de vida” ou “a experiência vivida pela pessoa no contexto real em que vive”). O ambiente deve incluir o contexto social e, como visto acima, os fatores ambientais.

A diferença entre a capacidade e o desempenho reflete, portanto, a diferença entre os impactos do ambiente atual e os do ambiente uniforme, dado que proporciona orientação útil sobre o que pode ser feito no ambiente do indivíduo para melhorar seu desempenho. Certamente, a presença da deficiência pode modificar a própria condição de saúde. Porém, inferir uma limitação da capacidade devido a uma ou mais deficiências, ou uma restrição de desempenho por causa de uma ou mais limitações, pode não ser razoável. Por exemplo, uma pessoa pode:

- não apresentar deficiência, porém, ter limitação de capacidade e diminuição de desempenho, devido à manifestação de alguma doença;
- não apresentar deficiência ou limitação de capacidade, porém, ter diminuição de desempenho, devido a fatores psicológicos, ambientais e sociais;
- apresentar deficiência, sem que haja limitação de capacidade e diminuição de desempenho, caso utilize tecnologia assistiva e o ambiente seja favorável;
- apresentar deficiência, limitação de capacidade e também diminuição de desempenho, caso não faça uso de tecnologia assistiva ou em decorrência de fatores ambientais.

Cumpra-se apontar que a mencionada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência segue parâmetros idênticos:

Artigo 1.

[...]

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Assim, na medida em que a deficiência é considerada alteração relativa ao estado biomédico normal do corpo e de suas funções, geralmente aceito como padrão, há que se falar em apresentá-la ou não. Ou seja, não há gradações em relação ao fato de se apresentar ou não uma deficiência. Há, sim, gradações em termos de gravidade da deficiência. Por sua vez, se a capacidade descreve a aptidão do indivíduo quando da execução de uma tarefa, em termos de nível de funcionalidade possível, poder-se-á falar em maior ou menor capacidade, ou mesmo em ausência desta (sempre em razão da tarefa a ser executada). Por fim, o desempenho descreve a qualidade da ação do indivíduo em seu ambiente. Nesse sentido, é possível caracterizá-lo em diversos níveis, desde o pior

até o melhor (considerada em todas as situações a influência do próprio ambiente). Gugel entende que a influência do ambiente é fundamental para o possível agravamento da deficiência, conforme preconizado pelo *modelo social* mencionado:

É certo que se o ambiente externo (pessoas reunidas em comunidades, a arquitetura urbana, o transporte coletivo, as ferramentas de apoio para o trabalho, entre outros elementos) for favorável, estiver adaptado e pronto para receber, interagindo com a pessoa com deficiência, eventuais limitações serão superadas. (GUGEL, 2006, p. 31).

A CIDID define, ainda, o conceito de *desvantagem* como “a situação em que fica a pessoa que tem deficiência por ausência de condições favoráveis do meio” (Fávero, 2004, p. 25). Ainda em conformidade com a autora, “a CIDID faz muito bem em distinguir a desvantagem para lembrar que a pessoa com deficiência tem a sua situação mais ou menos agravada, conforme as condições do meio que lhe sejam mais ou menos favoráveis” (Fávero, 2004, p. 28) e por isso se fazem necessárias as medidas compensatórias.

4.1.2. Ações para ingresso do membro ou servidor

Com alicerce no mencionado art. 37, inciso VII, da CRFB/88, a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão. Gugel afirma:

Trata-se de comando constitucional a exigir regramento próprio para a sua plena execução, posto que de natureza contida. Para normas dessa natureza o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à demanda da matéria, mas deixou margem à ação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer, ou nos termos de conceitos gerais enunciados. (GUGEL, 2006, p. 71).

Assim, de acordo com o art. 1º, *caput*, da Lei Estadual nº 11.867, de 28 de julho de 1995, a administração pública direta e indireta

do Estado de Minas Gerais reservará 10% (dez por cento) dos cargos ou empregos públicos, em todos os níveis, para pessoas com deficiência. Cumpre ressaltar que, consoante o art. 37 do Decreto Federal nº 3.298/99, fica assegurado o direito de inscrição em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência em igualdade de condições com os demais candidatos. Portanto, o candidato com deficiência pode concorrer a todas as vagas previstas no Edital do concurso, condição que torna censurável a prática de indicação de cargos a serem disputados, conforme expresse comando legal.

Nesse sentido, constitui discriminação ilícita limitação do acesso do candidato com deficiência a apenas alguns dos cargos oferecidos. O entendimento adequado é o de que, caso haja em alguma especialidade a previsão de uma vaga, a administração deve verificar quantos são os servidores com deficiência integrantes dos quadros naquela especialidade. Constatado que esse número é significativo e compatível com o percentual mínimo legal, admissível não haver reserva naquela especialidade. Todavia, caso fique comprovada a inexistência de servidor com deficiência na especialidade, recomenda-se que a vaga seja reservada. Lado outro, caso haja diversas especialidades, deve-se distribuir o número de vagas reservadas de modo proporcional ao número de vagas disponíveis em cada uma (GUGEL, 2006). Conforme discutido, desnecessário afirmar que as provas devem ser realizadas em local acessível, em conformidade com os dispositivos legais e as normas técnicas que disciplinam a matéria. De acordo com o art. 39, do Decreto Federal nº 3.298/99:

Art. 39. Os editais de concursos públicos deverão conter:

[...]

IV – exigência de apresentação, pelo candidato portador de deficiência, no ato da inscrição, de laudo médico atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença – CID, bem como a provável causa da deficiência.

Isso significa que em relação aos concursos públicos a caracterização da deficiência é promovida por meio de laudo médico comprobatório da condição. Sem tal documento, não se pode caracterizar se há, ou não, a deficiência. E essa situação, como não poderia deixar de ser, é incontroversa, haja vista a jurisprudência do TJMG:

EMENTA: Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Candidato inscrito como portador de deficiência. Falta de apresentação tempestiva do laudo médico exigido. Descumprimento de regras do edital. Inexistência do direito líquido e certo de concorrer às vagas reservadas. O ato convocatório (edital) constitui a lei interna do concurso público, cuja observância rigorosa é imposta aos candidatos e à Administração. Ao candidato que se inscreveu como portador de deficiência no concurso público realizado pelo Tribunal de Justiça, para provimento de cargos de Oficial Judiciário, não se reconhece o direito de concorrer às vagas reservadas quando não cumpridas, tempestivamente, as normas do item 4 e do subitem 4.1 do Capítulo V do Edital nº 001/2007, referentes à apresentação de laudo médico original, expedido no prazo de noventa dias antes do término das inscrições, atestando a espécie e o grau ou nível da deficiência, com expressa referência ao código correspondente da Classificação Internacional de Doença - CID, bem como a provável causa da deficiência. Denega-se a segurança. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 1.0000.07.465584-6/000(1). Relator: Des. Almeida Melo. Belo Horizonte, 9 de julho de 2008. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 8 ago. 2008).

Caso o candidato seja considerado inapto nos exames médicos ou, ainda, não tenha caracterizada a sua deficiência e se sinta inconformado, poderá apelar da decisão. Neste sentido, o entendimento do TJMG:

EMENTA: ORDINÁRIA - CONCURSO PÚBLICO - EXAME MÉDICO - INAPTIDÃO - LAUDO PERICIAL - APTIDÃO. - Não obstante o autor, ora apelado, ter sido considerado inapto para o cargo de artífice de manutenção (mecânica) na segunda etapa do processo seletivo realizado pela CBTU, quando da realização dos exames médicos, o laudo pericial realizado é conclusivo ao infor-

mar que o autor, ora apelado, tem plenas condições de exercer a função para a qual foi aprovado em primeira etapa. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 2.0000.00.500502-9/000(1). Relatora: Des^a. Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 17 de novembro de 2005. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 21 jan. 2006).

Decorre daí que o indeferimento de inscrição por suposta incompatibilidade entre as funções do cargo e a deficiência do candidato fere expressa disposição de lei, bem como contraria o espírito das normas de proteção da pessoa com deficiência. Ora, não são raras as decisões no sentido de coibir tal prática. Isto porque ao longo das provas é que o candidato demonstrará sua capacidade intelectual e física (para cargos que exigem habilidades desta natureza). Aprovado o candidato, a avaliação do potencial de trabalho ocorrerá durante o estágio probatório, consoante as diretrizes do art. 20 da Lei Federal nº 8.112/90. Ademais, o desempenho do servidor com deficiência não pode ser considerado insatisfatório por falta de ajudas técnicas, quando não providas pelo órgão público.

Os aspectos atinentes à caracterização da deficiência são aferidos pela comissão de concurso, para o fim de admitir ou não a disputa do candidato à vaga reservada. Nesse sentido, o órgão responsável pela realização do concurso contará com assistência de equipe multiprofissional composta por 03 (três) profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, dos quais 01 (um) médico, e 03 (três) profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato. (art. 43 do Decreto nº 3.298/99). A equipe será designada assim que constatada inscrição de candidato com deficiência, perdurando a atuação durante o estágio probatório. Isso, a fim de emitir parecer sobre informações prestadas no ato da inscrição, natureza das atribuições e viabilidade das adequações do ambiente de trabalho e adoção de ajudas técnicas, além de analisar, durante o estágio probatório, o potencial de trabalho do servidor com deficiência.

4.1.3. Ações para o membro ou servidor

O passo seguinte foi elaborar Questionário a ser aplicado pela DDRH. À época da elaboração do presente estudo a DDRH, realizara contato com 64 (sessenta e quatro) servidores com deficiência – dos quais 11 (onze) com deficiência auditiva, 37 (trinta e sete) com deficiência física e 16 (dezesseis) com deficiência visual – e com 02 (dois) membros com deficiência física e 01 (um) com deficiência auditiva. O contato teve por finalidade levantar os recursos necessários ao adequado desempenho do membro ou dos servidores. Após a adoção das medidas cabíveis, novo contato efetuado pela DDRH objetivava certificar se a solução proposta fora eficaz.

A DDRH foi responsável, ainda, pela estruturação de rotina de acompanhamento dos servidores com deficiência recém-admitidos. A rotina ficou inicialmente organizada do seguinte modo: à DPAD caberia publicar a nomeação no Diário Oficial e informar ao aprovado a nomeação e os procedimentos necessários à posse. Em seguida, o Departamento Médico realizaria a perícia e informaria o resultado à DPAD e à Assessoria Psicossocial (setor de apoio aos servidores criado em 2009). A DPAD daria, então, posse ao servidor e o encaminharia à Assessoria Psicossocial. Nesta, haveria aplicação de questionário específico, contendo os recursos necessários ao servidor, o lançamento das formações em Banco de Dados local. Após, o servidor será encaminhado à DDRH, com as informações relevantes à definição de lotação, além das eventuais necessidades especiais à Diretoria-Geral para providências. Por fim, seriam enviadas orientações à chefia imediata do novo servidor com deficiência, com acompanhamento periódico. Essa rotina passará ainda por reformulações. Outra medida adotada, também com a perspectiva de melhoria do atendimento ao público, é o projeto de elaboração de Cartilha com diversas dicas para a convivência com a diversidade. A Cartilha conterá elementos gerais sobre como lidar com as pessoas com deficiência e particulares, ou seja, a respeito de como agir em situações nas quais haja uma pessoa com certo tipo de deficiência.

4.1.4. Ações para o público

O art. 5º, *caput*, do Decreto Federal nº 5.296/04, dispõe:

Art. 5º Os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Em conformidade com o art. 6º, *caput*, do mesmo diploma, o atendimento prioritário compreende tratamento diferenciado e atendimento imediato. Em seguida, o dispositivo trata das situações por meio das quais se oferecerá tratamento diferenciado às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Percebe-se, de modo claro, que o atendimento diferenciado é consequência das características específicas – denominadas necessidades especiais – apresentadas pelas pessoas que dele são alvo. Nesse sentido, a expressão “dentre outros”, presente no § 1º do referido artigo, sugere uma interpretação extensiva, de modo a não se considerar o rol nele constante como *numerus clausus*. Por seu turno, o conceito de atendimento imediato se encontra expresso no § 2º do referido artigo, entendido como o atendimento prestado às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida antes de qualquer outra, depois de concluído aquele que estiver em andamento.

Nesses termos, iniciou-se em 11 de agosto de 2009 o Curso de LIBRAS, para 30 (trinta) participantes, entre membros e servidores da Instituição, com previsão de término em 10 de dezembro de 2009. O curso, ministrado na Sede da Procuradoria-Geral de Justiça, no horário das 18h10 às 21h15, ocorreu em dois dias da semana (às terças e quintas). A iniciativa teve o objetivo de remover barreiras na comunicação e assegurar eficiente atendimento a pessoas com deficiência auditiva nos órgãos do Ministério Público e foi resultado de levantamento levado a efeito pela Comissão instituída pela Resolução PGJ 62/08. Para essa primeira capacitação, foram contemplados setores estratégicos por sua área de atuação ou pelo expressivo atendimento ao público, a saber: Superintendência de Recursos Humanos, Departamento de Perícia Médica e Saúde

Operacional, Comissão de Concurso, CAOPPD, CEAT, Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, Corregedoria-Geral de Justiça, Gabinete do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional, Gabinete do Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo, Assessoria de Comunicação, Procon Estadual, Promotoria de Justiça – Juízo de Família, Promotoria de Justiça – Juízo de Tóxicos, Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa da Infância e Juventude, Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Idosos da Capital, Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, Promotoria de Justiça do Cidadão Especializada na Defesa dos Direitos Humanos, de Apoio Comunitário e de Conflitos Agrários, Secretaria das Promotorias de Justiça da Capital, Ouvidoria, Juizado Especial Criminal e CEAF.

5. Conclusão

O advento da Constituição Federal de 1988 marca um período de inquestionáveis conquistas da sociedade brasileira, nos mais diversos âmbitos. A sedimentação do modelo do Estado Democrático de Direito possibilitou a consolidação de mudanças institucionais imprescindíveis para a concretização gradativa de direitos e garantias fundamentais. Assim é que, a partir do texto constitucional, o Ministério Público adquiriu novos contornos e uma organização tal que o coloca na vanguarda daquelas instituições que possuem por finalidade a defesa da sociedade brasileira. O Ministério Público, portanto, muito mais do que mero guardião da lei, passou a ser legítimo protagonista do efetivo processo de consolidação do regime democrático.

Nesses termos, cabe ao Ministério Público não apenas o cumprimento dos preceitos constitucionais com o objetivo de reprimir os desmandos praticados contra a sociedade. Ou seja, a função própria de uma instituição demandista, com atuação inegavelmente firme nas questões processuais, tornou-se somente fração de suas atribuições. Ao lhe conferir nova roupagem, a CRFB/88 atribuiu ao Ministério Público função resolutiva, como instituição responsável pela efetiva garantia do *princípio da igualdade*. Como

consequência, inicia-se profunda discussão sobre a competência institucional na formulação e no acompanhamento de políticas públicas. É sabido que lhe cabe inequivocamente a fiscalização do cumprimento das diretrizes orçamentárias e do devido emprego dos recursos públicos pela administração. Entretanto, a discussão segue na perspectiva de que a atuação ministerial passou a se dar não mais apenas *a posteriori*, quando constatada lesão aos direitos dos cidadãos e da sociedade. A atuação *a priori* é, cada vez mais, reconhecidamente necessária.

Ora, com base em determinada concepção, políticas públicas são instrumentos privilegiados – dada sua complexidade – de promoção e transformação social e, com efeito, de consolidação de princípios fundamentais inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, em especial o *princípio da igualdade*. Isso porque permitem que o componente revolucionário essencial desse modelo torne-se efetivas ações e deixe de ser algo adstrito à esfera formal para, então, circunscrever-se à esfera material e ao cotidiano dos cidadãos. E o Ministério Público resolutivo não pode se eximir de participar desse processo, caso de fato pretenda ocupar o lugar que lhe fora reservado pelo texto constitucional de 1988.

Outra grande novidade trazida pelo constituinte originário é exatamente a maneira de se lidar com as pessoas com deficiência e seus direitos. Se anteriormente esse segmento estava relegado à posição de objeto da tutela estatal, com a gênese do paradigma do Estado Democrático de Direito ascendeu à categoria, como tantos outros segmentos, de sujeitos de direitos. Essa a razão pela qual se verificam diversos dispositivos que buscam assegurar às pessoas com deficiência medidas compensatórias da histórica exclusão social a que foram submetidas. E os tantos dispositivos que refletem a discriminação lícita de que atualmente são alvo, presentes na legislação infraconstitucional, são a manifestação expressa das suas conquistas. O reconhecimento da acessibilidade como elemento ímpar e, portanto, angular da efetiva inclusão social das pessoas com deficiência e, como resultado, da concretização do *princípio da igualdade*, é inquestionavelmente a maior dessas conquistas.

Portanto, em cumprimento à personalidade institucional adquirida com o paradigma do Estado Democrático de Direito, qual seja, a de defensor da sociedade e dos interesses coletivos e difusos, não pode o Ministério Público esquivar-se de exigir que os espaços públicos se tornem acessíveis. Ademais, tal obrigatoriedade o absorve também. Mais do que cobrar dos entes públicos a acessibilidade e a concretização do direito primário de ir e vir das pessoas com deficiência, deve a instituição fazer com que seus próprios espaços – sejam objetivos ou subjetivos – sejam acessíveis. Por isso, ao reconhecer a obrigatoriedade, como órgão da Administração pública, de se promover a acessibilidade em todos os seus setores, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio das resoluções 26 e 60, ambas de 2008, assume efetivamente seu papel resolutivo e de vanguarda. A perspectiva da Comissão instituída pelos instrumentos normativos é a de garantir não somente *acessibilidade arquitetônica*, mas também as outras modalidades (*comunicacional, programática, metodológica, instrumental e atitudinal*) às pessoas com deficiência. Pode-se dizer que as ações empreendidas pela Comissão de fato proporcionam a concretização do *princípio da igualdade* para membros e servidores com deficiência, candidatos com deficiência a membros e servidores e ainda para o público com deficiência.

A diversidade dos setores envolvidos na composição da Comissão possui por exata finalidade abarcar todos os aspectos da acessibilidade mencionados, de modo que não se perca de vista nenhum deles. E isso, desde a estruturação do concurso para ingresso do membro ou servidor, passando pela avaliação para caracterização da deficiência realizada pela Comissão do concurso (inclusive durante o estágio probatório) e no exercício de suas funções. A Comissão tem por pressuposto, como apontado, que a *incapacidade* decorrente da *deficiência* não pode ser agravada pelo ambiente e, como consequência, trazer prejuízo ao *desempenho* do membro ou do servidor, por estrita ausência dos recursos necessários. A ausência de acessibilidade torna a pessoa com deficiência, sem sombra de dúvida, muito mais incapaz, uma vez que lhe faltam os recursos necessários para o bom desempenho de suas atividades. Nesse sentido em particular, a acessibilidade é fator imprescindível para a concretização dos direitos assegurados às pessoas com deficiência.

Cabe ressaltar, contudo, que os dispositivos legais que tratam da acessibilidade não se encontram esparsos, em diplomas legislativos diversos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, a perspectiva da acessibilidade, dada sua insofismável importância, está circunscrita à condição de política pública e estruturada, pois, como *acessibilidade programática*. Tal constatação, por si, não é suficiente para dirimir a controvérsia acerca do limite da atuação ministerial frente às políticas públicas. Principalmente porque é possível que alguém insista em apontar a instituição da Comissão de Acessibilidade como mero aspecto de cumprimento de obrigação prevista em lei. Dentro de uma concepção legalista, ou demandista, do Ministério Público, é possível sim considerar essa óptica. Mesmo porque a instituição não poderia se eximir de cumprir os dispositivos legais.

Fato é que, ao instituir Comissão, por meio de disposição normativa, responsável por levantar as demandas dos membros e servidores com deficiência, bem como daquelas pessoas com deficiência que poderão ingressar na instituição ou buscar seus serviços, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais cumpre sua função de promoção social e de defesa dos interesses coletivos do segmento. Assim, na condição de protagonista, exerce de um modo marcante seu papel na transformação do estado de coisas vigente. A Comissão de Acessibilidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais é, portanto, expressão do reconhecimento da imperiosa exigibilidade de se concretizarem direitos assegurados no texto constitucional de 88. A sua redação conduz inexoravelmente a tal fim, haja vista se verificar a presença de verbos que ensejam efetiva atuação. Se considerarmos que o constituinte originário optou por verbos que, mais do que coibirem a discriminação, apontam para a realização de ações de discriminação lícita e, nesses termos, de aplicação de medidas compensatórias, a iniciativa ministerial segue nessa perspectiva. Inegavelmente as ações empreendidas pela Comissão tornarão concreto o *princípio da igualdade* preconizado pelo Estado Democrático de Direito e também de fundamentos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a cidadania (em seu sentido hodierno mais amplo) e a dignidade da pessoa humana.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Ministério Público e o combate articulado e sistematizado das causas geradoras de desigualdades sociais (art. 3º e art. 127, *caput*, da CF/88): da perícia para as estatísticas e os indicadores sociais: necessidade de planejamento institucional e fiscalização orçamentária. *MPMG Jurídico*: Belo Horizonte, ano 3, p. 44-46, jan./fev./mar. 2008. Edição Especial – 20 anos da Constituição Federal.

_____. Princípios, Garantias, deveres e Atribuições. In: MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. *Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2008. p. 59-108.

CARRETEIRO, Tereza Cristina. A doença como projeto: uma contribuição à análise de formas de filiações e desfiliações sociais. In: SAWAIA, Bader (Org.) *As Artimanhas da Exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 87-96.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIRECÇÃO-GERAL DA SAÚDE DE PORTUGAL. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Lisboa, 2004.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com Deficiência: garantia da igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA Ed., 2004.

FRANCO DE ALMEIDA, Renato. Política, Direito e Ministério Público. *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, ano 3, p. 12-14, jan./fev./mar. 2008. Edição Especial – 20 anos da Constituição Federal.

FILOMENO, José Geraldo Brito Filomeno. Ministério da Cidadania: o Ministério Público como guardião da cidadania. *Revista do Ministério Público de Goiás*, Goiânia, ano 2, n. 3, abr. 1998. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/revista03_texto15.shtm>. Acesso em: 12 mar. 2010.

GALLUPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Concurso Público: reserva de cargos e empregos públicos, administração pública direta e indireta*. Goiânia: Ed. da UCG, 2006.

JOVCHELOVITCH, Sandra. *Representações Sociais e Esfera Pública*. Petrópolis: Vozes, 2000.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. Algumas considerações sobre os vinte anos do novel perfil constitucional do Ministério Público brasileiro. *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte, ano 3, p. 10-11, jan./fev./mar. 2008. Edição Especial – 20 anos da Constituição Federal.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Uma Nova Visão do Ministério Público Brasileiro Pós-1988. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, ano 3, p. 41-43, jan./fev./mar. 2008. Edição Especial – 20 anos da Constituição Federal.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. A Igualdade e as Ações Afirmativas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 1, p. 23-26, jan./jun. 2003.

RATZKA, Adolf. A História da Sociedade Inclusiva na Europa. In: Seminário Internacional Sociedade Inclusiva, 1., 2001, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2001, p. 21-28.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão no Lazer e no Turismo*: em busca da qualidade de vida. São Paulo: Áurea, 2003. 128 p.

TREVISAN, Andrei Pittol and Van Bellen, Hans Michael Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Rev. Adm. Pública*, Jun 2008, vol. 42, nº. 3, p. 529-550.

VENTURI, Elton. O Ministério Público em busca de sua personalidade institucional: a problemática harmonização entre a independência funcional e a unidade. *MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, ano 3, p. 52-54, jan./fev./mar. 2008. Edição Especial – 20 anos da Constituição Federal.

WANDERLEY, Mariângela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). *As Artimanhas da Exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 16-26.

Artigo enviado em: 23/03/2010

Artigo aprovado em: 02/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120012

DIREITO COLETIVO COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

ARGUMENTOS JURÍDICOS E PREMISSAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DA POLUIÇÃO SONORA COMO CRIME AMBIENTAL

LUCIANO JOSÉ ALVARENGA

Professor de Direito Ambiental
Centro de Atualização em Direito/Universidade Gama Filho, Brasil
ljalvarenga@gmail.com

SIMONE QUEIROZ DA SILVEIRA HIRASHIMA

Doutoranda em Arquitetura e Urbanismo
Universidade de São Paulo, Brasil
simoneqs@yahoo.com.br

1. Acórdão comentado

Habeas Corpus n. 159329/MA

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Órgão julgador: Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ART. 54, § 2º, INCISO IV, DA LEI N. 9.605/98. POLUIÇÃO SONORA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA. CONDUTA TÍPICA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA PELA DENÚNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, que há imputação de fato penalmente atípico,

a inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria do delito ou, ainda, a extinção da punibilidade. 2. O Impetrante alega falta de justa causa para a ação penal porque a poluição sonora não foi abrangida pela Lei n. 9.605/98, que trata dos crimes contra o meio ambiente. Entretanto, os fatos imputados ao Paciente, em tese, encontram adequação típica, tendo em vista que o réu é acusado de causar poluição em níveis tais que poderiam resultar em danos à saúde humana, nos exatos termos do dispositivo legal apontado na denúncia. 3. Uma vez que a poluição sonora não é expressamente excluída do tipo legal, acolher a tese de atipicidade da conduta, nesses moldes, ultrapassa os próprios limites do *habeas corpus*, pois depende, inexoravelmente, de amplo procedimento probatório e reflexivo, mormente porque a denúncia, fundamentada em laudo pericial, deixa claro que a emissão de sons e ruídos acima do nível permitido trouxe risco de lesões auditivas a várias pessoas. 4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Senhora Ministra Relatora.

Data do julgamento: 27 de setembro de 2011.

2. Objetivos, Marco Teórico e Procedimentos Metodológicos

Discute-se no presente ensaio a classificação da poluição sonora como crime ambiental, nos termos do art. 54 da Lei Federal nº. 9.605/1998. Com esse objetivo, empreendem-se: (a) uma breve revisão acerca da literatura jurídica sobre o tema; (b) uma análise da jurisprudência, mormente do sobredito precedente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ); (c) um estudo das diretrizes da Organização Mundial de Saúde (World Health Organization – WHO) e das recomendações da Norma Técnica NBR 10151, da Associação

Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Tendo em vista a construção de uma visão crítica acerca do tema enfocado, adota-se como marco teórico o conceito de efetividade proposto por Sander (1982, p. 13), para quem efetivo concerne a algo

[...] real, verdadeiro, que causa efeito concreto [...] refletindo a capacidade de resposta ou de atendimento às exigências da comunidade externa expressas politicamente. Em outras palavras, a efetividade é o critério de desempenho que mede a capacidade de produzir a solução ou resposta desejada pelos participantes da comunidade.

Considerando-se o conforto acústico como uma “demanda social”, tendo em vista a “sadia qualidade de vida”, analisa-se em que medida a classificação da poluição sonora como crime, nos termos da Lei n. 9.605/1998, poderia contribuir para ampliar as condições de efetividade da tutela do meio ambiente, esse bem jurídico assegurado expressamente pelo art. 225, *caput*, da Constituição da República/1988.

Adotam-se, para tanto, os procedimentos metodológicos atinentes à “análise de conteúdo”, considerados adequados para a elaboração de recensões críticas de textos da literatura jurídica e da jurisprudência, conforme orientações de Gustin & Dias (2006, p. 109).

3. Comentários

3.1. Análise Jurídica

A Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Segundo o art. 54 dessa lei, considera-se crime a conduta de causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. A pena estabelecida é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro)

anos, e multa. Se o crime for culposos, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Em função desse tipo penal, várias situações tipicamente reconhecidas como poluição ambiental, como o derramamento de efluentes tóxicos em curso d'água ou a contaminação do solo por materiais perigosos, têm sido objeto da devida repressão penal. Cumpre-se, assim, o preceito do art. 225, § 3º, da Constituição da República/1988, segundo o qual as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, além da obrigação de reparar os danos causados, a sanções administrativas e penais.

Entretanto, ainda existe alguma discussão em torno da classificação da poluição sonora como crime ambiental, à luz do art. 54 da Lei nº 9.605/1998. Pode-se afirmar que essa discussão deriva, em parte, do fato de o art. 59 do projeto que deu origem à referida norma, e que tratava especificamente da questão da poluição sonora, ter sido vetado. Dessa maneira, alguns juristas compreendem que não seria tecnicamente correto classificar a forma de poluição em foco como crime ambiental. Um dos defensores dessa linha de raciocínio é Paulo Luciano Maia Marques, juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Para o magistrado, não se pode enquadrar a poluição sonora no tipo penal do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais, pois:

Tal interpretação extensiva, provocada por um alargamento da abrangência do delito previsto no art. 54 para abarcar também fatos relacionados à poluição sonora, mostra-se amplamente inadmissível, pois fere o princípio da legalidade, implica analogia contra o réu e denota um abuso contra as liberdades individuais dos cidadãos, manifestando-se como mais uma expressão daqueles que têm ânsia por regular a sociedade sob a força do autoritarismo. [...]

Ora, se o dispositivo que especificamente tratava do delito de poluição sonora (art. 59) na Lei nº 9.605/98 recebeu veto presidencial, não existe fato típico previsto no ordenamento jurídico pátrio envolvendo tal conduta, ainda mais quando, nas razões do veto, ficou claro que ele se deu porque já existe na Lei de Contravenções Penais tipificação mais apropriada para o delito em comento.

Tentar abarcar a conduta prevista no dispositivo vetado no tipo abrangente do art. 54 da Lei nº 9.605/98 ainda incide em outro erro posto que se estaria buscando na interpretação analógica extensiva de um tipo vago, extremamente criticado por ferir o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, o enquadramento de uma conduta que o próprio Estado ao legislar quis expressamente deixar a lacuna, descriminalizando-a pelo veto presidencial. (MARQUES, 2005).

Ainda de acordo com essa visão, os casos de poluição sonora deveriam ser apreciados exclusivamente à luz do art. 42 da Lei de Contravenções Penais, que trata da perturbação ao trabalho e ao sossego alheios.

Todavia, os argumentos oferecidos pelo sobredito jurista não têm consistência diante da redação clara do art. 54 da Lei nº 9.605/1998, que se refere expressamente à “poluição de qualquer natureza”. Essa previsão inclui, à obriedade, a poluição sonora. Aplica-se aqui o brocardo jurídico que diz: “Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.” (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Transportando-o para a análise da presente questão, isso quer dizer que, diante do caráter amplo do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais, o intérprete não está tecnicamente autorizado a restringir o campo de aplicabilidade do preceito, excluindo desse campo um dos tipos de poluição, a poluição sonora. Com efeito, seguindo a lição da hermenêutica jurídica:

Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas. (MAXIMILIANO, 2002, p. 203).

Na literatura dedicada ao Direito Ambiental, esse entendimento também vem sendo difundido. Para Cappelli (2007), por exemplo, a poluição sonora enquadra-se no conceito jurídico geral de poluição, estabelecido pelo art. 3º, III, da Lei Federal nº 6.938/1981, que fixa

as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Nas palavras da mencionada jurista:

Ora, do conceito legal de poluição, verifica-se que é a alteração adversa do meio ambiente capaz de prejudicar a saúde ou causar mal-estar à população. Essa poluição é de qualquer natureza, como aquela advinda do lançamento de matéria ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

[...]

Verifica-se, pois, tanto pelo conceito legal quanto doutrinário, que a poluição é a alteração diversa do meio ambiente, aí compreendida não só a lesão ao meio ambiente natural, como também àquele construído pelo homem, com ou sem valor cultural. Os destinatários da proteção ambiental decorrente da norma que conceitua poluição são, indistintamente, o meio ambiente (nas suas condições estéticas ou sanitárias e na obediência aos padrões de qualidade e emissão); a biota e a população (na sua *saúde*, segurança e *bem-estar* e nas suas atividades sociais e econômicas).

Em suma, conclui-se que a poluição sonora, sendo o lançamento de energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos, enquadra-se no conceito de poluição, podendo afetar a saúde e o bem-estar da população, além de criar condições adversas às suas atividades sociais e econômicas. (CAPELLI, 2007).

A jurista discorda, também, da ideia de que a poluição sonora deva ser capitulada segundo a Lei de Contravenções Penais. De acordo com Cappelli:

Nesse particular encontra-se a distinção entre o crime de poluição e a contravenção penal do art. 42 da LCP. Enquanto o bem jurídico tutelado pela referida contravenção é o sossego e a tranquilidade para trabalhar de qualquer cidadão, no art. 54 da LCA o que se protege é a saúde humana e a vida animal e vegetal. Assim, se o som excessivo causar apenas a ruptura do sossego alheio e inconveniente no exercício de suas funções habituais está-se diante da contravenção penal do art. 42. Porém, se o ruído produzido puder ofender a integridade física ou psíquica de

qualquer ser humano, ou causar a mortandade de animais ou destruição significativa da flora, a norma aplicável é a do art. 54 da LCA. (CAPELLI, 2007).

No mesmo caminhar, recente decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) rechaçou a tese de que a poluição sonora não se classifica como crime ambiental. Ao se pronunciarem sobre o *Habeas Corpus* 159329/MA (rel. Min. Laurita Vaz, *j.* 27-09-2011), os ministros integrantes dessa Turma acolheram, por unanimidade, o voto da relatora, Ministra Laurita Vaz, e acordaram a respeito do entendimento de que “[...] a poluição sonora não é expressamente excluída do tipo legal”, referindo-se ao art. 54 da Lei nº 9.605/1998. De acordo com o voto da ministra-relatora:

Ao contrário do [*sic*] afirma o Impetrante, os fatos imputados ao Paciente, em tese, encontram adequação típica, porquanto o réu é acusado de causar poluição em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, nos exatos termos do art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/98. Afinal, a poluição sonora não é expressamente excluída do tipo legal, que tipifica danos ao meio ambiente ‘*de qualquer natureza*’ que tragam risco à saúde humana.

Outrossim, a Lei nº 6.938/81, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, ressalta que se entende como poluição qualquer degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente criem condições adversas às atividades sociais e econômicas e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Desse modo, reconhecer a irrelevância do dano causado ou desclassificar a conduta para a contravenção penal de perturbação do sossego, como pretende o Impetrante, ultrapassa os próprios limites do *habeas corpus*, sobretudo porque a denúncia, fundamentada em laudo pericial, afirma expressamente que a emissão de sons e ruídos acima do nível permitido trouxe risco, inclusive, de lesões auditivas a várias pessoas. HC 159329/MA, Rel. Min. Laurita Vaz, *j.* 27-09-2011. (BRASIL, 2011).

Como destacou a Ministra Laurita Vaz, o art. 54 da Lei nº 9.605/1998 trata da poluição ambiental *de qualquer natureza*, o que inclui, obviamente, a poluição sonora.

Alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) seguem a mesma linha de entendimento expresso pela 5ª Turma do STJ. Por exemplo, ao analisar a Apelação Criminal 1.0210.07.041815-2/001 (rel. Desembargador Hécio Valentim, j. 12-08-2010), a 2ª Câmara Criminal do TJMG firmou o entendimento, por unanimidade, de que: “O tipo penal do crime de poluição, como se lê do dispositivo, não estabelece que espécies de poluição o caracterizam, estabelecendo uma fórmula genérica para o delito”. Dessa maneira, a presença do elemento subjetivo do delito e a confirmação objetiva da ocorrência de poluição sonora “[...] constituem elementos suficientes de convicção a autorizar a condenação nas iras do art. 54 da Lei 9.605/98”.

Aliando-se a essa forma de compreensão, a 5ª Câmara do TJMG, ao se pronunciar recentemente sobre a Apelação Criminal 1.0148.06.045002-7/001 (rel. Desembargador Eduardo Machado, j. 08-11-2011), foi enfática na assertiva de que: “Pratica o delito previsto no artigo 54 da Lei nº 9.605/98 aquele que causa poluição sonora em níveis superiores aos recomendáveis para a manutenção do perfeito estado de saúde humana”.

3.2. Premissas técnico-científicas para a interpretação do conceito jurídico de poluição sonora

As diretrizes da Organização Mundial de Saúde com relação aos níveis que resultam ou que possam resultar em danos à saúde humana estão compiladas na publicação *Guidelines for Community Noise* (WHO, 1999), a qual consolida os conhecimentos sobre os impactos do ruído da comunidade na saúde da população, abordando, para cada um dos vários prejuízos na saúde, os níveis de ruído que podem ocasioná-los. Nessa publicação são citados os seguintes danos à saúde humana, relacionados aos níveis respectivos de sons e ruídos:

(a) Distúrbios do sono: para que o sono seja satisfatório, o nível sonoro equivalente não deve exceder a 30 dB(A) para ruídos de fundo contínuo, e os eventos sonoros individuais que excedam os 45 dB(A) devem ser evitados;

(b) Alterações nas funções fisiológicas: alterações cardiovasculares foram observadas após exposições prolongadas a ruído proveniente de tráfegos aéreo e rodoviário com níveis sonoros (LAeq, 24h) de 65-70 dB(A);

(c) Aceleração e intensificação do desenvolvimento de doenças mentais: os achados dos estudos que correlacionam ruído ambiental e seus efeitos sobre a saúde mental são inconclusivos. Ruídos ambientais não parecem causar diretamente doenças mentais, mas podem acelerar e intensificar o desenvolvimento de desordens mentais latentes;

(d) Perdas auditivas: exposições prolongadas a um nível de ruído (LAeq, 24h) de até 70 dB(A) não causam perdas auditivas na grande maioria da população;

(e) Incômodo: o incômodo induzido pelo ruído dependerá de suas características físicas, como o nível de pressão sonora, as variações e as características espectrais e a variação destas propriedades no tempo. Durante o dia, poucas pessoas ficam muito incomodadas quando expostas a níveis sonoros (LAeq) abaixo de 55 dB(A) e poucas pessoas ficam moderadamente incomodadas quando expostas a níveis sonoros (LAeq) abaixo de 50 dB(A). Durante os períodos vespertino e noturno, os níveis sonoros devem ser 5-10 dB(A) abaixo dos diurnos para evitar incômodos decorrentes da exposição a ruídos.

E, além desses efeitos sobre a saúde humana, o ruído também pode interferir:

(f) Na comunicação oral: para uma clara percepção da fala, o nível de ruído de fundo não deve exceder a 35 dB(A);

(g) No desempenho em tarefas cognitivas: a exposição ao ruído afeta, principalmente, a leitura, a atenção, a solução de problemas e a memorização;

(h) No comportamento social: há evidências de que o ruído acima de 80 dB(A) causa redução no comportamento de ajuda ao próximo e de que ruídos intensos levam à ocorrência de comportamentos agressivos em indivíduos predispostos à agressividade.

Nacionalmente, para se efetuar a caracterização da poluição sonora, a NBR 10151 da ABNT é a norma técnica utilizada para a avaliação do ruído em áreas habitadas, uma vez recomendada pela Resolução CONAMA nº 01/90. Essa norma especifica um método para medição do ruído, para aplicação de correções nos níveis medidos (se o ruído apresentar características especiais) e para a comparação dos níveis corrigidos (L_c) com os níveis de critério de avaliação (NCA) estabelecidos (Tabelas 1 e 2), os quais consideram o tipo de área e o período do dia (diurno ou noturno) em que foram realizadas as medições.

Tabela 1 – Nível de Critério de Avaliação – NCA, para ambientes externos, em dB(A).

Tipos de Áreas	Limites por período do dia	
	Diurno	Noturno
Área de sítios e fazendas	40	35
Área estritamente residencial urbana ou hospitalar ou escolar	50	45
Área mista, predominantemente residencial	55	50
Área mista, com vocação comercial e administrativa	60	55
Área mista, com vocação recreacional	65	55
Área predominantemente industrial	70	60

Fonte: NBR 10151, da ABNT.

Tabela 2 – Nível de Critério de Avaliação – NCA, para ambientes internos, em dB(A).

Tipos de Áreas	Limites por período do dia			
	Janela aberta		Janela fechada	
	Diurno	Noturno	Diurno	Noturno
Área de sítios e fazendas	30	25	25	20
Área estritamente residencial urbana ou hospitalar ou escolar	40	35	35	30
Área mista, predominantemente residencial	45	40	40	35
Área mista, com vocação comercial e administrativa	50	45	45	40
Área mista, com vocação recreacional	55	45	50	40
Área predominantemente industrial	60	50	55	45

Fonte: elaborada pelos autores a partir dos Níveis de Critério de Avaliação estabelecidos na Tabela 1, da NBR 10151, da ABNT.

A poluição sonora é constatada quando os níveis corrigidos de ruído são superiores aos estabelecidos nessas Tabelas, ou quando os níveis corrigidos de ruído são superiores ao nível de ruído ambiente (L_{ra}), se este for superior aos valores especificados nas Tabelas, pois, segundo a norma, caso o L_{ra} seja superior aos limites especificados, o NCA assume o valor do L_{ra} .

Depreende-se, pela análise conjunta dos níveis especificados nas diretrizes da Organização Mundial de Saúde e nos limites estabelecidos pela NBR 10151, que os valores máximos permissíveis de ruído que constam na NBR 10151 protegem a população dos principais efeitos adversos do ruído e que, portanto, quando desrespeitados, nos casos de constatação de poluição sonora, podem eventualmente causar danos à saúde pública. Essa constatação reforça a necessidade, compreende-se, de classificação da poluição sonora como crime ambiental, tendo em perspectiva a qualidade de vida social, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição da República/1988.

4. Considerações finais

A partir dos argumentos técnico-científicos e jurídicos apresentados, compreende-se que a situação da poluição sonora pode ser classificada como crime de poluição, para fins de aplicação das sanções previstas no art. 54 da Lei nº 9.605/1998. Conforme o referencial teórico adotado, é pertinente considerar, inclusive, que essa compreensão contribua para tornar mais efetiva, *i.e.*, mais compatível com as necessidades e demandas expressas pela coletividade (SANDER, 1982), a proteção jurídica da qualidade ambiental, consagrada como um direito de todos pela Constituição brasileira de 1988. Com efeito, são crescentes as demandas sociais atinentes à prevenção e repressão da poluição sonora, e o Direito deve respondê-las de modo proporcional à gravidade do ato ilícito ambiental em foco.

Referências bibliográficas

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR 10151: Avaliação do ruído em áreas habitadas visando ao conforto da comunidade*. Rio de Janeiro, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n. 01, de 8 de março de 1990. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res90/res0190.html>>. Acesso em: 24 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 159329/MA. Julg. 27 set. 2011. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

CAPPELLI, Silvia. Poluição sonora e crime do art. 54 da Lei n. 9.605/98. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n. 47, p. 197-212, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. pela NBR 14724 e atual. pela ABNT, 30 dez. 2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARQUES, Paulo Luciano Maia. *Da inexistência do crime de poluição sonora* (2005). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7413/da-inexistencia-do-crime-de-poluicao-sonora>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0148.06.045002-7/001. Julg.: 8 nov. 2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 25 abr. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0210.07.041815-2/001. Relator: Desembargador Hécio Valentim. Julg.: 12-08-2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 25 abr. 2012.

SANDER, Benno. Administração da educação no Brasil: é hora da relevância. *Revista Educação Brasileira*, Brasília, DF, n. 9, [s.d.], 1982.

WHO – World Health Organization. *Guidelines for Community Noise* (1999). Disponível em: <<http://whqlibdoc.who.int/hq/1999/a68672.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120013

7

Direito Processual Coletivo

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

ARTIGO

AS AÇÕES COLETIVAS EM PORTUGAL¹

CLASS ACTIONS IN PORTUGAL

LEONARDO SILVA NUNES

Mestre e Doutorando em Direito
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil
leotsss@gmail.com

RESUMO: Trata-se de breve estudo comparativo entre os sistemas jurídicos português e brasileiro, tendo como foco a tutela dos chamados direitos ou interesses coletivos. Esse objetivo é alcançado com a verificação de algumas peculiaridades que se desenvolveram em razão da história e do contexto social e político de cada país. Para tanto, além de contextualização histórica de Portugal, são analisados os regramentos constitucionais e legais, descrevendo o modo de ser da tutela jurisdicional coletiva daquele país. Sem a pretensão de esgotar o tema, as ações coletivas são analisadas de maneira comparativa, a fim de se destacar pontos de relevo em ambos os sistemas.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Coletivas. Portugal. Direitos ou interesses Coletivos.

ABSTRACT: This is a brief comparison between the Portuguese and Brazilian legal systems, focusing on the protection of so-called

¹ Monografia apresentada como resultado dos debates desenvolvidos no âmbito da disciplina Processo Coletivo Comparado, ministrada pela Prof.^a Dr.^a Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, durante o 1º semestre de 2010.

collective rights or interests. This objective is achieved with the verification of some peculiarities that have developed because of the history and social and political context of each country. To do so, in addition to the historical context of Portugal, the paper analyzes the Portuguese Constitution and laws, describing that country's collective judicial protection. Without intending to exhaust the subject, the class actions are analyzed in a comparative way in order to highlight points of importance in both systems.

KEY WORDS: Class actions. Collective rights or interests. Portugal.

SUMÁRIO: 1. Prólogo. 2. Evolução histórica do Estado e do Direito de Portugal. 3. Sistema jurídico vigente. 4. Estrutura do Poder Judiciário e o Ministério Público. 5. Mecanismos de Tutela Coletiva. 5.1 Regime constitucional. 5.2 Legislação ordinária. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Prólogo

Trata-se de artigo produzido como fruto dos debates desenvolvidos no âmbito do programa de pós-graduação em Direito da UFMG, com o objetivo de apenas apresentar o que existe de mais relevante acerca da tutela jurisdicional de direitos coletivos em Portugal.

Delimitado o objeto de estudo, antes de se adentrar no tema específico, procurou-se estabelecer, em síntese, o contexto histórico e político daquele país, pois se acredita que a forma como a tutela de direitos é exercida em cada ordenamento jurídico é influenciada diretamente por esses elementos.

Portanto, com este trabalho, espera-se despertar no leitor o interesse no aprofundamento do tema, sobretudo diante da relevância do estudo comparado ao desenvolvimento do direito interno.

2. Evolução histórica do Estado e do Direito de Portugal

A história e a identidade de Portugal foram marcadas, decisivamente, pela sua posição atlântica, prolongada, desde o século XV, pelos dois arquipélagos descobertos e povoados por portugueses, o dos Açores e o da Madeira. (WIKIPEDIA, 2010).

Encravado entre um poderoso vizinho (Espanha, com território cinco vezes maior) e o mar, os portugueses logo utilizaram de sua situação estratégica, construindo no mar um poderoso aparato militar e aliando-se à potência naval dominante (Inglaterra), para garantir-se frente as potências europeias.

No entanto, vários fatos registram a transição portuguesa do apogeu ao declínio, alguns deles coincidentes com o período de colonização brasileira, que teve início com o fim de sua dinastia², e, em razão disso, a sua independência política, quando se uniu à Espanha (dinastia filipina: 1580-1640). Em seguida, fatos como o terremoto de 1755, que destruiu quase que por completo a cidade de Lisboa; as invasões francesas (guerras napoleônicas); e a independência do Brasil, em 1822, culminaram com a “decadência” de Portugal.

A Revolução Republicana, de 1910, originou um regime parlamentar instável, o que deu azo à Revolução militar de 1926 (Salazarismo), inaugurando um regime ditatorial que durou surpreendentes 48 anos. Graças ao longo período de ditadura, as colônias portuguesas na África foram as que mais tardiamente conquistaram sua independência (Angola, Moçambique, Guiné-Bissau e Cabo Verde). Além disso, durante esse período o país se manteve distante dos avanços econômicos, políticos e sociais. (VICENTINO, 1997, p. 445).

Com a derrubada do regime fascista, em 1974, pelo Movimento das Forças Armadas (Revolução dos Cravos), foi instalado no país um regime democrático parlamentar, ao mesmo tempo em que se procedia à descolonização de todas as suas colônias. Fruto desse movimento, a atual Constituição da República Portuguesa está em

² Ocasionada pela morte do Rei-Cardeal D. Henrique, dando origem à crise de sucessão de 1580.

vigor desde o dia 25 de Abril de 1976, sendo este um dos principais textos sob análise neste trabalho.

Mais tarde, em 1986, Portugal reforça a sua modernização com a adesão à Comunidade Económica Europeia (atual União Europeia).

No plano jurídico, apesar dos avanços proporcionados pela constituição democrática³, é possível dizer que Portugal enfrenta uma crise na concretização jurisdicional da justiça (OTERO, 2005, p. 209-222), algo também experimentado pelo Brasil. Tal enredo vem originando inúmeras discussões doutrinárias e proposições legislativas, todas elas apontando as supostas falhas do sistema, bem como as sugestões para o seu aprimoramento.

Paulo Otero (2005, 209-222) aponta fenômenos responsáveis pela anunciada crise na concretização jurisdicional da justiça, agrupado-os em três fatores: jurídicos, políticos e sociais. Um dos pontos arrolados pelo citado autor, que interessa a este estudo, é assim descrito:

[...] a crescente tendência ampliadora dos direitos fundamentais de índole processual e de posições jurídicas substantivas não reconduzíveis a direitos subjectivos, designadamente o alargamento da legitimidade processual através da acção popular e a pulverização de interesses difusos, permitem hoje muito mais gente vir a juízo defender interesses próprios e, principalmente, interesses sem um vínculo directo e pessoal.

É a partir do contexto anunciado que se passa a estudar, comparativamente, as ações coletivas em Portugal.

3. Sistema jurídico vigente

Segundo os arts. 1º e 2º da Constituição da República Portuguesa, Portugal é uma República soberana, presidencialista, constituída por um Estado de direito democrático. O Estado é unitário

³ A constituição de 1976 é o reflexo da preocupação dos portugueses na busca de soluções que realizem a justiça material. A história do direito português é estudada com profundidade na obra de Costa (2005).

descentralizado, caracterizado pela autonomia das autarquias locais (municípios e freguesias) e descentralização democrática da administração pública (art. 6º).

Quanto à organização do poder político, o art. 110º define serem órgãos de soberania o Presidente da República (representa a República Portuguesa), a Assembleia da República (representativa de todos os cidadãos portugueses – art. 147º), o Governo (órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública – art. 182º) e os Tribunais.

O Direito português adota a concepção jurídica característica da família romano-germânica, sendo a lei, considerada *lato sensu*, “a fonte primordial, quase exclusiva, do direito” (DAVID, 2002, p. 111).

4. Estrutura do Poder Judiciário e o Ministério Público

Os Tribunais são os órgãos de soberania, independentes, com competência para administrar a justiça em nome do povo (art. 202º).

O art. 209º da Constituição portuguesa prevê a seguinte estrutura organizacional dos tribunais em geral:

- a) Tribunal Constitucional, como órgão de cúpula, competente para matérias jurídico-constitucionais. É órgão composto de treze juízes, sendo seis escolhidos dentre juízes dos demais tribunais, e o restante dentre juristas, todos para um único mandato de nove anos⁴;
- b) Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância. O primeiro é o órgão superior da hierarquia dos tribunais, competentes em matéria cível e criminal;
- c) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;
- d) O Tribunal de Contas.

⁴ Art. 222º da Constituição da República Portuguesa – CRP.

O mesmo dispositivo constitucional prevê a possibilidade de criação de tribunais marítimos, arbitrais e julgados de paz.

Os tribunais judiciais de primeira instância são órgãos singulares instalados nas comarcas. As Relações são tribunais judiciais de segunda instância, competentes para o conhecimento de recursos interpostos das decisões proferidas pelos tribunais de 1ª instância, bem como para as causas que por lei sejam de sua competência originária.⁵

No que se refere ao funcionamento do Ministério Público, o art. 219º da Constituição portuguesa prevê a sua atuação, reservando-lhe competência para representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar. A curiosidade da função ministerial reside no fato de ter o legislador constituinte português denominado seus agentes de “magistrados”.

No âmbito do processo civil, sujeitam-se os “magistrados⁶ do Ministério Público” às mesmas regras de impedimento aplicáveis aos juízes,⁷ sendo a sua atuação como parte, ou como fiscal da lei, semelhante à que se dá no sistema jurídico brasileiro.

5. Mecanismos de tutela coletiva

Antes de se adentrar no estudo da tutela jurisdicional coletiva em Portugal, imprescindível apontar, ainda que em apertada síntese, aspecto substancial que diferencia o entendimento consolidado acerca do que vem a ser reconhecido como direitos ou interesses coletivos *lato sensu* naquele país.

⁵ Art. 71º, do Dec-Lei n.º 44.129, de 29 de Dezembro de 1961 (Código de Processo Civil português). Apenas para registro histórico, a primeira sede do Tribunal da Relação de Minas Gerais, cujo nome é de notória influência portuguesa, se localizava na cidade de Ouro Preto, ali permanecendo desde a sua criação, em 1873, até a sua transferência para a nova capital, Belo Horizonte, em 1897.

⁶ Usa-se no texto a terminologia portuguesa, que denomina “magistrados” os membros do Ministério Público.

⁷ Arts. 122º e 125º do CPC português.

No Brasil, coube à doutrina desenvolver, sob forte influência da doutrina italiana, a partir da década de 1970, as definições dos direitos ou interesses coletivos *lato sensu*. Essas definições foram posteriormente sedimentadas pelo legislador ordinário por meio da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC). Assim é que, no ordenamento jurídico pátrio, os direitos ou interesses coletivos *lato sensu* podem ser categorizados da seguinte maneira:

I. *Direitos ou interesses difusos* – “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”;

II. *Direitos ou interesses coletivos, em sentido estrito* – “os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”;

III. *Direitos ou interesses individuais homogêneos* – aqueles “decorrentes de origem comum”.⁸

Em Portugal, ao contrário, embora haja o reconhecimento dos chamados direitos de massa, a sua categorização foi feita de modo diverso. A Lei n.º 24/96, de 31/7, que regula a Defesa dos Consumidores portugueses, ao tratar da legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas, também menciona a classificação tripartite⁹, utilizada pelo CDC brasileiro.

Ocorre que, diferentemente do que se passa no Brasil, o legislador português não cuidou de definir as espécies de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, de modo que o sentido conferido pela doutrina portuguesa a cada um dos termos não coincide com as definições que lhes são dadas pelo regramento brasileiro. Da mesma forma, quando menciona expressamente a proteção a “interesses colectivos ou difusos”, o constituinte português não se

⁸ Art. 81, parágrafo único.

⁹ Art. 13º: “Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores: [...] c): O Ministério Público e o Instituto do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.”

preocupou em diferenciá-los.¹⁰

Resultado disso é que a doutrina portuguesa passou a denominar genericamente tais direitos ou interesses como *difusos*. É o que faz, por exemplo, Miguel Teixeira de Sousa (2010), para quem:

[...] os interesses difusos podem ser definidos como aqueles que pertencem a todos e a cada um dos membros de uma comunidade, de um grupo ou de uma classe, sendo, no entanto, insusceptíveis de apropriação individual por qualquer desses sujeitos.

As diferenças vão além. Segundo o mencionado autor:

A consideração de que os interesses difusos possuem uma dupla dimensão supra-individual e individual é importante para delimitar os interesses individuais homogêneos: – os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses colectivos são o reflexo da dimensão supra-individual dos interesses difusos, isto é, são os interesses difusos considerados na sua dimensão supra-individual; – os interesses individuais homogêneos são a refracção daqueles na esfera de cada um dos seus titulares, ou seja, são a concretização dos interesses difusos *stricto sensu* e dos interesses colectivos na esfera dos indivíduos. Do exposto resulta que os interesses individuais homogêneos não são algo de diferente dos interesses difusos *stricto sensu* ou dos interesses colectivos, mas estes mesmos interesses considerados na sua dimensão individual.

Sendo assim, os interesses individuais homogêneos podem ser definidos como os interesses que cabem a cada um dos titulares de um interesse difuso *stricto sensu* ou de um interesse colectivo. Por exemplo: o interesse na qualidade do ar é um interesse difuso *stricto sensu*, mas o interesse de cada um dos habitantes de uma região naquela qualidade é um interesse individual homogêneo. Em contrapartida, os lesados pelo consumo de um

¹⁰ CRP/1976, art. 60º, n.º 3: “As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos”.

produto nocivo à saúde são titulares de um interesse colectivo, sendo o interesse de cada um desses prejudicados igualmente um interesse individual homogêneo. (SOUSA, 2010).

Diante do exposto, é possível concluir que, para o direito português, o gênero seria “direitos ou interesses difusos”, ao passo que as espécies seriam: *a)* direitos difusos *stricto sensu*; *b)* direitos coletivos; e *c)* direitos individuais homogêneos.¹¹

Feito o registro quanto à distinção terminológica entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, no que toca ao objeto material, passa-se, pois, ao estudo comparado da tutela jurisdicional coletiva em Portugal.

5.1. Regime constitucional

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, inspirada na ideia de participação democrática e de acesso à justiça, estabelece uma solução original para a tutela jurisdicional dos interesses difusos¹². Em 1989, a Lei Constitucional n.º 1/89 aditou o preceito contido no art. 52º, n.º 3 (que versa sobre o direito de *acção popular*), revisto pela Lei Constitucional n.º 1/97, que contem o seguinte teor:

Art. 52º, n.º 3. É conferido a todos, *pessoalmente* ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumi-

¹¹ A concepção e classificação apontadas teriam sido confirmadas pelo legislador ordinário português tendo em vista a rubrica do art. 26-A, do Código de Processo Civil, intitulada da “Acções para a tutela de interesses difusos”. Ver: Mendes (2010, p. 130.)

¹² Vale lembrar que o sistema jurídico português trata a expressão *interesses difusos* como gênero, do qual decorrem as espécies difusos *stricto sensu*, coletivos e individuais homogêneos.

dores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais. (grifo nosso).

Na ação popular, a legitimidade do cidadão é, pois, “configurada como uma manifestação de cidadania” (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2008, p. 38). Atribuir a qualquer cidadão a legitimidade para defender em juízo, por meio da ação popular, os interesses gerais da *polis*, não é uma novidade, já que o mesmo se deu em Roma, com a *actio pro populo*. Porém, demonstra, de maneira inequívoca, grande avanço em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, embora também seja conferida ao cidadão, a ação popular brasileira tem contornos muito limitados, notadamente quanto ao seu objeto material¹³, diferentemente da ação popular portuguesa, cujo objeto de tutela é arrolado de forma meramente “*enunciativa*”, segundo afirma a doutrina daquele país.¹⁴

Interessante notar a não-inclusão do Ministério Público, pelo legislador constituinte português, no rol de legitimados para a ação popular, de índole declaradamente coletiva. A presença dos “magistrados do Ministério Público” será admitida em casos específicos, conforme se verá adiante.

Além da consideração feita acima em relação à legitimação para agir, o art. 52º, n.º 3 da Constituição portuguesa acaba por declarar a ação popular como o meio judicial adequado para a tutela dos direitos ou interesses difusos, em sua acepção ampla, conforme mencionado. E mais: indica a finalidade da tutela jurisdicional pretendida, que pode ter feição preventiva ou repressiva contra ofensas aos direitos ou interesses difusos *lato sensu*. Esta dupla finalidade da ação popular do Direito português é uma de suas características mais relevantes.

¹³ CRB/1988, art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” Conf., também, a Lei 4.717/1965, que regula a ação popular brasileira.

¹⁴ Por todos, Sousa (2010).

Vale, ainda, fazer o registro de outro dispositivo constitucional que trata expressamente da proteção a direitos transindividuais. Trata-se do art. 60º (direitos dos consumidores), inserido no Capítulo I (direitos e deveres econômicos), Título III (direitos e deveres econômicos, sociais e culturais), que assim dispõe:

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.
3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes *reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos*.
(grifo nosso)

Como se vê, o interesse do legislador pelos temas relativos ao consumo e à proteção do consumidor é destacado na Constituição, inspirando, mais tarde, a edição de regramento com esta finalidade específica (Lei 24/96 – Lei de Defesa dos Consumidores).

5.2. Legislação ordinária

Uma vez que a Constituição portuguesa mencionou expressamente a necessidade de lei que estabelecesse os casos e condições para o manejo da ação popular, levou algum tempo para que o instrumento processual pudesse, enfim, ser viabilizado.

No plano infraconstitucional, a ação popular somente veio a ser regulamentada em 1995, pela Lei 83/95. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes equipara a Lei da Ação Popular portuguesa à Lei 7.347/1985, que no Brasil regula a Lei da Ação Civil Pública.¹⁵ No mesmo sentido,

¹⁵ “Caberia, talvez, dizer que a ação pública [*sic*] portuguesa equivaleria, no Brasil, a um

Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix afirmam que “a Lei 83/95 de 31.08.1995 regulamentou a acção popular de uma forma detalhada, criando um verdadeiro sistema de processos coletivos” (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2008, p. 36).¹⁶

Além dos cidadãos no gozo de seus direitos civis e políticos, a Lei da Ação Popular portuguesa confere titularidade para a sua propositura às associações e fundações defensoras dos interesses previstos na Constituição e na Lei, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda, bem como às autarquias locais¹⁷ em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.¹⁸ Quanto às associações e fundações, o art. 3º da lei estabelece os requisitos para a legitimidade ativa: *a)* a personalidade jurídica; *b)* incluírem entre suas atribuições ou objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa (pertinência temática); e *c)* não exercerem qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais.

A par do preenchimento de requisitos para a viabilização da legitimidade destas organizações, importa evidenciar que a sua representação não está adstrita aos interesses de seus fundadores e constituintes, mas de todos aqueles interessados na defesa de um determinado interesse difuso. “Quer dizer: o próprio interesse difuso é subjectivamente mais amplo do que a representação que essas organizações possuem em relação aos seus membros ou fundadores” (SOUSA, 2010).

modelo que unificasse, em termos processuais e procedimentais, as ações populares, previstas na Lei 4.717/65, a civil pública, estatuída na Lei 7.347/85, a do consumidor (Lei 8.078/90) e, *last but not least*, as ações coletivas, firmadas nos arts. 5º, XXI, LXX e LXXIII, e 8º, III, da Constituição da República” (MENDES, 2010, p. 133-137).

¹⁶ Mais adiante os autores vão além, observando que “a LAP é, de algum modo, um Código de Processos Colectivos [*sic*]” (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX 2008, p. 44).

¹⁷ As autarquias locais fazem parte da organização política do Estado português, englobando os municípios e as freguesias. Segundo o art. 235º, n.º 2, da Constituição da República de Portugal, “as autarquias locais são pessoas colectivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas”. O que se visa, portanto, “é a defesa de direitos desses residentes em face de violações potenciais ou ocorridas dentro da área da circunscrição” (GRINOVER *et al.*, 2008, p. 38.).

¹⁸ Lei 83/95, art. 2º, n.º 2.

Ainda no que se refere à legitimidade na ação popular, o art. 14º da Lei 83/95 prevê um regime especial de representação processual, em que o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão (*opt-out*), previsto no art. 15º¹⁹. Segundo este dispositivo, para que a coisa julgada alcance a todos os interessados que não figurem como parte no processo, ou, ao contrário, para se garantir o direito de exclusão, há a necessidade de comunicação prévia aos interessados, por meio de citação.²⁰ Apesar da denominação aparentemente equivocada, se considerado o conceito de citação no Direito brasileiro, pretende o legislador que a comunicação seja efetiva, seja por meio de intimações, por comunicados, ou veiculação nos meios de comunicação. É essa publicidade que legitima o alcance dos efeitos da coisa julgada aos titulares dos direitos que não figuram no polo ativo da ação.²¹

¹⁹ Art. 15º. “1 – Recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no n.º 4. 2 - A citação será feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesses gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários, que poderão ser referenciados enquanto titulares dos mencionados interesses, e por referência à acção de que se trate, à identificação de pelo menos o primeiro autor, quando seja um entre vários, do réu ou réus e por menção bastante do pedido e da causa de pedir. 3 - Quando não for possível individualizar os respectivos titulares, a citação prevista no número anterior far-se-á por referência ao respectivo universo, determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhes seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade que constituam, em qualquer caso sem vinculação à identificação constante da petição inicial, seguindo-se no mais o disposto no número anterior. 4 - A representação referida no n.º 1 é ainda susceptível de recusa pelo representado até ao termo da produção de prova ou fase equivalente, por declaração expressa nos autos.”

²⁰ A denominação legal para o ato de comunicação prévia aos interessados seria atécnica, no entender de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2010, p. 140).

²¹ Citando F. Nicolau Santos Silva, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Linda Mullenix observam que, “com o regime de citações da LAP, o legislador permite salvaguardar o contraditório e abre as portas ao efeito *erga omnes* da decisão final da causa” (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2008, p. 43).

A propositura de qualquer ação popular portuguesa será, ao longo de todo o processo, alvo de controle pelo Poder Judiciário (regime especial de indeferimento da petição inicial, previsto no art. 13º, da Lei 83/95²², e peculiar limitação quanto aos efeitos da coisa julgada, prevista no art. 19º, n.º 1 da Lei 83/95²³) e de fiscalização por parte do Ministério Público, a fim de se evitar o processamento de demandas temerárias, em que a procedência do pedido é manifestamente improvável.

A atuação dos “magistrados ministeriais” se dá, predominantemente, como fiscal da lei. Porém, o art. 16º da Lei 83/95 confere uma espécie de legitimação, ora residual, ora subsidiária, ao Ministério Público em determinados casos, como representante do Estado quando este for parte na causa, os ausentes, os menores e demais incapazes. Vale destacar a determinação contida no art. 16º, n.º 3:

No âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa.

Tal enunciado demonstra a preocupação do legislador quanto à atuação do autor que age de má-fé, para prejudicar os interesses da coletividade, o que representa, sem dúvida, grande avanço. Mas também “permite afirmar que, em regra, o direito português desconhece uma ação popular pública”. (Sousa, 2010).

²² Art. 13º: “A petição deve ser indeferida quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações que o julgador tenha por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram.”

²³ Art. 19º, n.º 1: “As sentenças transitadas em julgado proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou *quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto*, têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação.” (*grifo nosso*) Assim, de acordo com Miguel Teixeira de Sousa, “o tribunal pode controlar a justificação e a adequação da ação popular no momento do despacho liminar, mas também pode “desqualificar” essa ação quando do proferimento da sentença final através da substituição da sua vinculatividade geral por uma restrição subjectiva dos seus efeitos.” (2010).

O art. 12º, n.º 2 da Lei 83/95 revela importante disposição que prevê a possibilidade da ação popular se revestir de qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil, o que abre grande margem para a eleição do procedimento que seja mais adequado para a efetividade do direito objeto de proteção jurisdicional. Significa dizer que haverá a possibilidade de quaisquer tipos de procedimentos e pedidos previstos no CPC português, como os de natureza acautelatória ou antecipatória da tutela pretendida, preventiva ou inibitória. Apesar da diferença formal, no que respeita à finalidade o dispositivo se aproxima, e muito, do regramento previsto no art. 83 do CDC brasileiro.²⁴

Além da Lei 83/95, que estabelece de forma genérica o acesso à justiça de demandas de índole coletiva, há no sistema jurídico português a previsão de ações inibitórias, previstas na Lei 24/96 (Lei de Defesa dos Consumidores) e no Decreto-Lei 446/85 (Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais).²⁵ O art. 10º, n.º 1, da Lei 24/96²⁶ prevê uma ação inibitória para a defesa dos interesses dos consumidores e o art. 25º do Decreto-Lei nº 446/85²⁷ regula, quanto às chamadas cláusulas contratuais gerais, uma ação inibitória destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas nulas.

²⁴ Art. 83: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

²⁵ Além da legislação em destaque neste estudo, que formam a base do sistema de tutela jurisdicional coletiva em Portugal, e mais frequentemente citadas pela doutrina, é possível indicar outras leis que, embora de menor envergadura, são também importantes para a defesa de direitos ou interesses de índole coletiva. Ex.: Lei 107/2001, que prevê a utilização da ação popular para proteção de bens culturais ou outros valores integrantes do património cultural, e a Lei 11/87, que estabelece as bases da política de ambiente.

²⁶ Art. 10º, n.º 1: “É assegurado o direito de acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente: a) Atentem contra a sua saúde e segurança física; b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas; c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei”.

²⁷ Art. 25º: “As cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares”.

Miguel Teixeira de Sousa adverte que a legitimidade para a ação inibitória prevista na Lei 24/96 é conferida aos consumidores e às associações de consumidores, sendo, portanto, a toda evidência, coincidente em parte com a legitimação definida pela Lei 83/95 (ação popular). Desse modo, pode-se concluir que a ação inibitória prevista na Lei 24/96 “é, quando seja proposta por um consumidor ou por uma associação de consumidores, uma acção popular” (SOUSA, 2010). O mesmo se dá, segundo o mencionado autor, quando a ação inibitória destinada a proibir o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais é proposta por um consumidor ou por uma associação de defesa dos consumidores. Também esta ação, instaurada por entidades às quais é reconhecida uma legitimidade popular (conforme artº 2º, n.º 1, da Lei nº 83/95), é, necessariamente, uma ação popular. Ambas as leis estabelecem legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação inibitória (art. 10º, n.º 1, da Lei 24/96 e art. 25º do Dec-Lei 446/85), mas não se trataria, nessa hipótese, de uma ação inibitória de cunho popular haja vista a não atribuição de legitimidade aos “magistrados do Ministério Público” pela Lei 83/95 (Lei da Ação Popular). (SOUSA, 2010).

Finalmente, o Código de Processo Civil português contém dispositivo específico sobre as ações para a tutela de interesses difusos, na sua acepção ampla. Trata-se do art. 26º-A, com a seguinte redação:

Art. 26º-A. Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.

Da regra é possível inferir a proteção ampla a “interesses difusos” (conforme acepção portuguesa), de modo semelhante ao que se encontra no art. 52º da Constituição portuguesa, ratificando o legislador lusitano a importância da tutela jurisdicional a direitos ou interesses dessa natureza, que será viabilizada nos casos e condições

previstas na lei. Finalmente, interessante notar a expressa inclusão, pelo CPC português, do Ministério Público como legitimado a propor e a intervir nas ações e procedimentos destinados à tutela de bens jurídicos de natureza “difusa”, cujo rol se aproxima da enumeração exemplificativa constante na Constituição portuguesa (art. 52º, n.3).

6. Conclusão

Sob o ponto de vista das ações coletivas, afirmar a preferência de um ou outro sistema jurídico seria promover uma redução simplista e injustificada dos dois sistemas, brasileiro e português. Ambos, cada um a seu modo, são ricos em mecanismos e soluções para a adequada tutela jurisdicional coletiva, apresentando, todavia, peculiaridades que se desenvolveram em razão da história e do contexto social e político de cada país.

Percebe-se que, apesar das semelhanças com o Brasil, Portugal aparenta ter um sistema de tutela jurisdicional mais simplificado, o que não significa, repita-se, seja este o melhor.

Há traços de notável relevo, como, por exemplo, a atuação ampliada do cidadão para a defesa dos interesses difusos, assim considerados na sua acepção ampla, o que denota inegável abertura democrática e facilitação do acesso à justiça, como manifestação de cidadania. Tal preceito, resguardada a necessidade de adaptação ao sistema jurisdicional vigente, acaso transplantado ao direito brasileiro, traria enormes ganhos em prol da concretização – efetividade – de direitos coletivos.

Aspecto que diferencia os sistemas, entretanto, é a atribuição, ora subsidiária, ora residual, conferida ao Ministério Público, o que mereceria, a nosso sentir, uma reavaliação pelo legislador português.

Destaca-se, finalmente, ponto sensível encontrado no sistema português, no que se refere ao controle e fiscalização da representatividade adequada, que influencia em aspectos decisivos do processo como a legitimidade e os efeitos da coisa julgada. Embora este estudo encontre

limites na ausência de dados estatísticos detalhados sobre as demandas de índole coletiva que tramitam nos tribunais portugueses, tal modo de ser do direito português parece inadequado em relação ao direito brasileiro, sobretudo por motivos culturais.

Por fim, se não é razoável apontar este ou aquele sistema como o melhor, mas, antes, extrair de ambos aspectos positivos e negativos, é possível concluir que o sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva parece estar, neste momento, mais bem estruturado, uma vez que a sua origem é mais remota se comparada com o início do seu desenvolvimento em Portugal.

7. Referências bibliográficas

BRASIL. Lei 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2005.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HISTÓRIA DE PORTUGAL. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_de_Portugal>. Acesso em: 20 jun. 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. (Temas atuais de direito processual civil. V. 4). 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OTERO, Paulo. Portugal e a crise na concretização jurisdicional da justiça. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coord.). *Processo civil: aspectos relevantes*. Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Editora Método, 2005.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 44.129, de 29 de Dezembro de 1961. Código de Processo Civil português.

SOUSA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. *Judicium – Il processo civile in Italia e in Europa*. [s.d.] Disponível em: <http://www.judicium.it/old_site/ricerca/contatti_glo.htm> Acesso em: 23 Jun. 2010.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Scipione, 1997.

Artigo enviado em: 24/05/2011

Artigo aprovado em: 10/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120014

**A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO
DO ÔNUS DA PROVA A FAVOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES CIVIS
PÚBLICAS DE NATUREZA CONSUMERISTA**

CHRYSTIANE DO NASCIMENTO DE MAGALHÃES

Oficial do Ministério Público
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
magalhaes@mp.mg.gov.br

1. Acórdão

Superior Tribunal de Justiça
Recurso Especial n. 1.253.672 - RS (2011/0040650-8)
Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Abastecedora de Combustíveis Lubrificantes 1200 Ltda.
Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Data do julgamento: 02/08/2011
Data da publicação: DJe 09/08/2011

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA A FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. TUTELA DE DIREITOS E DE SEUS TITULARES, E NÃO PROPRIAMENTE DAS PARTES DA AÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública movida pelo recorrido em face da recorrente em que se discute abusividade na comercialização de combustíveis. Houve, em primeiro

grau, inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público, considerando a natureza consumerista da demanda. Esta conclusão foi mantida no agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça.

2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que o acórdão recorrido é omissivo, e 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o Ministério Público não é hipossuficiente a fim de que lhe se permita a inversão do ônus da prova. Quanto a este último ponto, aduz, ainda, haver dissídio jurisprudencial a ser sanado.

3. Em primeiro lugar, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

4. Em segundo lugar, pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares – na espécie, os consumidores –, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação. Precedentes.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

‘A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.’

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de agosto de 2011.

2. Apresentação do caso

Trata-se, na origem, de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra Abastecedora de Combustíveis Lubrificantes 1200 Ltda., ora recorrente, em que se discute a abusividade de preços na comercialização de combustíveis. A discussão, na espécie, gira em torno da margem bruta de lucro praticada pela ora recorrente sobre o preço final de venda da gasolina comum comercializada no município de Rio Grande, observada a diferença do preço de aquisição e de venda, a varejo, do produto. Segundo o Ministério Público, a ora recorrente operou, no período compreendido entre abril e setembro de 2008, em fraude à ordem econômica, pois praticou margem de lucro bruto no patamar de 24,6%, superior aos mercados comparados, considerado como critério comparativo o volume de vendas do mesmo produto ao consumidor final. Houve pedido de tutela antecipada, pela ora recorrida, visando à limitação da margem bruta de lucro no percentual de 16,2%, sob a alegação de prática de preço abusivo, decorrente da formação de cartel entre postos de distribuição de combustível na cidade de Rio Grande, pedido que foi indeferido pelo juízo *a quo*. Pela ora recorrente houve pedido de tramitação do feito em segredo de justiça.

Foi deferido, em primeiro grau, o pedido de inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público, considerando a natureza consumerista da demanda. Esta conclusão foi mantida no Agravo de Instrumento interposto no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Dessa forma, pretendeu a recorrente fosse reformada a decisão agravada no tocante à aplicação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), devendo ser aplicada a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil

(CPC). A recorrente sustentou que houve violação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, pois o Ministério Público não é hipossuficiente a fim de que se permita a inversão do ônus da prova.

O acórdão em comento, portanto, refere-se a Recurso Especial interposto por Abastecedora de Combustíveis Lubrificantes 1200 Ltda., com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que considerou admissível a inversão do ônus da prova de que dispõe o CDC, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público.

3. Teorias “Estática” e “Dinâmica” de distribuição do ônus da prova

O ônus da prova é o encargo imposto ao litigante de provar os fatos relevantes para a causa, com a finalidade de obter uma posição de vantagem na relação processual. Consoante Ada Pellegrini, Dinamarco e Cintra (1999, p. 349) “consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa”. O ônus constitui-se num dever e a parte que não o cumpre não terá sua pretensão atendida. Liebman (2003), ao tratar do ônus da prova, pondera que:

[...] da necessidade para o juiz de julgar, em princípio, com base nas provas produzidas ou propostas pelas partes, deriva a consequência de que ao ônus de alegar os fatos relevantes da causa se acrescenta para as partes o ônus de prová-los. (LIEBMAN, 2003, p. 93).

A despeito das diversas teorias acerca da distribuição do ônus da prova, o Código de Processo Civil Brasileiro adotou a Teoria Estática de Distribuição do Ônus da Prova, dispondo que ao autor compete provar fato constitutivo de seu direito e ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Segundo o entendimento clássico, as regras emanadas do dispositivo acima referenciado seriam objetivas e fixas, distribuídas prévia e abstratamente pela lei, e de forma imutável. O diploma processual incumbe obrigatoriamente o ônus da produção da prova àquele que aduz a questão de fato, sendo que à parte contrária compete apenas o embargo do fato constitutivo, não havendo qualquer espécie de encargo probatório, a não ser quando houver fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Tal regra funciona excepcionalmente entre partes iguais, mas se mostra ineficiente em defesa dos interesses do consumidor. Desta forma, o artigo supramencionado tem recebido críticas em razão de sua insuficiência. A distribuição rígida do ônus da prova tem sido responsável pela improcedência do pedido em diversas demandas, tendo em vista as dificuldades e limitações inerentes à demonstração do fato a ser provado.

Exceções a esta regra podem ser observadas somente nos casos em que haja a convenção das partes sobre o ônus da prova, desde que não se trate de direito indisponível, prevista no parágrafo único do art. 333; presunção legal, como ocorre nos casos de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, prevista no art. 12, § 3º do CDC; e nas ações de natureza consumerista, previstas no inciso VIII do art. 6º do CDC.

Contrariando a doutrina tradicional, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem que:

[...] não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 275).

Visando à maior flexibilização da norma contida no art. 333 do CPC, surge a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, a qual consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontre em evidente debilidade de suportá-lo, e impondo esse ônus sobre aquele que se encontre em melhores condições de produzir a prova, essencial ao deslinde do litígio. Esta teoria, desenvolvida no Direito argentino pelo professor e processualista Jorge Peyrano (*apud* MORELLO *et al.*, 1992, p. 263), determina que o ônus da prova deve ser atribuído à parte que tem melhores condições de produzi-la, seja por possuir situação mais cômoda, seja por dispor dos meios menos onerosos para tal, afastando, assim, a regra geral segundo a qual o ônus da prova é de quem alega o fato. O sistema deixa de ser estático para se tornar dinâmico, passando o julgador a determinar o ônus probatório conforme o seu próprio convencimento e de acordo com a situação concreta das partes no litígio.

Apesar de o Código de Processo Civil não prever acerca da distribuição dinâmica do ônus probatório, este instituto poderá ser levado a efeito em consequência da própria elasticidade da relação processual e, ainda, em respeito a preceitos constitucionais, como o princípio da efetividade do processo e o acesso à justiça.

Tendo em vista a incontestável fragilidade do sistema rígido de distribuição do ônus da prova, foi adotado, com o disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC, um sistema dinâmico no âmbito da defesa do consumidor, que autoriza, a critério do juiz, a inversão do ônus da prova. A defesa do consumidor por meio da criação de um microsistema de fundamento constitucional exigiu que as providências de tutela fossem previstas através de normas processuais que assegurassem a efetividade dos direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.

4. A inversão do ônus da prova em demandas coletivas

Com vistas à proteção do meio ambiente e do consumidor na dimensão dos bens indivisivelmente considerados, foi editada a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), sendo um passo importante da legislação brasileira no sentido da tutela dos interesses e direitos coletivos, corroborada, posteriormente, pela Constituição de 1988, que sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos. Ocorre que a Lei da Ação Civil Pública não deu disciplina adequada à defesa do consumidor, coletivamente considerado. Tal adequação ocorreu com a edição do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Consoante Sérgio Cavalieri Filho, citando Kazuo Watanabe:

[...] foi o Código de Defesa do Consumidor que completou todo esse trabalho legislativo ao ampliar o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, de modo a abranger todos os interesses difusos e coletivos, e ainda criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos. (WATANABE *apud* CAVALIERI FILHO, 2008, p. 306).

O Código de Defesa do Consumidor rompeu regras e estabeleceu novos paradigmas entre as relações de consumo, que ocorrem entre partes desiguais. Ao regular a defesa do consumidor em juízo, privilegiou a criação de uma nova sistemática de tutela de direitos, a título coletivo. Estabeleceu, ainda, uma classificação de novas espécies de direitos e interesses a serem protegidos mediante a tutela coletiva. Inovou, no que se refere à carga probatória, pois ora transfere o ônus da prova ao fornecedor (inversão *ope legis*), ora admite que tal se opere por determinação do julgador (inversão *ope judicis*).

O instituto da inversão do ônus da prova, então, ganhou destaque com a aprovação do CDC, que, em seu art. 6º, inc. VIII, estabelece um dos direitos básicos do consumidor, qual seja:

[...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Considera-se verossímil a alegação que tem aparência da verdade, que é plausível, que não repugna à verdade. Não se trata de prova definitiva, mas de uma prova aceitável diante da realidade dos fatos. A hipossuficiência de que trata o CDC, diferentemente da vulnerabilidade presumida por lei (art. 4º, I, do CDC), é a dificuldade de o consumidor produzir determinada prova, em processo que seja favorável a seus interesses. Tal dificuldade não pode ser restringida apenas ao aspecto jurídico (falta de conhecimento dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo) ou econômico (falta de recursos financeiros para arcar com os custos da produção da prova), mas, principalmente, à limitação da parte em obter dados técnicos e informações essenciais que levem à plena convicção do julgador.

O objetivo do Código de Defesa do Consumidor foi facilitar a defesa dos interesses do consumidor no que diz respeito à instrução probatória. Consoante nos ensina Sérgio Cavalieri Filho:

A finalidade do dispositivo em questão é muito clara: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor, na seara específica probatória. Distanciou-se o legislador, assim, dos tecnicismos e das formalidades inúteis, conferindo autêntico caráter instrumental ao processo, na busca da verdade real e da solução justa da lide. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 94-95).

A verossimilhança da alegação e, alternadamente, a hipossuficiência da parte, são pressupostos que justificam a inversão do ônus da prova, e que denotam nítida aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, estando diretamente relacionados à isonomia real no processo e ao equilíbrio da relação, possibilitando ajustes à produção da prova em relação àquele que está em melhores condições de produzi-la, independentemente da posição da parte no processo.

Segundo entendimento de Bruno Miragem (2008, p. 348), “a justificativa para a facilitação da defesa é indiscutivelmente a projeção, no processo, da desigualdade fática estabelecida na relação de direito material”.

Em sede de tutela coletiva, envolvendo a defesa dos interesses difusos e coletivos, a integração das regras processuais estabelecidas entre a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/2005) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – conforme disciplina o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública – forma um microssistema próprio do processo coletivo de defesa dos direitos do consumidor, devendo ser, portanto, interpretados sistematicamente.

Como prelecionado por Hugo Nigro Mazzilli:

[...] fazendo-se uso de uma interpretação sistemática da lei, também nas demandas coletivas a inversão do ônus probatório se aplica, pois à coletividade que haja tomado parte numa relação de consumo se estendem os dispositivos do Código. (MAZZILLI, 2005, p. 55).

5. Conclusão

O direito à inversão do ônus da prova é um instrumento essencial de proteção aos interesses do consumidor, devendo ser reconhecido tanto na esfera da tutela individual quanto na esfera da tutela coletiva. Conforme podemos verificar no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo, individualmente, ou a título coletivo”.

O fundamento para inversão do ônus da prova não deve ser baseado apenas sob o aspecto econômico, mas também sob o aspecto de quem possuir maior facilidade para a produção técnica da prova. Como preleciona Hugo Nigro Mazzilli:

[...] nos casos em que se invoque a hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova, é o lesado que tem de ser hipossuficiente, não o seu substituto processual. Desta forma, a inversão do ônus da prova pode aproveitar a grupos de consumidores, em ações civis públicas ou coletivas movidas em seu benefício por associações civis ou quaisquer outros co-legitimados. (MAZZILLI, 2007, p. 176).

Considerando que o Ministério Público atua como substituto processual em defesa dos interesses dos consumidores, tendo a obrigação de protegê-los e legitimidade para agir em seu nome, nada mais natural que a técnica da inversão do ônus da prova seja estendida também ao *Parquet*.

Conforme entendimento de Luis Antonio Rizzatto Nunes:

A legitimidade das entidades no caso das ações coletivas para defesa dos direitos individuais homogêneos é extraordinária, sendo caso de substituição processual. Dessa forma, como se disse, a legitimação das entidades se faz por substituição processual por expressa disposição do art. 82 da Lei 8.078/90 e em obediência à regra do art. 6º do Código de Processo Civil. (NUNES, 2008, p. 736).

Em estudo sobre a inversão do ônus da prova em ações coletivas, Cristiano Chaves de Farias destaca a possibilidade de inversão nas ações propostas pelo Ministério Público:

Ora, a norma que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor tem de ser interpretada tendo na tela da imaginação o fundamento constitucional de proteção do consumidor e a própria função social a que se dirige a norma (referida pelo art. 5º). Por isso, sobreleva alvitrar, na exegese legal (inclusive do alcance da inversão do ônus da prova), o bem-estar e o alcance social da norma, cuidando para que sejam realçadas as cores da solidariedade social e da redução das desigualdades sociais (art. 3º da CF).

Já se afirmou, inclusive, em sede jurisprudencial, a ‘prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais’, a partir da finalidade social a que se dirige a norma.

O raciocínio que exsurge é fatal: a proteção privilegiada do consumidor, decorrente do garantismo constitucional, somente pode se concretizar com a possibilidade de inversão do ônus da prova também nas ações coletivas de consumo, reconhecida a força normativa da Constituição e dela extraindo a mais ampla e construtiva interpretação.

Nessa linha de idéias, a utilização da técnica de inversão do ônus da prova, dentro de uma interpretação construtiva e valorativa da norma consumerista, realçando os matizes constitucionais, pode se dar no plano individual ou coletivo, como instrumento de proteção do consumidor, compreendido como sujeito ativo da cidadania. Do contrário, estaria sendo violada a própria tutela constitucional do consumidor.

Equivale a dizer: a inversão do ônus da prova também pode ocorrer nas ações que visem à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (aforadas pelo Ministério Público ou pelo demais co-legitimados), quando evidenciados os requisitos exigidos por lei (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência cultural ou processual), máxime quando o inquérito civil ou procedimento investigatório prévio indicar elementos para a convicção do magistrado. (FARIAS *apud* SAM-PAIO; FARIAS, 2005, p. 220-221).

O eminente Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto, discorre acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova em ações coletivas que versam sobre direitos consumeristas:

É bem de ver que o próprio Código de Defesa usa o termo ‘consumidor’ de forma plurívoca, ora se referindo ao indivíduo, ora se referindo a uma coletividade de indivíduos, ainda que indetermináveis, como é o caso do art. 29, ao apregoar que se equiparam a consumidores ‘todas as pessoas determináveis ou não’ expostas às práticas previstas nos capítulos V e VI.

Nesse passo, o termo ‘consumidor’, previsto no art. 6º do CDC, não pode ser entendido simplesmente como a ‘parte processual’, senão como ‘parte material’ da relação jurídica extraprocessual, vale dizer, a parte envolvida na relação jurídica de direito material consumerista, na verdade o destinatário do propósito protetivo da norma.

E, por essa ótica, a inversão do ônus probatório continua a ser, ainda que em ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, instrumento benfazejo à facilitação da defesa dessa coletividade de indivíduos a que o Código chamou ‘consumidor’. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 951.785/RS. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 15/01/2011, *DJe*: 18 fev. 2011, p. 6).

O ordenamento positivo instituiu um microsistema processual entre a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/2005 – e o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90 –, em matéria de tutela coletiva dos direitos, cujas normas interagem entre si.

Tecidas todas estas considerações, no caso em tela, em que se pretende provar a abusividade de preços na comercialização dos combustíveis, foi mais que acertada a decisão de aplicar o instituto da inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público. Com efeito, mostra-se necessária a apuração de dados mais concretos acerca da atividade realizada pela empresa ora recorrente, tais como os custos de compra dos combustíveis junto ao distribuidor e as despesas inerentes à sua comercialização, dentre outros, a fim de que então seja possível a análise da eventual violação ou lesão perpetrada a direito do consumidor. Tendo em vista ser a prova essencial para a apuração dos fatos, e sendo impossível ao Ministério Público produzi-la, ao juiz cabe inverter o ônus da prova, principalmente nos casos em que documentos estejam em poder do fornecedor, aos quais o *Parquet* não tem acesso.

6. Referências bibliográficas

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 951.785/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 15 de janeiro de 2011, *DJe*: 18 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 972.902/RS. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Brasília, DF, 25 de agosto de 2009, *DJe*: 14 set. 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A inversão do ônus da prova nas ações coletivas: o verso e o reverso da moeda. In: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo; FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva, homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 5. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. (Coord.) *et al. Las responsabilidades profesionales: Libro al Dr. Luis O. Andorno*. La Plata: LEP, 1992.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120015

8

Direito Público Constitucional

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

ARTIGO

A VIDA PREGRESSA COMPATÍVEL COM A REPRESENTAÇÃO POPULAR NO SISTEMA BRASILEIRO DE INELEGIBILIDADES

PAST LIFE COMPATIBLE WITH THE OFFICE IN POLITICAL POWER IN THE BRAZILIAN INELLEGIBILITY SYSTEM

LIDIANE DUARTE HORSTH

Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais
lidianehorsth@mp.mg.gov.br

RESUMO: O escopo deste trabalho é o de analisar o regime brasileiro de inelegibilidades de forma a situar a “vida pregressa incompatível com a investidura no poder político” dentro desse sistema e classificá-lo como causa obstativa da candidatura a cargo eletivo. Defende-se que a vida pregressa desabonadora representa uma condição de elegibilidade implícita e, como tal, impede aquele cidadão que possui antecedentes criminosos de alcançar o poder via eleições. Contesta-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008 analisando-se o motivo de não se admitir a prevalência do princípio da presunção de inocência sobre o princípio da moralidade tampouco a negativa de vigência do preceito assentado no § 9º do artigo 14 da Constituição Federal. Conclui-se classificando a vida pregressa incompatível com o exercício de mandato eletivo dentro do sistema brasileiro de inelegibilidades como condição de elegibilidade implícita.

PALAVRAS-CHAVE: Inelegibilidade; vida pregressa; princípios; moralidade; presunção de inocência.

ABSTRACT: The scope of this paper is to analyze the Brazilian system of ineligibility in order to situate the “past life incompatible with the office in political power” in the system and classify it as a cause of obstructing candidacy for an elective office. It is argued that the unsuitable records represent an implicit condition of eligibility and, as such, it prevents citizens who had criminal records to be elected. One questions the recent decision by the Brazilian Supreme Court on the issue in the trial of the petition for Breach of Fundamental Precept no 144/2008. In this decision the Supreme Court decided on the reason why one could not admit the prevalence of the principle of presumption of innocence over the principle of morality nor over the denial of the validity of § 9 of Article 14 of the Brazilian Federal Constitution. In conclusion, it classifies the previous unsuitable life as incompatible with the exercise of elective office in the Brazilian system of ineligibility as an implicit condition of eligibility.

KEY WORDS: Ineligibility; previous life; principles; morality; presumption of innocence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O princípio constitucional da probidade e da moralidade para o exercício de mandato eletivo. 2.1. Histórico Normativo. 2.2. O princípio da probidade e da moralidade eleitoral na Constituição de 1988. 3. O regime brasileiro de inelegibilidades. 3.1. As condições de elegibilidade. 3.2. As causas de inelegibilidade. 4. A vida pregressa como impedimento à elegibilidade. 4.1. A vida pregressa como causa de inelegibilidade. 4.2. A vida pregressa como condição implícita de elegibilidade. 5. Os argumentos contrários à tese da vida pregressa desabonadora como impedimento à elegibilidade. 5.1. A inelegibilidade pela vida pregressa incompatível como restrição indevida aos direitos políticos do cidadão. 5.2. A inelegibilidade pela vida pregressa incompatível como afronta ao princípio da presunção de inocência. 6. O tratamento jurisprudencial brasileiro conferido à tese da vida pregressa como óbice à candidatura. 6.1. A evolução jurisprudencial do tema. 6.2. O caso “Eurico Miranda” como precedente à discussão

acerca da vida pregressa em sítio eleitoral. 6.3. A Consulta ao TSE nº 1.621/2008. 6.4. A arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 144 julgada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Iniciativas legislativas na seara da vida pregressa compatível com a representação popular. 7.1. O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral e o projeto de lei de iniciativa popular da “Campanha Ficha Limpa”. 7.2. Outros projetos de lei que cuidam da temática. 8. Conclusões. 9. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O escopo deste trabalho é o de analisar o atual regime brasileiro de inelegibilidades, situando a ‘vida pregressa incompatível com a investidura no poder político’ dentro desse sistema e, ainda, como causa obstativa da candidatura a cargo público eletivo.

Defende-se neste arrazoado que a vida anteacta desabonadora representa uma condição de elegibilidade implícita e, como tal, impede aquele cidadão que possui antecedentes criminosos ou relacionados com a prática de ato de improbidade administrativa – ainda que sem decisões judiciais definitivas – de alcançar o poder político via eleições.

Inicialmente faz-se um estudo do princípio constitucional da probidade e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, situando-o no plano constitucional como princípio e como direito fundamental de quarta geração.

Segue-se analisando o atual sistema brasileiro de inelegibilidades, relacionando as condições de elegibilidade explícitas e implícitas e as causas de inelegibilidade como integrantes desse regime e como impedimentos ao exercício da capacidade eleitoral passiva.

Posteriormente, passa-se à análise dos óbices à candidatura do cidadão hoje positivados, lembrando-se das condenações criminais transitadas em julgado como hipótese de perda dos direitos políticos e, também, como causa de inelegibilidade para alguns casos específicos de crimes. Ressalta-se, nessa passagem do trabalho, que

o impedimento para a candidatura de cidadão com vida pregressa maculada não coincide com as figuras jurídicas da perda dos direitos políticos ou da inelegibilidade pela prática dos crimes descritos na Lei Complementar nº 64/90, já que, para essas duas hipóteses, imprescindível é o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Mais à frente no arrazoado analisa-se a vida pregressa incompatível como óbice à elegibilidade, ponderando-se a possibilidade e a viabilidade de sua classificação ora como causa de inelegibilidade ora como condição de elegibilidade de forma a procurar o seu lugar dentro do sistema brasileiro de inelegibilidades.

Analisam-se, ainda, os argumentos hoje postos como razões impeditivas da consideração da vida pregressa incompatível como impedimento à elegibilidade, óbices esses que são apresentados pela doutrina e principalmente pela jurisprudência dos tribunais superiores. Para tanto, faz-se uma abordagem acerca dos direitos políticos e, ainda, da impropriedade em se considerar o princípio da presunção de inocência como postulado absoluto, que obstaculiza a aplicação do princípio da moralidade eleitoral.

Posteriormente faz-se um passeio evolutivo pela jurisprudência nacional concernente ao assunto, destacando-se os julgamentos mais emblemáticos feitos pelas Cortes Eleitorais Estaduais e pelo Tribunal Superior Eleitoral, que definiram o atual estágio das discussões.

Já finalizando o trabalho, noticiam-se as iniciativas legislativas na seara da moralidade eleitoral, indicando-se os projetos de lei hoje em tramitação no Parlamento que buscam consagrar no nosso ordenamento jurídico positivo a vida pregressa incompatível como óbice ao acesso a mandato eletivo.

Acredita-se, apesar da recente decisão contrária de efeito vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF nº 144/2008, que o princípio da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de mandato eletivo considerada a vida pregressa do candidato é preceito fundamental consagrado na Magna Carta de aplicabilidade obrigatória e de cunho cogente,

representando ainda um meio eficiente e possível para se buscar mais ética e seriedade na política e no trato com a coisa pública, alterando-se a face corrupta e ímproba do nosso Brasil.

2. O princípio constitucional da probidade e da moralidade para o exercício de mandato eletivo

2.1. Histórico-normativo

Reproduzindo cláusula já prevista na Constituição de 1967 (artigo 148, II) a respeito da defesa da probidade administrativa, a Constituição de 1969, de forma inaugural, estabeleceu a necessidade de se considerar a vida pregressa do candidato como pressuposto para a moralidade dos mandatos eletivos:

Art. 151. Lei Complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

[...]

IV- a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.

Tal dispositivo, posteriormente, foi alterado pela Emenda Constitucional (EC) nº 8/77, que deixou o referido artigo com a seguinte redação:

Art. 151. Lei Complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, com vistas a preservar, considerada a vida pregressa do candidato:

[...]

II – a probidade administrativa;

[...]

IV- a moralidade para o exercício do mandato.

Para regulamentar esse preceito constitucional, foi editada a Lei Complementar (LC) nº 5/70, que, entre as várias hipóteses de perda da capacidade eleitoral passiva, estabeleceu como causa de inelegibilidade a mera instauração de processo judicial contra pretensos candidatos aos quais houvesse sido imputada a prática de determinadas infrações penais.

Eis o texto do dito dispositivo da LC nº 5/70:

Art. 1º - São inelegíveis:

I – para qualquer cargo eletivo:

[...]

n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no artigo 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados;

Pela leitura do texto legal citado acima se verifica que, durante a vigência da Lei Complementar nº 5/70, bastava o simples recebimento pela autoridade judiciária de uma denúncia oferecida pelo Ministério Público contra um cidadão, imputando-lhe a prática de certos ilícitos penais para que se configurasse uma causa de inelegibilidade.

Naquela ocasião – época da ditadura no Brasil – diversas pessoas, principalmente as que faziam oposição política ao regime vigente, foram alvo de processos cíveis e criminais com o claro propósito de se fazer configurar a inelegibilidade.

Esse dispositivo da lei (artigo 1º, I, “n” da LC 5/70), submetido à apreciação dos Tribunais Superiores, foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (Recurso Especial (REsp) nº 4.221/RS).

Tal entendimento de inconstitucionalidade, no entanto, foi em seguida derrubado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (Recurso Extraordinário (RE) nº 86.297/SP), que proclamou a validade constitucional da norma legal em questão.

Já em 1982 uma nova lei complementar – LC nº 42/82 – alterou o artigo 1º da LC nº 5/70, dispondo que a inelegibilidade pela vida pregressa se configuraria quando houvesse condenação pelos crimes relacionados no texto legal, deixando de lado o critério do mero recebimento de denúncia pelo órgão julgador para assumir o critério de condenação:

Art. 1º - As alíneas *b* e *n* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º [...]

I – [...]

n) os que tenham sido condenados por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no artigo 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados;'

Ainda nessa ocasião muito se discutiu acerca da necessidade ou não de que essa condenação prevista pela LC nº 42/82 fosse definitiva, com trânsito em julgado.

O STF, analisando a problemática, ao decidir o RE 99.069/BA, posicionou-se no sentido de que a alteração introduzida pela LC nº 42/82 na então vigente Lei das Inelegibilidades (LC 5/70) condicionava o reconhecimento da inelegibilidade de qualquer candidato à existência de sentença condenatória definitiva, ou seja, exigia o trânsito em julgado da condenação, não bastando para a configuração da inelegibilidade em tela a mera prolação de sentença recorrível.

Já vigente a Constituição Federal de 1988, veio a Lei Complementar nº 64/90 que, ao regulamentar o artigo 14, §9º da CF/88, com a redação anterior à alteração introduzida pela Emenda Constitucional de Revisão (ECR) nº 4/94, revelou como causa de inelegibilidade a sentença condenatória não mais sujeita a recurso.

De tal modo, diversamente da Lei Complementar nº 5/70, a atual Lei de Inelegibilidades (LC 64/90) exige o trânsito em julgado da decisão condenatória para o fim de reconhecer a causa de inelegibilidade.

Acerca do assunto, a CF/88 originariamente previa:

Art. 14. [...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Mais adiante no tempo, a Revisão Constitucional de 1994 introduziu comando na Constituição que previu a regulamentação, por meio de lei complementar, da inelegibilidade decorrente da vida pregressa considerada a moralidade e a probidade.

Por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94 foi modificada a redação do § 9º do artigo 14 da Constituição Federal passando tal dispositivo a dispor:

Art. 14 [...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Pela análise comparativa das sucessivas redações do dispositivo legal acima mencionado (artigo 14, § 9º da CF/88) em suas redações originária e modificada pela Emenda Constitucional de Revisão pode-se facilmente perceber que a expressão “probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato” representa a parte da atual redação do artigo que foi acrescida pela ECR nº 4/94.

Essa ECR nº 4/94, vale dizer,

[...] alterou o teor do aludido dispositivo para estabelecer o princípio da proteção da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato como informador da definição de inelegibilidade. (REIS, 2009, p. 4).

O princípio da probidade e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, dessa forma, foi acrescido ao texto constitucional de forma consciente e intencional pelo legislador, sendo certo que, ao se fazer uma análise sistêmica da Constituição, percebe-se que “a análise da vida pregressa dos pretendentes à disputa eleitoral é exigência constitucional” (CASTRO, 2009. p. 2) e se relaciona intimamente com o princípio constitucional da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de mandato eletivo.

Márlon Jacinto Reis, ao escrever sobre o assunto, chega a afirmar:

Esse registro histórico é essencial para que não se perca de vista a orientação consciente do constituinte derivado, que alterou o texto a Lei Fundamental para o propósito específico de autorizar o legislador a definir hipóteses de inelegibilidade que efetivamente pudessem proteger a moralidade e a probidade administrativas tomando-se por critério balizas relacionadas à vida pregressa dos candidatos. (REIS, 2009, p. 5).

Verifica-se, pela análise do § 9º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988, que ali se consagrou o princípio da probidade administrativa e da moralidade eleitoral e, por consequência,

afirmou-se a exigência do exame da vida pregressa dos candidatos a ocupar cargos públicos, notadamente de cargos públicos eletivos.

2.2. O princípio da probidade e da moralidade eleitoral na Constituição de 1988

De uma simples análise da Constituição Federal extrai-se o inafastável propósito do constituinte de tutelar o exercício da função pública, protegendo-a das práticas de imoralidade e improbidade.

A simples constatação da existência de diversas regras no texto constitucional dispondo acerca de condições de elegibilidade, causas de inelegibilidades e hipóteses de perda de mandato para políticos fundadas na falta de decoro e observância da moralidade e da probidade que devem nortear a vida pública indica esse evidente escopo do legislador.

Djalma Pinto, em obra que analisa com grande sapiência o assunto ora em estudo, ressalta:

A exigência de vida pregressa compatível com a magnitude da representação popular, contida no artigo 14, §9º da Constituição, é uma proposição com força normativa que vincula o aplicador do direito [...]. A forma enfática como a Constituição determina a análise da vida pregressa não deixa dúvida sobre haver erigido nessa exigência um princípio de grande relevância. Ocorreu, sim, a constitucionalização de um valor (a boa reputação), tido como imprescindível para a investidura na representação popular. É oportuno reiterar que, ao recomendar a criação de outras hipóteses de inelegibilidade, o Texto constitucional, no citado §9º do artigo 14, especificou o seu objetivo: proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato. Para tanto, teve como imprescindível a avaliação da vida pregressa do candidato. Ao ordenar que seja levada em consideração a vida pregressa de qualquer cidadão, que pretenda postular mandato eletivo, a Constituição, inequivocamente, deu juridicidade a um valor, largamente cultuado pela sociedade brasileira: a idoneidade para investidura no poder político. (PINTO, 2008, p. 88).

Como princípio constitucional que é, o princípio da probidade e da moralidade eleitoral deve ser observado a fim de se exigir a análise da vida pregressa do postulante a cargo eletivo independentemente de tal exigência ser prevista como condição expressa de elegibilidade ou como causa de inelegibilidade.

O artigo 37 da CF/88, que menciona os princípios norteadores da administração pública em geral e positiva os valores da moralidade e da probidade, vincula a conduta dos agentes públicos e políticos e exige a moralidade e a probidade não só para a permanência no cargo, mas, também, obviamente, para o acesso ao cargo público eletivo.

Neste diapasão – moralidade e probidade como pressupostos de permanência no cargo público – inevitável concluir, a partir de uma construção sistêmica do raciocínio constitucional, que tais valores/princípios são também, e com mais razão, condições – ou pressupostos – de acesso ao mandato eletivo. Na linguagem eleitoral: condições de elegibilidade explícitas, porque propositalmente manifestadas pelo legislador constituinte como inerentes e indissociáveis à função pública. (CASTRO, 2009, p. 6).

Os princípios são proposições normativas que compõe, em conjunto com as regras jurídicas, o sistema jurídico.

Afirma Djalma Pinto:

A grande contribuição do direito contemporâneo à civilização foi justamente o reconhecimento da normatividade dos princípios [...] a compreensão de que os princípios obrigam, vinculam, têm força normativa até mais consistente do que aquela emanada de um dispositivo isolado de lei, propiciou um grande salto na evolução do Direito. (PINTO, 2008, p. 66).

Ao falar sobre a força normativa dos princípios o Ministro César Asfor Rocha, ao apreciar a Consulta nº 1.398 feita ao TSE, asseverou em seu voto:

Essa visão da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais à solução de controvérsias concretas, no mundo processual, representa a superação do que o professor Paulo Bonavides chama de velha hermenêutica [...] para aludir à forma interpretativa da Constituição que deixava à margem de invocação imediata a força normativa dos princípios, tem-se hoje em dia como pertencente ao passado, a visão que isolava dos princípios constitucionais da solução dos casos concretos [...] bem como a formulação de que os princípios eram normas abertas [...] ou meramente informativas, não portando densidade suficiente para resolução de conflitos objetivos. (PINTO, 2008, p. 72).

Percebemos, assim, que os princípios constitucionais vinculam tanto o aplicador da lei como o legislador infraconstitucional pela imperatividade que a Constituição lhe outorga.

Passando o princípio da moralidade e da probidade eleitoral a integrar a Constituição, exige-se a sua aplicação, de forma irrecusável, a todos os casos concretos em que alguém postula registro de candidatura a fim de impedir o acesso de pessoas inaptas ao exercício da vida pública ao poder.

Ensina Ramayana acerca da necessidade de observância do princípio da moralidade na seara pública:

A vida de um servidor público deve ser moralmente aceita pela sociedade, e esta situação de subjugação aos deveres com a ordem democrática defluem da natural posição do homem representativo dentro do contexto de comunidades simplesmente primitivas e das altamente organizadas. (RAMAYANA, 2008, p. 66).

É prática corrente a análise da vida pregressa dos candidatos à admissão ao serviço público no Brasil.

Essa exigência de vida pregressa compatível com a dignidade do cargo público sempre foi respaldada pelos Tribunais, e o STF aplica reiteradamente precedentes nesse sentido.

Cidadãos com vida pregressa desabonadora, às vezes com meros registros da existência de inquéritos policiais em seu desfavor, não são admitidos a cargos como os de Policial Militar, Juiz de Direito, Delegado de Polícia ou Promotor de Justiça.

No Poder Judiciário e no Ministério Público, por exemplo, essa análise da vida pregressa e da moralidade dos seus membros é contundente e feita de forma rigorosa antes do ingresso dos candidatos à carreira pública.

Essa análise prévia e severa da moralidade dos candidatos a cargos públicos de importância social é facilmente constatada quando observamos nos editais dos concursos públicos promovidos para ingressos em suas carreiras a exigência da investigação da vida pregressa, representando, em alguns casos, como o da carreira da Polícia Militar, por exemplo, uma fase distinta imprescindível à aprovação nos certames.

O Conselho Nacional de Justiça, inclusive, por meio da Resolução nº 75/2009 – que uniformizou o procedimento e os critérios relacionados ao concurso de ingresso na magistratura – estabelece na Seção II, em seu artigo 5º, a necessidade de investigação sobre a vida pregressa do candidato, estabelecendo que a “sindicância da vida pregressa e investigação social do candidato” integra a terceira etapa do concurso para ingresso nos quadros da Magistratura.

Se uma pessoa com vida pregressa maculada – mesmo sem nenhuma decisão condenatória definitiva – não pode ser admitida em um concurso público para ingresso na magistratura, como poderá concorrer a um cargo de Deputado Federal, por exemplo?

Se não podemos admitir um policial militar com vida pregressa desabonadora, porque devemos possibilitar que o seu chefe - um governador de estado - possa ostentar uma ficha com inúmeras indicações ou até mesmo condenações por, diga-se, malversação de dinheiro público?

Seria a moral exigida para um juiz ou para um policial militar diferente daquela exigida para o ocupante de um cargo de Deputado Federal ou Governador de Estado?

Não estaríamos utilizando dois pesos e duas medidas para uma mesma situação?

Também defendendo tal posicionamento assevera Thales Tácito Cerqueira:

Temos ainda o princípio da moralidade, insculpido no artigo 37 da CF/88, que passou a ser o elemento central da vida pregressa ou anteacta do candidato, a ensejar a chamada ‘moralidade como condição de elegibilidade implícita’, permitindo, assim, a impugnação de candidatos que não tenham conduta ilibada. (CERQUEIRA, 2008, p. 827).

Djalma Pinto defende o princípio constitucional da moralidade eleitoral ao sustentar:

A forma enfática como a Constituição determina a análise da vida pregressa não deixa dúvida sobre haver erigido nessa exigência um princípio de grande relevância. Ocorreu, sim, a constitucionalização de um valor (a boa reputação), tido como imprescindível para a investidura na representação popular. É oportuno reiterar que, ao recomendar a criação de outras hipóteses de inelegibilidade, o texto constitucional, no citado §9º do artigo 14, especificou o seu objetivo: proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato. Para tanto, teve como imprescindível a avaliação da vida pregressa do candidato. [...] A incorporação desse valor, na ordem jurídica como já ressaltado, decorreu da evolução cultural do país, após a Constituição de 1988 que juridicizou a própria Moral (artigo 37, CF). (PINTO, 2008, p. 87).

Saltando para o Direito Comparado, podemos perceber com facilidade, pela análise da legislação de alguns países integrantes da União Europeia, que esses países buscam adotar mecanismos que impeçam candidaturas a cargos políticos de pessoas com vida

pregressa maculada por imoralidade e improbidade. Em muitas dessas nações a candidatura a cargo público eletivo é impedida quando há somente uma condenação, independentemente de trânsito em julgado da decisão que a impôs.

Marcos Ramayana, em obra de Direito Eleitoral de sua autoria, ao cuidar do princípio da moralidade, adentra no campo do Direito Comparado e nos ensina:

Na Bélgica, o Código Eleitoral no artigo 6º, com a alteração da Lei de 5 de julho de 1976 (art.3º), assim dispõe: “Ficarão definitivamente privados da capacidade eleitoral, não podendo ser admitidos à votação, os que tenham sido condenados a uma pena criminal”. A lei não especifica se deve haver o trânsito em julgado. [...] A Lei Eleitoral da Dinamarca de 31 de maio de 1987, no artigo 4º, item I, assim expressa: ‘A elegibilidade para o Parlamento é atribuída a todo o indivíduo que gozar do direito de voto, nos termos dos artigos 1º e 2º, salvo se tiver condenado por um acto que, aos olhos da opinião pública, o torne indigno de ser membro do Parlamento’. (Outrossim, a Lei Orgânica nº 5, de 19 de junho de 1985, do Regime Eleitoral Espanhol, no artigo 6º, item 2, disciplina: ‘Não poderão ser eleitos: a) os condenados por sentença transitada em julgado, a pena privativa de liberdade, durante o período de duração da mesma; b) ainda que a sentença não seja transitada em julgado, os condenados por crime de rebelião ou os membros de organizações terroristas condenados por crime contra a vida, a integridade física ou liberdade das pessoas’. É interessante notar que na Lei Eleitoral de 31 de julho de 1924, de Luxemburgo, o eleitor perde a capacidade ativa e, por via de consequência, a capacidade passiva, quando: ‘Art. 4º: 2º- os que tiverem sido objeto de condenação penal; 3º - os que tiverem sido condenados , bem como seus cúmplices, a pena de prisão por furto, receptação, fraude ou abuso de confiança, contrafacção, emprego de falsificações, falso testemunho, falso juramento, suborno de testemunhas, peritos ou intérpretes [...]’.

(RAMAYANA, 2008, p. 67-68).

À vista de tudo isso se deduz, com clareza, que a Constituição Federal de 1988 deu juridicidade ao valor idoneidade para investidura no poder político, não havendo dúvidas acerca da existência do princípio constitucional da probidade e da moralidade eleitoral.

3. O regime brasileiro de inelegibilidades

A legislação eleitoral pátria, ao tratar da capacidade eleitoral passiva do cidadão, disciplina o regime de inelegibilidades, regime esse que engloba as “condições de elegibilidade” e as “causas de inelegibilidade”.

Além das condições de elegibilidade e das hipóteses de inelegibilidade, existem outros requisitos que precisam ser observados pelo candidato a cargo público eletivo. “Trata-se das condições de registrabilidade que são consideradas meros requisitos instrumentais à efetivação do registro de candidatura.” (ZILIO, 2008, p. 166).

Se tais requisitos não forem cumpridos, o registro de candidatura será indeferido, “o que não significa, porém, a incidência de uma causa de inelegibilidade ou a não implementação de um pressuposto de elegibilidade.” (ZILIO, 2008, p. 167).

Podemos entender inelegibilidade, no sentido lato, como o impedimento erigido pela Constituição ou por Lei Complementar que não pode ser afastado pelo cidadão e acaba por constituir-se em óbice intransponível para o seu acesso a mandato eletivo.

3.1. As condições de elegibilidade

Quando um brasileiro preenche as condições de elegibilidade, ele possui “o direito subjetivo de disputar o cargo público.” (CASTRO, 2008, p. 163).

Esse indivíduo que reúne as condições de elegibilidade, caso não incida em nenhuma das causas de inelegibilidade, pode exercer sua capacidade eleitoral passiva concorrendo como candidato a cargos públicos eletivos.

Edson de Resende Castro define condições de elegibilidade desta forma:

Os requisitos a serem preenchidos pelo cidadão brasileiro quando do seu registro de candidatura junto à Justiça Eleitoral, para só então submeter seu nome ao eleitorado da circunscrição da disputa. São pressupostos de admissibilidade da candidatura, que deitam raízes no prestígio do princípio da preservação do regime democrático, prevalente sobre qualquer outro, porque fundamento da República. (CASTRO, 2009, p. 1).

As condições de elegibilidade, aqui entendidas como requisitos positivos a serem preenchidos por aquele cidadão que pretende concorrer a cargo público eletivo, são previstas no texto constitucional e também na legislação ordinária.

Ao contrário das causas de inelegibilidade, que somente podem ser estabelecidas na Constituição e em lei complementar, nas condições de elegibilidade não exige a Constituição Federal de 1988 reserva legal.

Inicialmente encontramos no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal um rol das condições de elegibilidade explícitas.

Apesar de defender alguns que as condições de elegibilidade estariam todas relacionadas nesse rol do artigo 14, § 3º, da Constituição, interpretação mais atual diz que esse rol não é taxativo, mas meramente exemplificativo, sendo as condições de elegibilidade previstas nesse dispositivo constitucional tão somente aquelas conhecidas como “condições de elegibilidade típicas ou próprias”.

As demais condições de elegibilidade não tratadas de forma explícita naquele dispositivo constitucional, por sua vez, que podem ser encontradas por meio de uma interpretação sistêmica da Constituição e até mesmo da legislação infraconstitucional, seriam as “condições de elegibilidade implícitas, atípicas ou impróprias”.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira compartilha tal entendimento e assevera:

Nas condições de elegibilidade o rol não é taxativo, e sim exemplificativo, pois no artigo 14, § 3º da CF/88 temos um rol ex-

plícito, mas temos ainda outros exemplos, previstos na própria CF/88, como o artigo 14, §4º, qual seja, a alfabetização. Logo, a alfabetização é uma condição de elegibilidade implícita na própria CF/88, tanto que o TSE exige em resoluções eleitorais, caso não haja provas do ensino regular, o ‘teste de alfabetização’. Outro exemplo para ilustrar que o rol não é taxativo é a exigência em resoluções do TSE eleitorais, da fotografia recente para colocar no programa da urna eletrônica. E temos outra criada por Fernando Neves: a falta de prestação de contas ou multa não paga gera a ausência de quitação eleitoral e, como tal, impede o registro futuro (Res. 21.848/04). Logo, a quitação eleitoral é uma condição de elegibilidade. (CERQUEIRA, 2008, p. 828).

Já Edson de Resende Castro sinaliza:

É verdade [...] que os requisitos a serem preenchidos pelo brasileiro para a disputa não residem apenas no artigo 14, §3º da Constituição Federal de 1988 Se é assente que ali está uma verdadeira enumeração, também extreme de dúvidas que ela não estanca o rol de condições à candidatura postas no ordenamento jurídico, nem mesmo no plano constitucional. (CASTRO, 2009, p. 3).

Tem-se como exemplo de uma condição de elegibilidade (implícita) para a disputa aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República a nacionalidade brasileira nata.

Onde está essa condição, conhecida de todos e extreme de dúvidas, na Constituição? Está no artigo 14, § 3º, junto com o as hipóteses arroladas como condições de elegibilidade explícitas?

A resposta, obviamente, é negativa, sendo essa condição de elegibilidade encontrada no artigo 12 da Magna Carta.

Esse é somente um exemplo que indica e demonstra que o rol do artigo 14, § 3º, da Constituição Federal, que traz algumas condições de elegibilidade, não é exaustivo, podendo o intérprete encontrar diversas outras condições de elegibilidade em outros sítios da Carta Constitucional e até mesmo na legislação infraconstitucional.

Adiciona-se aos exemplos de condições de elegibilidade não incluídas no rol do artigo 14, § 3º, da CF/88 a alfabetização (artigo 14, § 4º, da CF/88), a condição especial dos militares (artigo 14, § 8º, da CF/88), a desincompatibilização (artigo 14, § 7º, da CF/88 e LC nº 64/90), a indicação em convenção partidária, a quitação eleitoral, entre outros.

Adriano Soares da Costa, ao cuidar do estudo das condições de elegibilidade, também discorre acerca do assunto:

Assim como há as condições de elegibilidade próprias, porque previstas no art. 14, § 3º, da CF, há também as condições de elegibilidade impróprias, eis que previstas noutras normas constitucionais ou infraconstitucionais. A classificação, por isso mesmo, é meramente topológica. Do ponto de vista substancial, são condições de elegibilidade os pressupostos fixados pelo ordenamento jurídico para a obtenção do direito de ser votado. (COSTA, 2008, p. 63).

Conclui-se que, além das condições de elegibilidade explicitamente previstas no artigo 14, § 3º, da Constituição Federal de 1988 têm-se outras condições de elegibilidade, algumas até implícitas, sendo uma dessas últimas, como se verá adiante, a “vida pregressa compatível com a probidade e moralidade eleitoral”.

3.2. As causas de inelegibilidade

As causas de inelegibilidade, por sua vez, apesar de diferenciarem-se das condições de elegibilidade vistas acima, também obstam a candidatura do cidadão.

Caracterizam-se as causas de inelegibilidade como fatos ou circunstâncias da vida que retiram do nacional a possibilidade de ser candidato, podendo ser definidas como sendo “regras restritivas que vão implicar condições obstativas ou excludentes da participação passiva na atividade de sufrágio, reconhecidos privados de concorrer a cargos eletivos.” (RIBEIRO, 2000, p. 163).

As condições de elegibilidade são requisitos positivos que devem ser preenchidos pelo cidadão para o exercício da sua capacidade eleitoral passiva enquanto as causas de inelegibilidade, por seu turno, são requisitos negativos que, presentes, retiram desse cidadão a sua capacidade de ser candidato a cargo público eletivo.

De tal modo, para que um cidadão obtenha registro de candidatura a cargo eletivo de representação popular e possa disputar um cargo eletivo, imperioso que ele reúna as condições constitucionais de elegibilidade e, cumulativamente, que também não incorra em nenhuma das hipóteses de inelegibilidade relacionadas na Constituição Federal e em Lei Complementar, atualmente, na Lei Complementar nº 64/90.

“A presença das primeiras (condições de elegibilidade) e a ausência das segundas (causas de inelegibilidade) leva à elegibilidade, ou seja, ao direito de ir às urnas.” (CASTRO, 2008, p. 164).

Existem ainda aqueles doutrinadores que defendem que as “condições de registrabilidade” também integram o regime das inelegibilidades, sendo certo que Adriano Soares da Costa (2008) chega mesmo a sustentar que todas as condições de elegibilidade seriam, na verdade, condições de registrabilidade, já que somente com o aperfeiçoamento do fato jurídico registro nasceria o direito subjetivo do candidato de ser votado.

Em que pese o respeitável posicionamento acima esposado, a maioria da doutrina eleitoralista pátria defende a teoria clássica que sustenta que o brasileiro, para ser candidato, deve tão somente reunir as condições de elegibilidade e não incorrer nas causas de inelegibilidade, não sendo as “condições de registrabilidade” ou “o registro da candidatura” mais uma condição de elegibilidade conforme sustenta Adriano Soares da Costa.

De qualquer forma, podemos também definir “condições de registrabilidade” como

[...] aquelas exigências fixadas na lei eleitoral ou nas resoluções do TSE, que nada têm a ver com a elegibilidade do candidato, mas que apenas proporcionam meios de instrumentação da candidatura. (CASTRO, 2008, p. 163).

As causas de inelegibilidade, ao contrário das condições de elegibilidade, exigem reserva legal, sendo taxativamente previstas na Constituição Federal, nos seus artigos 14, §§ 4º, 5º, 6º e 7º e na Lei Complementar nº 64/90.

O reconhecimento de nova causa de inelegibilidade que já não seja expressamente prevista, conforme comando do artigo 14, § 9º, da CF/88, demanda previsão por lei complementar, sendo atribuição desta disciplinar situações que venham a configurar novas hipóteses de inelegibilidade.

4. A vida pregressa como impedimento à elegibilidade

Sempre se sustentou na doutrina e na jurisprudência pátria ser inviável a subtração da capacidade eleitoral passiva de um cidadão ao argumento de vida pregressa incompatível com a probidade e a moralidade eleitoral quando não ocorrente a efetividade da decisão, seja ela condenatória por contravenção ou crime ou pela prática de ato de improbidade administrativa.

Conforme mencionado alhures, havendo condenação criminal transitada em julgado ou condenação definitiva pela prática de ato de improbidade administrativa, os direitos políticos do condenado ficam suspensos, nos termos do artigo 15, incisos III e V, da Constituição Federal e, em alguns casos, a depender do tipo de crime imputado ao cidadão condenado, haverá, ainda, a configuração de uma causa de inelegibilidade.

Em assim sendo, no primeiro caso, falece ao cidadão a condição de elegibilidade do pleno exercício dos direitos políticos, condição essa expressamente prevista no artigo 14, § 3º, II, da Constituição Federal e no segundo incide sobre o indivíduo uma causa de inelegibilidade pela subsunção a uma hipótese típica prevista na LC nº 64/90.

Da mesma forma como se dá na suspensão dos direitos políticos, a condenação nos crimes específicos relacionados no artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/90, se definitiva, além de subtrair do condenado uma das condições de elegibilidade pela suspensão dos direitos políticos em virtude da condenação criminal até o cumprimento integral da pena, atribui-lhe uma causa de inelegibilidade pelo prazo de três anos após o cumprimento dessa pena.

Por essas razões – pela ausência da plenitude do gozo dos direitos políticos ou pela incidência de causa de inelegibilidade – é que o cidadão não poderá concorrer a cargo público eletivo.

Destarte, tanto para a caracterização da ausência da condição de elegibilidade quanto da existência da causa de inelegibilidade relacionada com a condenação criminal e a prática de improbidade administrativa exige expressamente a Constituição Federal e a Lei das Inelegibilidades o trânsito em julgado da decisão condenatória, seja ela criminal seja pela prática de ato ímprobo.

Ausente o trânsito em julgado da decisão condenatória pela prática de crime, contravenção penal ou ato de improbidade administrativa, inviável, por previsão constitucional expressa, a configuração da ausência da condição de elegibilidade consistente no pleno exercício dos direitos políticos ou da causa de inelegibilidade prevista no artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64/90.

Nesta esteira de raciocínio, pergunta-se: e se um cidadão tem sua vida pregressa comprometida, responde a vários processos pela prática de crimes e atos ímprobos, é acusado de participar de atos de malversação de dinheiro público que evidenciam o seu caráter ímprobo e desonesto, mas não tem contra si nenhuma decisão condenatória transitada em julgado, pode esse cidadão disputar cargos públicos eletivos?

A Constituição Federal, conforme já mencionado, revela preocupação expressa com a proteção da moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato.

A moralidade eleitoral já é vista inclusive como um princípio constitucional, como um valor com assento na Constituição Federal.

Apesar de Lei Complementar ainda não dispor sobre a vida pregressa incompatível como causa de inelegibilidade independente de trânsito em julgado, regulamentando, como deveria, o artigo 14, § 9º, da CF/88 com a nova redação que lhe foi dada pela ECR nº 4/94, não se pode permitir a candidatura de cidadãos com vida pregressa desabonadora.

Edson de Resende Castro sintetiza com maestria essa ideia:

Independentemente da omissão legislativa na fixação de outras hipóteses de inelegibilidade pela vida pregressa ou mesmo da futura e já anunciada complementação da inspiração revisora de 1994, o certo é que a análise da vida pregressa dos pretendentes à disputa eleitoral é exigência constitucional, encontrada sem qualquer esforço a partir de uma leitura sistêmica do texto. (CASTRO, 2009, p. 2).

Nesse diapasão, evidentemente não se pode perder de vista esse valor e deve-se impedir que cidadãos com vida pregressa incompatível com o exercício de mandato público eletivo alcancem esses cargos via candidatura.

Alcançada essa conclusão, pergunta-se: se esse candidato com vida pregressa incompatível deve ser considerado inelegível, a que título essa inelegibilidade se dá?

Falece a esse candidato alguma condição de elegibilidade ou lhe é atribuída alguma causa de inelegibilidade?

Esses questionamentos começaram a ser feitos pela doutrina e pelos operadores do direito eleitoral, sendo a tese reapresentada no Judiciário por volta do ano de 2004.

A partir daí, a questão foi – e ainda é – alvo de muitos debates, notadamente por ocasião do último pleito do ano de 2008,

quando se intensificaram os debates populares acerca da temática “ficha suja”.

Muito se questionou se deveria se admitir a participação nas eleições para cargos públicos eletivos de pessoas com vida moral e pública comprometidas, mesmo quando tais pessoas fossem em tese “elegíveis”.

A prática forense eleitoral revela, a cada ano de eleições, que não são poucos os casos em que cidadãos conseguem ver deferidos pedidos de registro de candidatura malgrado ostentarem antecedentes em nada compatíveis com a moralidade e a probidade.

São inúmeros os casos de candidatos que respondem a processos criminais pela prática de graves crimes, muitos deles relacionados à malversação de recursos públicos e processos cíveis pela prática de improbidade administrativa que, não obstante a “ficha suja”, acabam por se registrarem como candidatos porque não têm em seu desfavor decisões condenatórias transitadas em julgado.

Ao se fazer uma interpretação literal da Constituição Federal e uma aplicação crua da Lei Complementar nº 64/90, infere-se que, inexistente o caráter definitivo da decisão, nem mesmo diversas denúncias ou condenações pela prática de crimes e atos de improbidade administrativa podem retirar a elegibilidade do cidadão.

Considerado o trânsito em julgado como requisito essencial para a ocorrência do óbice à candidatura, os “políticos profissionais” imorais e ímprobos buscam sempre e a todo custo evitar o famigerado “trânsito em julgado”.

Irrelevante para eles que haja investigação, inquérito, processo ou condenação. O que não admitem, tais cidadãos, é o trânsito em julgado das decisões condenatórias, sendo ônus dos seus advogados encontrar meios, nem sempre éticos e afinados com o regramento jurídico nacional, que impeçam a Justiça de decidir em definitivo as questões de lhes são desfavoráveis.

O trânsito em julgado das decisões condenatórias criminais e cíveis pela prática de atos de improbidade administrativa, com isso, passou a ser visto como fator que impede “[...] a Justiça Eleitoral de realizar o exame da vida pregressa do candidato, tal como determinado na Constituição Federal a partir da ECR nº 4/94”¹

Por essa razão, chegaram alguns (a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, por exemplo) a defender:

[...] que a exigência prevista na Lei de Inelegibilidades, pertinente ao trânsito em julgado de decisões condenatórias dos candidatos, não foi recepcionada pelo texto desse dispositivo constitucional, após a ECR nº 4/94.²

Sustentou-se em acréscimo (RO nº 1.069/2006, ADPF nº 144/2008), também mais uma vez com o propósito de ver prosperar a tese da análise da vida pregressa do candidato como meio de efetivação do princípio constitucional da probidade e da moralidade eleitoral para o exercício de mandato representativo, a tese da autoaplicabilidade do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988.

Apesar de se acreditar na existência e na imperatividade do princípio da probidade e da moralidade para o exercício de mandato eletivo considerada a vida pregressa do candidato, pensa-se, todavia, não ser essa a melhor interpretação constitucional acerca do tema.

De fato, conforme já foi dito, para que se reconheça a ausência da condição de elegibilidade ou a existência da causa de inelegibilidade relacionadas com a condenação criminal e a condenação pela prática de improbidade administrativa, imprescindível é o trânsito em julgado da decisão condenatória, seja ela criminal seja cível de improbidade.

¹ Trecho da Petição Inicial da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros junto ao STF no ano de 2008.

² Trecho da Petição Inicial da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros junto ao STF no ano de 2008.

Acredita-se não poder se defender a autoaplicabilidade do artigo 14, § 9º, da CF/88 para o fim de se deduzir ser a vida pregressa independente de trânsito em julgado uma causa de inelegibilidade supralegal, não prevista em Lei Complementar.

Apesar de a omissão legislativa estar, em última análise, impedindo a efetividade do princípio da moralidade, talvez não seja essa tese a que melhor se afina com a ordem jurídica hoje vigente.

Da mesma forma não se defende, como o fez a AMB, que a Lei Complementar nº 64/90 teria sido parcialmente revogada pelo disposto no § 9º do artigo 14 da CF/88 com a novel redação dada pela ECR nº 4/94.

Ressoa não serem esses caminhos apontados acima as vias aptas a impedir uma candidatura quando ausente a probidade e a moralidade eleitoral.

Independente de previsão expressa na Constituição ou na Lei Complementar nº 64/90 de condição de elegibilidade própria ou de causa de inelegibilidade vinculada ao princípio da moralidade e da probidade eleitoral, observa-se que o legislador constitucional se preocupou, de forma expressa no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988, com esse valor.

Com isso é inquestionável a conclusão de que a vida pregressa desabonadora ostentada por muitos candidatos deve ser considerada como impedimento à elegibilidade.

Mas, posta essa conclusão, como deverá a vida pregressa incompatível com a moralidade se encaixar dentro do sistema de elegibilidade brasileiro?

A que título deve ser considerada a vida pregressa incompatível para que seja tida como óbice à candidatura: como condição de elegibilidade ou como causa de inelegibilidade?

4.1. A vida pregressa como causa de inelegibilidade

Logo depois de introduzido o princípio da probidade e da moralidade eleitoral na Constituição Federal pela Emenda de Revisão nº 4/94, deu-se início às discussões acerca da classificação desse princípio dentro do regime de inelegibilidades brasileiro.

Como o § 9º do artigo 14 da Magna Carta dispôs que Lei Complementar estabeleceria outros casos de inelegibilidade para proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, a primeira interpretação que se fez foi a de que o princípio da moralidade considerada a vida pregressa deveria ser visto como uma causa de inelegibilidade.

Em assim sendo, questionou-se: sendo a moralidade e a probidade administrativa para o exercício de mandato eletivo declarada a vida antecessa do candidato uma causa de inelegibilidade, não seria indispensável que tal situação viesse prevista em lei complementar?

Como a resposta a esse questionamento é obviamente positiva, a discussão do momento, conforme já se adiantou no tópico anterior, passou a se relacionar com a autoaplicabilidade do § 9º do artigo 14 da CF/88.

Nos primeiros julgamentos relacionados com o tema, as candidaturas dos políticos com vida pregressa incompatível com o exercício de mandato eletivo foram obstadas ao argumento da autoaplicabilidade do princípio constitucional positivado no artigo 14, § 9º.

Foi esse, inclusive, o argumento chave utilizado pelo Tribunal Regional do Estado do Rio de Janeiro para obstar as candidaturas cujos pretendentes ostentavam vida prévia maculada.

Quando essa tese chegou ao Tribunal Superior Eleitoral, foi barrada ao argumento singelo de não ser o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal norma autoaplicável.

A Corte Superior Eleitoral chegou a invocar a Súmula nº 13, editada já há alguns anos, que traz o seguinte enunciado: “Não é auto-aplicável o § 9º, do artigo 14, da Constituição, com a redação da ECR nº 4/94.”

Esse foi, inclusive, o argumento chave utilizado pelo TSE para modificar decisão do TRE-RJ quando do julgamento do Recurso Ordinário nº 1.069/2006 (“Caso Eurico Miranda”).

O Tribunal Regional (TRE) do Rio de Janeiro negou o registro da candidatura do cidadão Eurico Miranda ao argumento de vida pregressa incompatível com o exercício do mandato; para tanto, invocou o argumento de que o artigo 14, § 9º, da Constituição da República é autoaplicável.

Submetido o caso ao TSE, a Corte Superior modificou a decisão fluminense e deferiu o registro, ao fundamento de não ser, ao contrário do sustentando pelo TRE do Rio de Janeiro, autoaplicável o artigo 14, § 9º, da Constituição, não sendo viável a aplicação do princípio da probidade e da moralidade eleitoral considerada a vida pregressa independente de decisão definitiva por não existir, até então, lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicaria inelegibilidade.

Ao apreciar tal recurso, o Ministro Marcelo Ribeiro, então relator, mencionou em seu voto:

[...] o acórdão recorrido contém um fundamento, com uma derivação, que é no sentido de que o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal seria auto-aplicável [...]. Além de haver súmula deste Tribunal assentando não ser auto-aplicável este artigo (Súmula TSE nº 13), o referido dispositivo expressamente começa assentando que ‘lei complementar estabelecerá’. Não tenho a menor dúvida de que um artigo que diz ‘que a lei estabelecerá’ não é auto-aplicável [...] essa tese é sustentada com base na auto-aplicabilidade do artigo 14, § 9º, da Constituição, que evidentemente, não procede [...]. (BRASIL, 2006).

Vê-se, então, que a tese de que o princípio previsto na norma do artigo 14, § 9º, da CF é autoaplicável e que independe de edição de lei complementar para se configurar em causa de inelegibilidade improcedente.

Verdade que a omissão deliberada do legislador infraconstitucional, que se furta a editar a lei complementar pedida pelo § 9º do artigo 14 da CF/88, acaba por negar vigência ao princípio da moralidade e impedir a efetivação do direito coletivo dos brasileiros a um governo honesto e probo.

No entanto, entende-se que essa não é a melhor classificação do tema dentro do sistema brasileiro de inelegibilidades.

Existem, conforme se verá, outros caminhos mais sólidos e defensáveis juridicamente como meio para se atingir o fim almejado, que é a aplicação do princípio da moralidade para o exercício de mandato eletivo considerada a vida pregressa do candidato.

É possível se impedir a candidatura de cidadãos com vida incompatível com o exercício de mandato representativo por outras veredas, sem que se tenha que “forçar” a existência de causa de inelegibilidade de fato inexistente.

Não se trata, como se verá adiante, o princípio da moralidade e da probidade na vida política de uma causa de inelegibilidade *até então*. Isso só ocorrerá quando o legislador, por meio de lei complementar, como a Constituição exige, definir nova hipótese de inelegibilidade que positive esse valor jurídico.

Como essa lei complementar ainda não existe, não se pode, obviamente, falar em causa de inelegibilidade relacionada com a moralidade e a probidade considerada a vida pregressa.

Nesse sentido, também concluiu o grande eleitoralista Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira:

[...] entendemos que o TSE não pode regulamentar o artigo 14,

parágrafo nono da CF/88, por mera resolução, sendo flagrantemente inconstitucional, face não ser a norma auto-aplicável como quis o TRE/RJ e sim reservada a lei complementar. Porém, se ao invés de adotarmos o fundamento do Ministro Carlos Ayres Britto no ‘Caso Eurico Miranda’ (RO 1069), em, que pese vencido por 4 a 3 no TSE, é perfeitamente possível que a moralidade eleitoral (do ponto de vista público e não privado) seja uma CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE IMPLÍCITA e como tal, não sujeita a inelegibilidade. [...] Conclusões: a) não pode a Justiça Eleitoral tratar a falta da moralidade eleitoral como inelegibilidade, porquanto não pode em resolução versar sobre matéria de lei complementar, apenas de lei ordinária. Com isto, somente o Legislativo pode regulamentar o artigo 14, parágrafo nono da CF/88 b) todavia, em que pese a proibição acima, pode a Justiça Eleitoral tratar a falta de moralidade eleitoral (no seu aspecto público e não privado) como CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE IMPLÍCITA, inclusive permitindo o TSE que baixe resolução para tal fim. (CERQUEIRA, 2008, p. 849).

Com isso apreende-se que o melhor atalho para se alcançar a efetividade do princípio da moralidade e da probidade considerada a vida pregressa do candidato a mandato eletivo não é a da causa de inelegibilidade e sim a trilha da *vida pregressa como condição implícita de elegibilidade* como se estudará a seguir.

4.2. A vida pregressa como condição implícita de elegibilidade

Conforme já asseverado alhures, as condições de elegibilidade podem ser explícitas ou implícitas.

Condições de elegibilidade explícitas são aquelas previstas no artigo 14, § 3º, da CF/88, estando, entre elas, o pleno gozo dos direitos políticos.

Já as condições de elegibilidade implícitas, impróprias ou atípicas, são outras hipóteses que retiram do cidadão a sua “elegibilidade”, sendo tais condições implícitas de elegibilidade extraídas também da Carta Magna (e da legislação infraconstitucional) por interpretação sistemática.

Ao se fazer essa interpretação sistemática da Constituição Federal, não se enfrenta nenhuma dificuldade em concluir que a vida pregressa compatível com a probidade e a moralidade eleitoral é uma condição de elegibilidade.

Se não é condição de elegibilidade explícita, porque não prevista expressamente no artigo 14, § 3º, da CF/88, impedimento não existe para ser considerada como uma condição de elegibilidade implícita, de conteúdo claramente constitucional.

Se é facilmente defensável a existência dessas condições de elegibilidade implícitas, conforme exaustivamente debatido anteriormente, e, se constata-se que a moralidade e a probidade eleitoral são valores e exigências constitucionais para o exercício do mandato eletivo, não fica difícil se alcançar a ideia de que a vida pregressa compatível com o exercício de cargo público eletivo é *condição de elegibilidade implícita e de conteúdo constitucional*.

Essa é a posição defendida pelo Ministro Carlos Ayres Britto em todas as oportunidades em que foi chamado a se manifestar acerca da temática em estudo quando dos julgamentos realizados no TSE e no STF.

Asseverou o ilustre Ministro Carlos Britto, em reflexão brilhante:

[...] que o julgamento em pauta não era sobre inelegibilidade, esta sim, da competência do legislativo pelo art. 14, §9º, d a CF/88. O que estava a julgar era uma 'condição de elegibilidade' implícita na Carta Magna pela leitura do art. 37. (CERQUEIRA, 2008, p. 839).

Além do Ministro Carlos Britto, outros eleitoralistas comungam dessa opinião, posicionando de forma correta a vida pregressa incompatível com a idoneidade exigida para a representação popular como condição de elegibilidade implícita com assento constitucional.

Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira assevera:

[...] a história mostrará que a excelente tese do Ministro Britto é viável e não afronta a CF/88, pois trata-se de uma CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE IMPLÍCITA E NÃO INELEGIBILIDADE DO ART. 14, § 9º. [...] A matéria, assim, ficaria disciplinada como CONDIÇÃO DE ELEGIBILIDADE (IMPLÍCITA) e não inelegibilidade. (CERQUEIRA, 2008, p. 851).

Edson de Resende Castro, ilustre Promotor de Justiça mineiro, também preconiza nessa mesma ordem de ideias:

Nesse diapasão – moralidade e probidade como pressupostos de permanência no cargo público – inevitável concluir, a partir de uma construção sistêmica do raciocínio constitucional, que tais valores/princípios são também, e com mais razão, condições – ou pressupostos – de acesso ao mandato eletivo. Na linguagem eleitoral: condições de elegibilidade explícitas, porque propositivamente manifestadas pelo legislador constituinte como inerentes e indissociáveis à função pública. (CASTRO, 2009, p. 6).

Ao contrário da tentativa de classificar a vida pregressa compatível com o mandato eletivo como causa supralegal de inelegibilidade, a sua colocação como condição implícita de elegibilidade não ofende nenhuma regra, princípio ou postulado relacionado ao direito eleitoral.

Já vimos que, além das condições de elegibilidade explícitas na Constituição (artigo 14, § 3º), temos ainda as condições de elegibilidade explícitas no ordenamento jurídico infraconstitucional e, também, as condições de elegibilidade implícitas, que são encontradas após se fazer uma interpretação do conjunto do ordenamento jurídico vigente no país. É a interpretação sistemática defendida pelo Ministro Carlos Ayres Brito.

Com isso, a conclusão a que se chega é a de que, ostentando um cidadão vida pregressa maculada, com processos e condenações, ainda que não definitivas, pela prática de contravenções, crimes ou atos de improbidade administrativa, esse cidadão não pode exercer

sua capacidade eleitoral passiva como candidato a cargo público eletivo em razão de lhe faltar *a condição de elegibilidade implícita da vida pregressa compatível com o exercício do mandato eletivo*, sendo essa a correta classificação do tema dentro do sistema brasileiro de inelegibilidades.

5. Os argumentos contrários à tese da vida pregressa desabonadora como impedimento à elegibilidade

5.1. A inelegibilidade pela vida pregressa incompatível como restrição indevida aos direitos políticos do cidadão

Algumas das vozes contrárias à consideração da vida pregressa desabonadora como óbice à candidatura dizem que isto implicaria imposição de restrição não prevista em lei aos direitos políticos do cidadão.

Argumenta-se que o artigo 15 da Constituição Federal de 1988 é claro ao prever que somente os casos ali enumerados implicam perda ou suspensão dos direitos políticos, não sendo a vida antealecta incompatível uma daquelas hipóteses.

Quando se apresenta a assertiva de que a vida pregressa desabonadora é condição obstativa da elegibilidade, não se está dizendo que ela retrataria mais um caso de suspensão de direitos políticos. Não. O pensamento não é esse.

Conforme já debatido em ocasião anterior, o impedimento para a candidatura de cidadão que ostenta vida pregressa maculada não se dá em razão de perda ou suspensão dos seus direitos políticos.

Esse cidadão fica impedido de ser candidato a cargo público eletivo em razão de não preencher causa de inelegibilidade implícita da vida pregressa compatível com a representação popular e não por ter por esse motivo suspensos ou perdidos seus direitos políticos.

Deve-se ressaltar ainda que o cidadão impedido de se candidatar por ostentar vida pregressa desabonadora não fica privado do gozo

dos seus direitos políticos. Esse cidadão continua a exercer sua capacidade eleitoral ativa e as demais prerrogativas inerentes aos direitos políticos.

Nesse sentido foi a manifestação do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF nº 144/2008:

Exigiu-se o trânsito em julgado para a suspensão ou perda dos direitos políticos, pela irradiação dos efeitos maléficos desse campo político para o campo social e para o campo individual. [...] É diferente de inelegibilidade, porque, nela, os direitos políticos permanecem: não há suspensão, não há perda. A inelegibilidade é um minus, é uma precaução, é uma cautela. O cidadão não perde, sequer, o direito de votar. Ele tem, sim, obstruído o seu direito de representar uma coletividade, de ser votado, mas ele conserva todos os outros direitos. (BRASIL, 2010).

Ademais, não se pode olvidar que os direitos políticos, antes de representarem um direito ou prerrogativa do cidadão, são uma garantia fundamental voltada à tutela dos princípios da soberania e da democracia representativa.

Procura-se, com a tutela dos direitos políticos, garantir os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito e, em última análise, os direitos da coletividade. Os direitos políticos, ao contrário do que é frequentemente alardeado, não têm como escopo maior servir de garantia do indivíduo. Antes disso, volta-se ao coletivo, representa tutela e garantia do Estado Democrático de Direito.

Castro muito bem cuida da celeuma:

Os direitos políticos não existem para a satisfação das vontades ou desejos particularizados na titularidade do indivíduo, mas sim para atender à necessidade de afirmação dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, ou seja, da soberania popular e da democracia indireta, ou representativa. (CASTRO, 2009, p. 4).

Não se faculta ao cidadão invocar os direitos políticos como meio de tutelar seus interesses individuais, como o é o direito de ser candidato a cargo eletivo público.

É por isso, ressalta o Ministro Carlos Ayres Britto, ao enfrentar o julgamento do Recurso Ordinário nº 1069/2006, que o voto não é apenas um direito do cidadão, mas principalmente um dever, uma obrigação do nacional frente ao Estado Democrático de Direito.

Mais uma vez, Castro arremata com absoluta propriedade a questão:

Possível, por conseguinte, falar em impedimento à candidatura sem qualquer arranhão na garantia do exercício dos direitos políticos, ainda que se entendesse – absurdamente – que esses são garantia fundamental de apropriação individual e não de preservação de interesses públicos. E não se perca de vista que os direitos políticos são apenas uma das condições de elegibilidade, ao lado, portanto, daquelas outras expressamente lembradas pelo artigo 14, § 3º e, principalmente, convivendo em perfeita harmonia – e de certa forma a ela submissa – com a idoneidade moral para o exercício da função pública como uma espécie de condição supra-constitucional de elegibilidade. (CASTRO, 2009, p. 5).

Cerqueira, ao debater julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, lembrou que o Ministro Carlos Ayres Britto, estudioso da Constituição, fez clara diferenciação entre o bloco dos direitos individuais e o bloco dos direitos políticos, sendo certo que esses últimos teriam conteúdo voltado aos valores metaindividuais com base nos princípios da soberania popular e da democracia representativa.

Entendeu ainda o Ministro citado por Cerqueira:

[...] havia um regramento próprio nos direitos políticos (que cuida de valores) que os diferenciava dos direitos individuais (que cuida das pessoas em si, satisfazendo-se a si próprias), em que o indivíduo satisfaz a si próprio e não a valores como soberania popular e democracia representativa. (CERQUEIRA, 2008, p. 838).

Dessa forma, conclui-se não ser possível invocar os direitos políticos como garantia absoluta de elegibilidade quando se percebe que esses direitos políticos existem, antes de tudo, para tutelar valores que são fundamento da nossa República como a democracia representativa e a soberania popular.

5.2. A inelegibilidade pela vida pregressa incompatível como afronta ao princípio da presunção de inocência

Invoca-se, de forma insistente, o princípio constitucional da presunção de inocência para se combater a inelegibilidade do candidato que, sem possuir contra si decisão condenatória definitiva, ostenta vida anteacta incompatível com o exercício de mandato público eletivo.

A jurisprudência, notadamente a dos Tribunais Superiores, apesar da valoração feita pela Constituição Federal à análise da vida pregressa do candidato a cargo público eletivo, tem se recusado sistematicamente a permitir o seu exame para o deferimento do registro de candidatura, sendo um dos argumentos mais fortes para essa recusa aquele do princípio constitucional da inocência.

De um lado repousa o direito do povo ao governante honesto, do outro, a garantia do cidadão de ser considerado inocente enquanto não tiver sua culpa devidamente formada por meio de decisão judicial definitiva. Como agir? De que lado se posicionar diante da aparente colisão entre esses dois princípios e dos interesses individuais e coletivos em disputa?

Há que se afirmar que o direito ao governo honesto já é considerado como um dos direitos fundamentais de quarta geração.

A invocação do princípio constitucional da inocência como óbice à consideração da vida pregressa do candidato na análise dos pedidos de registro de candidatura é de todo insubsistente e não pode prevalecer.

O princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal no seu artigo 5º, LVII, destina-se a assegurar a proteção da liberdade e dos direitos individuais do cidadão contra os abusos à sua integridade física e moral eventualmente praticados pelo Estado.

O Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto exarado na Consulta TSE nº 1.621/2008, asseverou:

[...] o bloco dos direitos e garantias individuais e coletivos (capítulo I do título II da Constituição Federal) está centralmente direcionado para a concretização do princípio fundamental da ‘dignidade da pessoa humana’ [...] Já o subsistema dos direitos sociais (arts. 6º e 7º do Magno Texto) [...] mantém um vínculo operacional mais direto com a concretização do princípio fundamental que atende pelo nome de ‘valores sociais do trabalho’ (inciso IV do art. 1º da CF) [...] e o subsistema dos direitos políticos? Bem, esse é o que se define por um vínculo funcional mais próximo de outros dois geminados proto-princípios constitucionais: o princípio da soberania popular e o princípio da democracia representativa ou indireta (inciso I do art. 1º, combinadamente com o parágrafo único do art. 1º e o caput do art. 14, todos da Constituição de 1988. Dois geminados princípios que também deitam suas raízes no Estado Liberal, é certo, porém com esta marcante diferença: não são os indivíduos que se servem imediatamente deles, princípios da soberania popular e da democracia representativa é que são imediatamente servidos pelo indivíduo.

A aplicação da pena sem a existência de coisa julgada poderia, obviamente, acarretar prejuízo ao cidadão acusado da prática de determinado delito quando persistente qualquer dúvida em relação à materialidade ou autoria do crime cuja prática lhe é imputada. Estaria, nesse caso, o Estado, ao negar vigência ao princípio da presunção de inocência no campo penal, afrontando direito individual do cidadão de não se ver constrangido pela imposição de pena em seu desfavor sem que haja definitividade na formação da culpa.

Verifica-se, no entanto, que em algumas hipóteses, até mesmo na seara do Direito Penal, o princípio da presunção da não culpabilidade é mitigado. O direito penal pátrio, nos casos de prisão em flagrante, temporária e preventiva, prevê a possibilidade de encarceramento de pessoas sem que haja condenação ou decisão definitiva. É de se observar que nesses casos, mesmo não havendo condenação com trânsito em julgado, a supressão da liberdade da pessoa é autorizada diante da necessidade de se preservarem valores outros que são mais caros à coletividade.

A conclusão a que se chega, então, é a de que a exigência de coisa julgada não prevalece de forma absoluta no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo na seara penal. Se, para a supressão da liberdade, que é um bem jurídico dos mais caros ao homem, a exigência da coisa julgada pode ser afastada, como não admitir tal mitigação para justificar a proteção do patrimônio e da administração públicos nos casos em que eles são ameaçados por candidatos que demonstram risco efetivo a tais bens jurídicos?

Nesse caso, o bem jurídico maior a reclamar proteção não é o direito subjetivo do candidato, mas sim o direito da coletividade de proteger o patrimônio e a administração públicos, de tutelar o direito da sociedade de ter um governante honesto e hábil no trato com a coisa pública.

Citado por Márton Jacinto Reis, João Baptista Herkenhoff ensina:

A presunção de inocência, na esfera criminal, só se esgota com a sentença condenatória de que não caiba recurso. Esta salvaguarda, correta no campo dos direitos individuais, não pode ter aplicação em sede eleitoral. Aqui, o que se deve preponderar é o interesse coletivo de obstar a eleição de políticos de ‘ficha suja’ que, frequentemente, buscam a conquista do mandato como forma, justamente, de proteger-se do braço da Justiça. (HERKENHOFF *apud* REIS, 2009, p. 7).

Não existe, afinal de contas, direito fundamental absoluto, que possa ser exercido em qualquer circunstância em detrimento de algum outro direito.

A questão se resume em o intérprete fazer o simples confronto entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da exigência de vida pregressa do candidato compatível com a magnitude da representação popular. Tal cotejamento de princípios resulta inafastável diante da previsão constitucional do artigo 14, § 9º.

Discorrendo sobre o tema, Cerqueira assevera:

Colacionamos a doutrina do Ministro José Delgado, trazida da Alemanha, que diferencia postulado de princípio, na hermenêutica constitucional alemã. O postulado tem caráter absoluto, sua interpretação é, portanto, dogmática, perene; já o princípio tem interpretação relativa, pode ser afastado em determinados casos, principalmente quando houver choque entre dois ou mais princípios (solução do conflito pela ‘proporcionalidade ou razoabilidade’) Assim, na dúvida entre um postulado e um princípio, prevalece o primeiro, enquanto na dúvida exegese entre dois princípios constitucionais, deve valer a ponderabilidade, chamada de proporcionalidade ou razoabilidade. (CERQUEIRA, 2009, p. 827).

Considerar que a máxima da “presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória” deve prevalecer permanentemente como se fosse um postulado ou uma autêntica regra jurídica e não um princípio é um grande equívoco.

Não é da essência de nenhum princípio prevalecer sempre sobre outro com o qual entra em conflito. Não há princípio nem direito fundamental absoluto.

É a regra jurídica e não o princípio que se aplica fatalmente ante o surgimento do fato nela prevista. No caso da regra não se cogita da possibilidade entre duas regras jurídicas antinômicas. Apenas uma pode regular o fato. É tudo ou nada.

Quando falamos em princípios, a situação é diversa. Os princípios são valores que, ao serem inseridos na ordem jurídica, dão força normativa aos valores cultuados na sociedade. Os pontos essenciais, nos princípios, são a generalidade e a normatividade.

Um princípio não existe para simples decoração do texto constitucional. O princípio vincula o aplicador e o próprio legislador em decorrência da força normativa que detém.

A particularidade que decorre da aplicação dos princípios é que, estando o aplicador do direito diante de caso concreto em que surgem dois princípios aplicáveis que são aparentemente colidentes, deve esse intérprete fazer uma ponderação entre esses princípios.

A depender das circunstâncias do caso em análise, deve um dos princípios ser afastado de forma a preponderar aquele que melhor representa a solução justa para o caso. O princípio escolhido para reger um caso poderá já não ser o mais adequado e próprio para aplicação em situação diversa.

Cerqueira, ao analisar a questão atinente aos princípios, assevera:

Tanto a moralidade como a inocência são princípios. Nenhum deles é postulado. Logo, no confronto entre princípios de mesma hierarquia, já que entre normas da CF/88 não existe hierarquia, a solução repousa no critério da proporcionalidade ou razoabilidade: analisar qual deles, no caso concreto, tem caráter mais coletivo, em face da supremacia do interesse público sobre o privado. Evidentemente que [...] a supremacia estará com o princípio da moralidade. (CERQUEIRA, 2008, p. 833).

Há, assim, na aplicação dos princípios constitucionais, uma intensa atividade do intérprete. Deve o aplicador do direito, em cada caso concreto, ponderar os princípios constitucionais aplicáveis e afastar um deles, fazendo prevalecer aquele que deve preponderar na situação concreta.

Acerca do assunto, Djalma Pinto assevera com peculiar maestria:

Na permanente prevalência da presunção de não-culpabilidade para admitir o registro de criminosos, percebe-se um grande equívoco no manuseio dos princípios, enquanto signos que conduzem o aplicador do Direito à efetivação do justo, do razoável.

Na verdade, retorna-se ao estágio inicial e já superado do Positivismo, aplicando-se suas diretrizes para neutralizar a essência da principologia que consiste no balanceamento para identificar qual o princípio deve prevalecer para ser aplicado em determinado caso. Utiliza-se a subsunção como premissa para sua aplicação, deixando de lado a ponderação. Com efeito, tem-se, nesse caso, uma completa subversão, comprometendo a racionalidade do sistema normativo ao ser dado tratamento típico de regra jurídica, a um princípio como se contivesse ele uma fixação normativa definitiva que nunca pudesse ceder [...] Na prática, como afirmado, ao fazer o julgador prevalecer sempre a presunção de não culpabilidade para o deferimento do registro, utiliza-se a subsunção, aplicável às regras jurídicas e deploravelmente é afastada a ponderação que deve ser utilizada em se tratando de princípios. (PINTO, 2008, p. 74-75).

Em se tratando, assim, de aferição de elegibilidade, considerando a imprescindibilidade de se preservar o patrimônio público e o direito maior da coletividade de não ter governantes malversadores da coisa pública, deve o princípio da presunção da não culpabilidade, que ampara o candidato ímprobo, ser afastado diante do princípio também constitucional da exigência de vida pregressa compatível com a magnitude da representação popular.

O princípio da presunção de inocência, repita-se, relaciona-se com os direitos individuais do cidadão enquanto o princípio da moralidade, por seu turno, liga-se ao direito coletivo dos brasileiros de não admitir representação popular por candidato destituído de condições morais para tanto. É a aplicação do princípio da precaução, dando-se prioridade ao interesse coletivo frente ao interesse meramente individual.

A aferição dos fatos da vida pregressa para fins de se formar juízo acerca da existência de moralidade para o exercício de mandato eletivo não ofende o princípio da não culpabilidade, já que tal análise não se confunde com o exame da culpa sobre as infrações penais ou cíveis contidas nos registros do candidato.

Para o direito penal e garantia dos direitos individuais do cidadão, deve-se observar, sem flexibilização, o princípio da presunção de inocência. Para o direito eleitoral, vinculado ao direito coletivo dos cidadãos de ter um governo probo e incorruptível, deve prevalecer o princípio da moralidade, afastando-se o da não culpabilidade que melhor tutela o indivíduo na sua essência e não como cidadão e partícipe de uma coletividade.

Constata-se, ademais, que tal tese, se não pelos argumentos acima, não pode preponderar pela simples razão de que o princípio da inocência aplica-se somente na esfera penal e não na esfera cível-eleitoral conforme precedente jurisprudencial sobre o assunto.³

A questão da não aplicabilidade do princípio da inocência no âmbito cível-eleitoral já foi discutida pelo TSE no RO/RJ nº 1069/2006, reafirmando posição já manifestada pelo Supremo:

O que nos vem da Constituição Federal? E aqui não cabe, como já ressaltado pelo relator, cogitar do princípio da não culpabilidade [...] Na dicção do Supremo Tribunal Federal considerando esse último precedente, tenho-os em mãos, da lavra do Ministro Carlos Thompson Flores, o princípio da não-culpabilidade, ou o princípio da inocência, está ligado ao processo penal, mesmo assim se admitindo, no campo penal, certas iniciativas que mitigam esse princípio, como arresto de bens, como prisão preventiva e outras situações concretas. (BRASIL, 2006).

Não há como assegurar o êxito da aplicabilidade do princípio da não culpabilidade em matéria eleitoral. Nessa seara os interesses, objetivos e consequências são bem distintos do campo penal em que a presunção de inocência deve prevalecer pela relevância dos valores em jogo como a liberdade do indivíduo.

Márlon Jacinto Reis, ao fazer análise acerca do cotejo entre o princípio da inocência e o princípio da moralidade, assevera com maestria toda a problemática que envolve a questão:

³ RO 1069/04 do TSE e Recurso Extraordinário 86.297 do STF.

O princípio da presunção de inocência possui, assim, forte carga protetiva, a impedir que da atribuição de culpa derivem consequências jurídico-penais, senão após alcançada a imutabilidade do julgado. É esse o seu substrato: conferir segurança máxima aos acusados a fim de que não se lhes imponham medidas de conteúdo repressivo antes do momento constitucionalmente definido. [...] No plano das inelegibilidades, todavia, temos a Constituição dirigindo seu horizonte principiológico a norte diverso. Se no campo penal antevemos uma especial proteção dos acusados, no capítulo das inelegibilidades a proteção volta sua vista – para a moralidade e a probidade administrativas e a normalidade e legitimidade dos pleitos. O indivíduo aqui cede a sua primazia aos elevados interesses da coletividade, porque estamos agora nos domínios da política, onde direitos e deveres não são considerados senão à luz da finalidade pública a que se destinam. Não mais cuidamos da defesa dos direitos constitucionais de um indivíduo, salvo em sua imediata relação com a tutela do interesse geral que neste campo prepondera. (REIS, 2009, p. 2).

E, finalmente, Reis sintetiza:

Buscando uma síntese, afirmo que o princípio da presunção da inocência não se contrapõe ao princípio da presunção das instituições eleitorais pelos seguintes motivos: primeiro, porque não tem cabida em matéria de inelegibilidades, já que estas não constituem penas, mas requisitos normativos cujo não preenchimento veda ao acesso à candidatura; segundo, porque tal inelegibilidade não considera culpado o candidato, apenas leva em conta existência de uma sentença condenatória; terceiro, porque os direitos políticos são também direitos fundamentais, não estando hierarquicamente submetidos a qualquer outro direito expresso na Constituição. (REIS, 2009, p. 7).

Não se pode, entretanto, deixar de ressaltar que no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal assentou posicionamento de que, apesar de o processo penal ser a seara de domínio mais expressivo da incidência do princípio da presunção de inocência, há a possibilidade de extensão desse princípio ao âmbito do processo eleitoral.

Foi nesse sentido o voto exarado pelo Ministro Celso de Mello, relator do ADPF nº 144/2008 no STF, que entendeu “que o princípio da presunção de inocência não é garantia exclusiva do direito penal, mas de todas as esferas processuais, criminais ou não criminais.” (ARAÚJO, 2010, p. 16).

[...] cabe reafirmar, bem por isso, Senhor Presidente, uma observação concernente ao postulado de presunção de inocência: trata-se de garantia que possui eficácia irradiante, apta a projetá-la para esferas processuais não criminais – cuja invocação, contra qualquer autoridade ou Poder do Estado, mostra-se pertinente. (BRASIL, 2010)

Destarte, verifica-se que, seja pela necessidade imperiosa de o princípio da moralidade dever prevalecer em detrimento do princípio da inocência, quando com ele ponderado, seja em razão da inaplicabilidade desse princípio da não culpabilidade na seara cível-eleitoral, respeitadas as opiniões contrárias, infere-se que o princípio da inocência não pode servir de óbice ao reconhecimento da vida pregressa incompatível como condição de elegibilidade implícita apta a impedir a candidatura de cidadãos com vida maculada.

6. O tratamento jurisprudencial brasileiro conferido à tese da vida pregressa como óbice à candidatura

Sabe-se que em razão do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2008, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF nº 144/08) proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a posição jurisprudencial mais hodierna, e com efeito vinculante, é contrária à tese da possibilidade de se valer da análise da vida pregressa incompatível com o exercício de cargos de representação a fim de impedir a candidatura daqueles que ostentam vida anteacta maculada.

Os argumentos básicos sustentados pelos julgadores adeptos da tese hoje predominante na nossa jurisprudência para a recusa à aplicação do princípio da moralidade e probidade são fundamentalmente dois.

O primeiro deles é o de que o acolhimento da tese da vida pregressa como causa apta a obstar a candidatura daqueles que tenham contra si decisões condenatórias não transitadas em julgado ofende o princípio da presunção de inocência, princípio esse que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, qualifica como valor fundamental em que se estrutura o sistema que a nossa carta política consagra em respeito ao regime das liberdades e em defesa da própria preservação da ordem democrática.

O segundo argumento chave é o de que a previsão do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal não é autoaplicável, havendo necessidade de edição da lei complementar indicada pelo dispositivo legal a fim de se dar aplicabilidade ao princípio da moralidade considerada a vida pregressa do candidato.

Outrora, no entanto, os tribunais nacionais, notadamente as Cortes Regionais Eleitorais, trilharam caminhos diversos do manifestado no posicionamento atualmente vinculante, chegando até mesmo a admitir, ainda que por fundamentos diversos dos defendidos no presente trabalho, a tese da vida pregressa como impedimento à candidatura a cargo político eletivo.

6.1. A evolução jurisprudencial do tema

Os pretéritos julgamentos concernentes ao assunto – princípio da probidade e da moralidade considerada a vida pregressa do candidato a cargo eletivo – começaram a ser proferidos logo em seguida à Emenda Constitucional de Revisão nº 04/1994 – que introduziu esse princípio em nosso Ordenamento Jurídico.

Naquela ocasião, os juízes e tribunais eleitorais brasileiros se posicionaram pela negativa de aplicabilidade ao artigo 14 § 9º da CF em razão, fundamentalmente, de entenderem que a inelegibilidade não poderia se arrimar em norma constitucional que não é autoaplicável e que depende de lei complementar ainda não editada.

Em um segundo momento a posição dos Tribunais Regionais Eleitorais dos diversos estados brasileiros foi evoluindo, passando

esses sodalícios a reconhecer a aplicabilidade do princípio insculpido no § 9º do artigo 14 da Carta Magna.

Nesse sentido são os julgados dos Tribunais Regionais Eleitorais do Rio de Janeiro e de Rondônia transcritos abaixo:

TRE-RJ – Embargos de Declaração. A vida pregressa do candidato desatende aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo. Pedido de Registro Indeferido. Por maioria, receberam-se os embargos como pedido de reconsideração para indeferir o registro, nos termos do voto do relator. Vencida a Des. Federal Vera Lúcia Lima da Silva. Publicado em sessão. (RIO DE JANEIRO, 2006).

TRE-RO – Recurso Eleitoral. Registro de candidatura. Prefeito. Vida Pgressa. Princípios Constitucionais. Presunção de Inocência versus moralidade. Prevalência do interesse público. Constatando-se dos autos que os antecedentes do requerente não são recomendáveis, por violação do princípio da moralidade na administração pública e, ante a existência de condenação criminal, mesmo já cumprida integralmente a pena, indefere-se o pedido de registro de candidatura. Recurso não provido, por maioria, vencido o Juiz Waltenberg Junior. (RONDÔNIA, 2004).

Os Tribunais Regionais Eleitorais de vários estados brasileiros, a fim de defender tal posicionamento, no ano de 2008 chegaram até mesmo a fazer manifesto expresso contra os candidatos “ficha-suja”. Nos dias 19 e 20 de junho de 2008, em reunião realizada na cidade do Rio de Janeiro, os Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais deliberaram:

Os Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, em reunião colegiada realizada na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 19 e 20 de junho de 2008, após a discussão dos assuntos constantes de pauta, deliberaram o seguinte:

1. Reafirmar a necessidade de a Justiça Eleitoral considerar a vida pregressa dos candidatos a Prefeito, Vice Prefeito e Vereador nas próximas eleições, quando da apreciação do pedido de deferi-

mento do registro da candidatura, para proteger e efetivar, previamente, a probidade administrativa e a moralidade pública no exercício do mandato eletivo.

2. Orientar os Juízes e servidores da Justiça Eleitoral para que facilitem o acesso aos documentos que instruem os processos eleitorais, notadamente os que dizem respeito aos antecedentes dos pretendentes a candidato quando do pedido de registro;

O Tribunal Superior Eleitoral, entretanto, mesmo diante da tendência demonstrada pelos Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados nos últimos anos eleitorais de 2004, 2006 e 2008, não reconheceu a viabilidade da invocação da tese da vida pregressa sinuosa como causa obstativa do exercício da capacidade passiva eleitoral.

Assentou o TSE tal posicionamento em duas assertivas básicas: a primeira de que o § 9º do artigo 14 da CF/88 estabelece “reserva de lei complementar”, lei essa ainda não existente, sendo, por isso, tal dispositivo de “eficácia limitada”, e a segunda de que a aplicação da tese da vida pregressa ofenderia o princípio constitucional da não culpabilidade.

Verifica-se, inclusive, que o TSE, mesmo antes do julgamento da ADPF nº 144/2008 e dos posicionamentos favoráveis dos Tribunais Eleitorais dos Estados, já firmara jurisprudência, sumulada no verbete de número 13, *in verbis*: “Não é auto-aplicável o §9º do artigo 14 da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão 4/9”.

Essa orientação, consolidada em enunciado sumular há quase 12 anos (Súmula 13/TSE, de 30/10/1996), tem se mantido inalterada, muito embora entendimento contrário haja sido sustentado mais recentemente por três dos sete ministros integrantes da Corte e por numerosas Cortes Regionais Eleitorais. (BRASIL, 2010).

Após optar por seguir caminho diverso do trilhado por diversos tribunais eleitorais dos estados, o TSE, em 2006, manifestou posicionamento firme de negar vigência ao princípio da moralidade

eleitoral considerada a vida pregressa do candidato, passando, a partir daí, a julgar reiteradamente nesse sentido.

Essa Alta Corte Eleitoral, por sua vez, também apreciou o tema ora proposto na presente sede processual, fazendo-o no julgamento do Recurso Ordinário nº 1.069/RJ, Rel. Min. Marcelo Ribeiro (caso Eurico Miranda), do Recurso Especial Eleitoral nº 26.437/RO, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, do Agravo Regimental no Recurso contra Expedição de Diploma nº 667/CE, Rel. Min. Gerardo Grossi e, mais recentemente, na resposta à Consulta nº 1.621/PB, Rel. Min. Ari Pargendler. (BRASIL, 2010).

Ressalte-se ainda que, além dos casos citados pelo Ministro Celso de Mello conforme acima destacado, não se pode deixar de rememorar a análise das consultas feitas ao TSE acerca da temática em análise.

A primeira delas foi a Consulta nº 1.621/PB, de junho de 2008. Nessa consulta – que derivou de um procedimento administrativo originado de um ofício enviado ao TSE pelo Tribunal Regional da Paraíba – a Corte Eleitoral voltou a tratar da interpretação do § 9º do artigo 14 da CF/88, oportunidade em que, por quatro votos a três, decidiu, ao responder à consulta do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, manter a orientação da Corte, de exigir o trânsito em julgado das decisões condenatórias dos candidatos para considerar a inelegibilidade e a impossibilidade de candidatura.

Além dessa consulta, cuja resposta gerou uma relevante resolução sobre o assunto (Resolução TSE nº 22.842/2008), o TSE também respondeu às outras duas consultas sobre o tema, sendo a resposta firme no sentido de reputar inadmissível o impedimento à candidatura ou a imposição de restrição não prevista em lei com base em decisões não transitadas em julgado.

Já na Consulta nº 1495, feita pela Deputada Federal do Espírito Santo, Sueli Vidigal, questionou-se sobre a possibilidade de o TSE estabelecer normas de registro de candidaturas semelhantes às editadas pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro.

Outra consulta sobre o assunto foi apresentada pelo presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Eduardo Cunha, ocasião em que o consulente questionou se era possível o registro eleitoral de candidato que respondia a processo criminal, ação de improbidade administrativa ou ação civil pública sem condenação definitiva.

Como última manifestação sobre o assunto, depois de julgar os recursos citados e responder às consultas mencionadas, o Tribunal Superior Eleitoral julgou a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 144/2008) proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros que, por meio dessa demanda de controle abstrato de constitucionalidade, questionou a interpretação judicial dada pelo TSE ao texto do artigo 14, § 9º, da CF/88 e, ainda, algumas regras inscritas na Lei Complementar nº 64/90, que exigem a ocorrência do trânsito em julgado para o fim de reputar caracterizada a causa de inelegibilidade pela vida pregressa incompatível com o princípio da probidade e da moralidade eleitoral.

Nessa ação a Corte Suprema Eleitoral, mais uma vez, agora em decisão dotada de efeito vinculante, rechaçou a tese da possibilidade de se obstar a candidatura de cidadão com vida pregressa incompatível, independente de decisão condenatória transitada em julgado.

É digno de nota que os julgamentos do TSE feitos a partir de 2006, apesar de terem sido todos contrários à tese estudada no presente trabalho, não foram unânimes, havendo relevantes posições em contrário exaradas por meio de substanciosos votos proferidos nesses julgados.

Predominou, no entanto, a tese da inadmissibilidade da consideração da vida pregressa do candidato que não tenha contra si condenação definitiva para o fim de se obstar a candidatura a cargo público eletivo, sendo tal entendimento derivado de *decisão com efeito vinculante* exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

6.2. O caso “Eurico Miranda” como precedente à discussão acerca da vida pregressa em sítio eleitoral

Um dos casos concretos julgados pela Corte Superior Eleitoral, conhecido como “Caso Eurico Miranda” (RO nº 1.069/RJ), fomentou intensa discussão no âmbito daquele Sodalício resultando em um verdadeiro *leading case* sobre a questão.

No ano de 2006, Eurico Ângelo de Oliveira Miranda teve negado, pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, pedido de registro de candidatura para concorrer ao cargo de Deputado Federal pelo Partido Progressista.

O fundamento básico para a negativa do registro de candidatura de Eurico Miranda pela Corte Fluminense foi o de que o pretendo candidato ostentava vida pregressa incompatível com o exercício do mandato popular que buscava, isso em razão de ele, à época, responder a oito ações penais que lhe imputavam a prática de falsificação de documento público, evasão de divisas, ausência de recolhimento de contribuição previdenciária, furto, injúria, difamação e lesão corporal.

Além das ações penais, Eurico Miranda também era réu em ação civil pública acusado da prática de ato improbidade administrativa.

Em nenhuma dessas ações, fossem as penais ou a cível, havia decisão transitada em julgado, mas, diante da extensa ficha contendo os registros que indicam sua vida pregressa incompatível com o cargo político-representativo que postulava, o pedido de registro de candidatura ao cargo de Deputado Federal feito por Eurico Miranda foi indeferido pela juíza do TRE/RJ Jacqueline Lima Montenegro.

Os principais argumentos usados pela magistrada para negar o pedido de registro de candidatura de Eurico Miranda foram:

[...] a moralidade para o exercício do mandato lançando raízes na vida pregressa do candidato é finalidade constitucional trazida pelo legislador constituinte a partir de 1994 e que deve reves-

tir as condições daqueles que se pretendem fazer representantes da população e dos estados para administrar, legislar, governar e, enfim, dirigir o futuro do país e o destino de seu povo. [...] este dispositivo constitucional, que traz o valor superior da moralidade para o exercício do mandato, deve incidir imediatamente no cenário jurídico e impõe-se seja integrado pelo intérprete, porquanto não há nenhum sentido em que se espere a edição de a lei complementar nele aludida, relegando ao âmbito da imoralidade, em alguns casos, o deferimento do registro de candidatura, quando a norma constitucional é tão clara e efetiva quanto aquilo que, desde 1994, pretende como diretriz para o nosso sistema eleitoral. [...] Não podemos mais estar aqui, no que tange ao exame da vida pregressa para fins de registro de candidatura, a agir segundo as formas extremas: ou tudo ao mar ou tudo a terra. Por vezes autorizando todo e qualquer registro de candidatura ainda que presentes anotações criminais, com fulcro no cômodo apanágio da inexistência de sentença condenatória com trânsito em julgado [...] Não é possível mais aceitar que um pretendente a candidato apresente a este Tribunal e consequentemente a toda a população uma certidão repleta de anotações criminais sem qualquer preocupação com esclarecimentos e documentos que possam enfraquecer ou infirmar cada uma delas e nós, simplesmente, lançando mão impropriamente do princípio da não culpabilidade que não se aplica ao caso, abrimos as portas a essas pessoas para que se apresentem assim ao eleitor com dignas de representá-los, com a chancela do TRE. Há que se mudar este estado de coisas.

Não conformado com a decisão do TRE-RJ que indeferiu o pedido de registro de sua candidatura, Eurico Miranda interpôs Recurso Ordinário no Tribunal Superior Eleitoral. Argumentou, em síntese, que o Acórdão recorrido afrontava diversos princípios e garantias constitucionais, notadamente o princípio da presunção de inocência, já que, não havendo decisão condenatória penal ou cível definitiva, não se poderia concluir pela incidência de inelegibilidade.

O caso foi levado à Corte Superior Eleitoral que, por maioria – quatro votos a três –, deu provimento ao recurso para deferir o registro à candidatura pretendido por Eurico Miranda.

RECURSO ORDINÁRIO Nº 1.069 – Classe 27ª – RIO DE JANEIRO Eleições 2006. Registro de Candidato. Deputado Federal. Inelegibilidade. Idoneidade Moral. Art. 14, §9º, da Constituição Federal. 1. O art. 14, §9º, da Constituição não é auto-aplicável (Súmula 13 do Tribunal Superior Eleitoral). 2. Na ausência de lei complementar estabelecendo os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade, não pode o julgador, sem se substituir ao legislador, defini-los. Recurso provido para deferir o registro. Publicado em sessão. (BRASIL, 2006).

Conforme mencionado acima, o julgamento do Recurso Ordinário (RO) nº 1069/2006 se deu por maioria, vencidos os votos exarados pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Cesar Asfor Rocha e José Delgado, prevalecendo a tese contrária à aplicabilidade do princípio da moralidade considerada a vida pregressa por apenas um voto.

O Ministro Carlos Ayres Britto, em seu voto vencido exarado no Recurso Ordinário 1.069, asseverou:

[...] Assim é que, ao arrolar as condições de elegibilidade (§3º do art.14), a Constituição nem precisou dizer que a idoneidade moral era uma delas; pois o fato é que a presença de tal requisito perpassa os poros todos dos numerosos dispositivos aqui citados. O que por certo inspirou o legislador ordinário a embutir nas condições de registro de candidatura a cargo eletivo a juntada de ‘certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral’. Cabendo aos órgãos desse ramo do Poder Judiciário, também por certo, dizer se em face da natureza e da quantidade de eventuais processos criminais contra o requerente, aliadamente a outros desabonadores fatos públicos e notórios, fica suficientemente revelada uma vida pregressa incompatível com a dignidade do cargo em disputa. Função integrativo-secundária perfeitamente rimada com a índole da Justiça Eleitoral, de que serve como ilustração este dispositivo da Lei Complementar nº 64/90: ‘O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias de fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público e a lisura eleitoral’. (BRASIL, 2006).

Em que pese o brilhantismo dos argumentos do Ministro Ayres Britto, a posição que prevaleceu foi a tese contrária, manifestada no voto do Relator, Ministro Marcelo Ribeiro:

[...] o acórdão recorrido contém um fundamento, com uma derivação, que é no sentido de que o art. 14, §9º da CF/88 seria auto-aplicável. [...] Além de haver Súmula deste Tribunal assentando não ser auto-aplicável este artigo (Súmula TSE nº 13) o referido dispositivo expressamente começa assentando que ‘Lei Complementar estabelecerá’. Não tenho a menor dúvida de que um artigo que diz “que a lei ‘estabelecerá” não é auto-aplicável. [...] a Lei Complementar que cuida das inelegibilidades, como sabemos, é a Lei Complementar nº 64/90 e não consta nesta lei dispositivo que permita chegar à mesma conclusão da Corte Regional Eleitoral, a qual entendeu que a existência de ações penais em curso sem trânsito em julgado – e é incontroverso que não há nenhum trânsito em julgado -, seria o suficiente a afastar a idoneidade moral do candidato, considerada a sua vida pregressa. Essa tese é sustentada com base na auto aplicabilidade do art. 14, §9º da Constituição, que, evidentemente, não procede. (BRASIL, 2006).

Prevaleceu a tese sustentada pelo Ministro do TSE, Marcelo Ribeiro, que combateu o fundamento utilizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro de que seria o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal autoaplicável e, sob esse viés, não admitiu a tese da consideração da vida pregressa do candidato a cargo eletivo.

E, conforme já afirmado, em que pese a tese da vida pregressa para o exercício de cargo político-representativo restar vencida por quatro votos a três no TSE quando do julgamento do RO 1.069. A partir de então se intensificaram as discussões acerca do tema, passando muitos eleitoralistas e julgadores (principalmente dos TREs) a sinalizar a evidente intenção de entender a vida pregressa compatível com a moralidade eleitoral como uma condição para a participação nas eleições como candidato a cargo de representação política.

Entrementes, mesmo após o julgamento proferido pelo TSE no caso Eurico Miranda, os Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados continuaram a impedir a candidatura daqueles que ostentavam vida

pregressa incompatível com a vida política ao fundamento de que o princípio da moralidade, ligado ao bloco dos direitos coletivos, deveria prevalecer quando ponderado com o princípio da não culpabilidade, já que aquele, diferentemente desse último, tem por escopo tutelar valores da soberania popular e da democracia representativa.

6.3. A consulta ao TSE nº 1.621/2008

À vista das últimas decisões do TSE, para as eleições de 2008 novamente se fizeram presentes as discussões e dúvidas concernentes ao tema vida pregressa e inelegibilidade.

Nas eleições de 2008, conforme reunião no TRE/RJ [...] cerca de 17 presidentes de TRE's consignaram a consagração da tese da moralidade como condição de elegibilidade implícita, ficando em suspenso sobre o critério a ser empregado e o comunicado a seus juízes eleitorais sobre o tema. (CERQUEIRA, 2008, p. 834).

Em uma reportagem veiculada pelo jornal O GLOBO, na edição de 11 de maio de 2008, informou-se que, dos vinte e sete Tribunais Regionais Eleitorais, dezessete⁴ se manifestaram favoráveis ao indeferimento de registro dos candidatos com vida pregressa comprometida.

Esse fato, por si só, já evidencia a manutenção da controvérsia atinente ao assunto, mesmo depois do julgamento do emblemático caso do RO nº 1.069 pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Diante da polêmica instalada nas Cortes Eleitorais, ao TSE foi dada oportunidade de nova discussão sobre o assunto.

Ao analisar procedimento administrativo oriundo do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, o TSE o conheceu como Consulta (Consulta nº 1.621) e editou a Resolução TSE nº 22.842 respondendo ao expediente nos termos abaixo transcritos:

⁴ Pernambuco, Distrito Federal, Goiás, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Pará, Amapá, Maranhão, Ceará, Paraíba, Alagoas, Acre, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Paraná e Espírito Santo.

ELEIÇÕES 2008. REGISTRO DE CANDIDATO. AFERIÇÃO. REQUISITOS. VIDA PREGRESSA DO CANDIDATO. INEXIGIBILIDADE. Resolvem os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, receber o processo administrativo como consulta e respondê-la no sentido de que, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nenhum pré-candidato pode ter seu registro de candidatura recusado pela Justiça Eleitoral, nos termos do voto do relator. Brasília, 10 de junho de 2008. (BRASIL, 2008).

Na sessão de julgamento da consulta, três ministros – Eros Grau, Caputo Bastos e Marcelo Ribeiro – acompanharam o voto do relator, Ministro Ari Pargendler, ficando vencidos os ministros Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Felix Fischer.

A tese vencedora foi a de que o TSE não poderia estabelecer critérios não existentes na Lei Complementar nº 64/90 para avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade.

A posição vencida, exarada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, foi a de que o TSE deveria reconhecer que a Justiça Eleitoral tem o poder de apreciar os pedidos de registro de candidatura a cargo público na perspectiva da vida moral pregressa do político.

Em que pese o brilhantismo dos argumentos dos ministros subscritores da tese vencedora, não se pode deixar de externar a sensação de que acertado foi o posicionamento dos juristas vencidos no STF.

Apesar da posição atual da Corte do TSE, entendemos que os votos minoritários são os mais condizentes com a nova realidade da Justiça Eleitoral Corretiva ou Substancial. [...] o positivismo está ultrapassado, a legalidade absoluta está provocando o que denominou de ‘aposta na imoralidade’. (CERQUEIRA, 2008, p. 837).

O Ministro Carlos Ayres Britto, durante o julgamento da consulta, chegou a refletir que:

[...] o julgamento em pauta não era sobre inelegibilidade, esta sim, da competência do legislativo pelo art. 14, §9º, da CF/88. O que se estava a julgar era uma ‘condição de elegibilidade’ implícita na Carta Magna pela leitura do artigo 37 (moralidade). (BRASIL, 2008).

Sustentaram os ministros vencidos nos votos apresentados durante o julgamento da Consulta nº 1.621 que o TSE, ao contrário do afirmado pela tese subscrita pelo ministro relator, poderia tratar da moralidade no tocante à vida pregressa “sob o enfoque de ‘condição de elegibilidade, sem que isso significasse que o Congresso o fizesse também por lei complementar (porém, para inelegibilidade).” (CERQUEIRA, 2008, p. 839).

Conforme lembrou o Ministro Britto, inauguramos em 2008 um novo modelo de Justiça Eleitoral, chamada por estes autores de ‘Justiça Eleitoral Corretiva, Investigativa, Substancial’, na qual há um abandono do modelo Positivista (legalidade absoluta) para o modelo ‘Pós Positivismo’, em que os princípios se transformam em normas, a supremacia do interesse público relativiza os direitos individuais quando usados contra a coletividade ou como escudo para a prática de crimes. (CERQUEIRA, 2008, p. 839).

De qualquer forma, tratando-se a Consulta nº 1.621 de decisão administrativa da Corte Eleitoral Suprema, que não vincula sequer o TSE, tampouco o posicionamento dos Juízes Eleitorais e dos Tribunais Regionais Eleitorais, constatou-se que a discussão sobre o tema perdurou, não falecendo com mais esse posicionamento contrário do Tribunal Superior Eleitoral.

6.4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144 julgada pelo Supremo Tribunal Federal

No ano de 2008 a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que recebeu o número 144/2008.

Teve como escopo, a AMB, por meio dessa demanda, tornar autoaplicável o § 9º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988 e, ainda, o propósito de revogar a exigência do trânsito em julgado contida em vários dispositivos da Lei Complementar nº 64/90, por entender a associação arguente que essa exigência de trânsito em julgado ofende o princípio constitucional da probidade administrativa e da moralidade para o exercício de mandato eleitoral, princípio esse estampado na Constituição Federal no seu artigo 14, § 9º.

Alegou a AMB, na ação de controle concentrado de constitucionalidade ajuizada perante o STF, que a interpretação dada pelo TSE ao texto do artigo 14, § 9º, da CF/88, explicitada por meio do verbete sumular nº 13, é equivocada e “está impedindo a Justiça Eleitoral de realizar o exame da vida pregressa do candidato tal como determinado na Constituição Federal a partir da ECR nº 4/94.” (BRASIL, 2010).

O relator da referida ADPF foi o Ministro Celso de Mello, que proferiu voto contrário ao acolhimento da tese e da demanda da AMB, concluindo seu voto ao deixar assentadas as seguintes conclusões que explicitaram os fundamentos por meio dos quais o STF não acolheu a arguição:

1) A regra inscrita no §9º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 44, não é auto aplicável, pois a definição de novos casos de inelegibilidade e a estipulação dos prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, dependem exclusivamente da edição de lei complementar, cuja ausência não pode ser suprida mediante interpretação judicial; 2) A mera existência de inquéritos policiais em curso ou de processos judiciais em andamento ou de sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado, além de não configurar, só por si, hipótese de inelegibilidade, também não impede o registro de candidatura de qualquer cidadão; 3) A exigência de coisa julgada a que se referem as alíneas ‘d’, ‘e’ e ‘h’ do inciso I do art. 1º e o art. 15, todos da Lei Complementar nº 64/90, não transgredem nem descumpre os preceitos fundamentais concernentes à pro-

bilidade administrativa e à moralidade para o exercício de mandato eletivo; 4) a ressalva a que alude a alínea “g” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, mostra-se compatível com o § 9º do art. 14 da Constituição na redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94. (BRASIL, 2010).

Votaram com o relator os ilustres Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Menezes Direito. Ficaram vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa, que, posicionando-se favoravelmente à tese da necessidade de se considerar a vida pregressa dos candidatos para análise dos pedidos de registro de candidatura a fim de consagrar os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício dos mandatos, votaram pela procedência da ADPF.

Afirmou o Ministro Carlos Britto em seu voto:

Neste campo dos direitos políticos, o exercício deles não é para servir imediatamente aos seus titulares [...] mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva – esses dois valores que acabei de dizer: da soberania popular e da democracia representativa ou democracia indireta [...] A probidade administrativa e a moralidade para o exercício do cargo, considerada a vida pregressa do candidato, são valores condicionantes do exercício dos direitos políticos, os quais se dão nessa perspectiva da responsabilidade [...] A Lei Complementar nº 64, na medida em que tantas vezes exige o trânsito em julgado, sofreu o que uns chamam de revogação, tecnicamente, e, outros de inconstitucionalidade superveniente. Isso porque a exigência de trânsito em julgado é para proteger pessoas, o indivíduo, ao passo que a lei complementar, após a Emenda nº 4, somente foi requestada para proteger valores, não pessoas” [...] Podemos concluir que, no mínimo, na parte em que se manda observar a vida pregressa do candidato, a norma seria de eficácia plena. No mínimo, não se pode desconsiderar a vida pregressa do candidato, seja como condição de elegibilidade, seja como causa de inelegibilidade. (BRASIL, 2010).

E conclui afirmando que “Não há como fazer da vida pregressa do candidato à investidura em cargo político eletivo um indiferente jurídico”. (BRASIL, 2010).

O Ministro Carlos Ayres Britto, ao apresentar seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008, insistiu nos argumentos apresentados quando do julgamento do RO/RJ nº 1.069/2006 e da Consulta nº 1.621. Sustentou, acompanhado apenas do Ministro Joaquim Barbosa, que a tese da vida pregressa como impedimento à elegibilidade independentemente do trânsito em julgado de decisão condenatória criminal ou cível por improbidade administrativa não ofende o princípio da presunção de inocência em razão de representar princípio de cunho social que, quando ponderado com aquele da presunção de não culpabilidade, prevalece diante do seu cunho coletivo e relacionado com os fundamentos da soberania e democracia representativa.

O Ministro Joaquim Barbosa, por seu turno, comungando da tese vencida, asseverou:

Estou convencido, portanto, que no confronto aparente entre o princípio constitucional da presunção de inocência e as exigências postas pelo artigo 14, parágrafo 9º da Constituição estas devem prevalecer. (BRASIL, 2010).

Todavia, em que pesem os sólidos fundamentos sustentados pela autora da ação – a Associação dos Magistrados Brasileiros – e os brilhantes votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa, prevaleceu a tese contrária, tendo sido a ADPF julgada improcedente, *com decisão dotada de efeito vinculante*.

Nesta esteira de raciocínio conclui-se que, uma vez exarada pelo STF decisão de cunho vinculante que impede a consideração da vida pregressa do candidato a cargo público eletivo para análise de pedido de registro de candidatura e restringe a aplicação pelos juízes e Tribunais Eleitorais dos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo, sepultada fica a matéria, no âmbito do Judiciário, voltando as esperanças de se

verem consagrados tais valores da probidade e da moralidade pelo Poder Legislativo em lei complementar a ser editada conforme comando do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal.

7. Iniciativas legislativas na seara da vida pregressa compatível com a representação popular

7.1. O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral e o Projeto de Lei de iniciativa popular da “Campanha Ficha Limpa”

Em abril de 2008, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), formado por quarenta e duas entidades, com o escopo de melhorar o perfil dos candidatos a cargos eletivos do país e tornar mais rígidos os critérios de inelegibilidade e acesso aos cargos públicos, lançou a “Campanha Ficha Limpa”.

Pretende o movimento encontrar e defender a criação de mecanismos que favoreçam a lisura do processo eleitoral, sendo certo que a “campanha ficha limpa” se posiciona pela não admissão aos pleitos eleitorais de candidatos com vida pregressa inidônea e incompatível com a investidura no poder político.

Depois de conduzir a campanha por aproximadamente um ano e meio, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), por meio das entidades que compõem o movimento, lograram reunir a assinatura de um milhão e trezentos mil eleitores – número esse correspondente a 1% do eleitorado brasileiro – ao Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre a vida pregressa dos candidatos a cargos públicos eletivos, entregando, assim, em 29 de setembro de 2009 tal Projeto de Lei de Iniciativa Popular ao Presidente da Câmara dos Deputados Michel Temer para ser apresentado à tramitação ordinária no Congresso.

O Projeto de Lei de Iniciativa Popular, de acordo com o MCCE, foi elaborado diante da expressa exigência da Constituição Federal de 1988 que, no § 9º do seu artigo 14, determinou a inclusão de novos critérios de inelegibilidades, considerando a vida pregressa dos candidatos.

Pretende a proposta popular aumentar o rol de situações em que o registro de uma candidatura a cargo eletivo fica impedido, seja por condenações criminais de candidatos, renúncia de cargos por parlamentares para evitar abertura de processo por quebra de decoro ou por condenações por representações por compra de votos ou uso eleitoral da máquina administrativa.

Busca ainda estender o período em que a candidatura fica impedida diante da ocorrência de algumas inelegibilidades, que passaria a ser de oito anos, e a tornar mais rápidos os processos judiciais sobre abuso de poder nas eleições, fazendo com que as decisões em regra sejam executadas imediatamente mesmo sendo cabíveis recursos.

Outro objetivo ressaltado no projeto de lei sobre a vida pregressa é o de que o abuso de poder passe a ser julgado e admitido tão somente pelo fato de ter sido cometido e não somente quando esse abuso influencie no resultado eleitoral, como hoje prevê a legislação eleitoral vigente.

O Projeto de Lei Complementar, que *altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o artigo 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato*, foi protocolado com o número 518/09 e já está oficialmente tramitando na Câmara dos Deputados.

É digno de se observar que o projeto de lei de iniciativa popular, assim como se deu no caso do também projeto popular concernente à “compra de votos” (que culminou na inserção do artigo 41-A na Lei 9504/97), retrata a manifestação inequívoca do posicionamento da sociedade brasileira frente ao tema.

Para o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, a tentativa de promover alterações da Lei das Inelegibilidades de forma a consagrar a tese da vida pregressa incompatível como impedimento à candidatura não busca considerar os pretensos candidatos com

ficha maculada culpados de forma antecipada. Procura o movimento, ao contrário, proteger a sociedade de possíveis danos advindos da participação nociva de pessoas reconhecidamente ímprobos e cuja vida anteacta não espelha idoneidade suficiente para o exercício de cargo público eletivo.

Mas, como ressaltou uma reportagem exibida no *site* da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (FIEP) do Jornal *Gazeta do Povo Online*:

Não será tarefa fácil convencer os congressistas a votar favoravelmente a um projeto que certamente irá prejudicar boa parte deles. Até o final do ano de 2009, 129 deputados federais e 21 senadores eram alvos de processos no Supremo Tribunal Federal, o que justifica o fato de que pelo menos vinte e uma propostas estejam engavetadas no Congresso até hoje. A mais antiga delas é de 1993 e está pronta para ser votada em plenário desde novembro de 2001.⁵

Talvez, quem sabe, a mobilização popular envolvida na campanha e na coleta de assinaturas nesse projeto de lei de iniciativa popular sirva para influenciar e pressionar os parlamentares a dar um novo e diferente destino a esse projeto a eles apresentado pela sociedade brasileira.

O que não se pode perder de vista é que o cidadão brasileiro comum almeja a seriedade no trato com a coisa pública. Não deseja o eleitor assumir o risco de entregar a administração pública a pessoas que não reúnam condições de fazê-lo com honestidade e probidade.

O reconhecimento da vida pregressa incompatível como óbice à candidatura representa, de fato, uma aspiração do brasileiro tendo como norte final uma maior moralização da política no Brasil.

⁵ Fonte: Jornal *Gazeta do Povo Online*. Reportagem exibida no *site* da FIEP.

7.2. Outros projetos de lei que cuidam da temática

Além do projeto de lei de iniciativa popular acima mencionado, não se pode deixar de mencionar a existência do Projeto de Lei (PL) nº 390/2005, que tem o escopo de regulamentar o dispositivo constitucional que prevê seja considerada a vida pregressa do candidato para fins de registro de candidatura (artigo 14, § 9º, da CF/88).

Sob a relatoria do Senador Demóstenes Torres, o PL 390/2005 também procura criar hipóteses de inelegibilidade relacionadas com a afronta ao princípio da moralidade e da probidade eleitorais, exigindo, no caso, para a configuração da inelegibilidade, a condenação em primeira instância pela prática de crimes de ação penal pública que ostentem gravidade.

É digna de destaque a passagem abaixo transcrita retirada do parecer sobre o projeto citado apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado:

É oportuno lembrar que todos os servidores públicos devem atender aos requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada, cuja relevância também se faz presente no controle pelo Legislativo de indicações de autoridades. Que mensagem, indago, o Parlamento passa à sociedade ao preservar uma licença moral e de reputação apenas para os ocupantes de cargos eletivos? Certamente isso contribui para que a política seja vista como um campo imune à ética, o que desfavorece sobremaneira a consolidação da cultura democrática no Brasil. Ora, condenações judiciais, ainda que não transitadas em julgado, e decisões de tribunais de contas não são fatos inexistentes no mundo jurídico. [...] O Poder Judiciário e os tribunais de contas não são confrarias de irresponsáveis. Os magistrados e conselheiros brasileiros são submetidos a rigorosos escrutínios e conhecem bastante bem a gravidade de sua função. Porém, bem o sabemos, há um notável sortimento de manobras protelatórias e chicanas jurídicas de que se valem os candidatos para tentar escapar à Justiça [...] (BRASIL, 2005).

Esse projeto já tem texto aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado e atualmente encontra-se em regular tramitação, agora se somando ao novel projeto de iniciativa popular sobre o tema.

8. Conclusões

À vista de todo o raciocínio desenvolvido no presente trabalho, conclui-se que o princípio da probidade eleitoral e da moralidade para o exercício de mandato eletivo considerada a vida pregressa do candidato é valor jurídico claramente reconhecido pela nossa Carta Magna a partir da Emenda de Revisão de 1994.

Como não existem princípios absolutos, que devam preponderar sempre e a todo tempo quando ponderados com outros, não se pode admitir que o princípio da presunção de inocência, ligado essencialmente aos direitos e garantias individuais, prevaleça sobre o princípio da moralidade, que, pela sua própria essência, relaciona-se com os direitos coletivos, com o interesse de todos os brasileiros de ter governantes honestos e probos.

Sendo a vida pregressa do candidato um meio proclamado pela Constituição para se proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício dos mandatos eletivos, deve ser vista como preceito fundamental que, assim o sendo, não pode ficar no aguardo do arbítrio do legislador ordinário para se fazer aplicar em sua inteireza. Não pode a eficácia das normas constitucionais ficar à mercê do legislador infraconstitucional quando a lógica é contrária, é inversa.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que negou a aplicação da tese da vida pregressa para aferição de elegibilidade, assentou-se, seguramente, em pilares equivocados, uma vez que admitiu o princípio da presunção de inocência como princípio absoluto, que deve prevalecer sempre, mesmo quando em cotejo com princípios outros que se destinam a tutelar interesses mais relevantes que os do indivíduo tomados em sua essência individual.

Acredita-se que o STF, ao rechaçar a tese da vida pregressa como requisito para aferição de elegibilidade, perdeu a valiosa oportunidade de garantir a verdadeira efetividade das normas constitucionais. Ao decidir como o fez no ADPF nº 144/2008, a nossa Corte Suprema acabou por validar a assertiva de que as omissões legislativas ainda têm o condão de obstaculizar a eficácia de direitos fundamentais, fazendo com que o direito exista em tese, mas não se realize em concreto.

Foi-se, com a decisão do STF, a chance de se criarem regras que pudessem garantir um maior rigor ético na vida político-eleitoral brasileira. Resta, agora, aguardar eventual manifestação favorável à tese pelos parlamentares quando da análise dos projetos de lei em tramitação nas Casas Legislativas que versam sobre o tema.

Diante disso, infere-se que a vida pregressa incompatível com a dignidade do cargo político-representativo em disputa, a despeito das posições contrárias, deve ser tida como *condição de elegibilidade implícita, de assento constitucional*, roupagem essa que certamente possibilita a plena aplicação do princípio da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato reconhecido no artigo 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988.

9. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Guilherme Lapa. Inelegibilidade decorrente de vida pregressa: entre a presunção de inocência e o princípio da moralidade. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=7154>. Acesso em: 30 mar. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Código Eleitoral. Organização dos textos, notas remissivas e índices por José Nepomuceno Silva. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 390. Brasília, DF, 24 nov. 2005. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=75982 > Acesso em: 25 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 144, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso Mello, Brasília, DF, 6 ago. 2008. *DJe* 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28144%2ENUME%2E+OU+144%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1621, Brasília, DF. *DJ* 4 jul. 2008. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia> >. Acesso em: 25 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 1069, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, Brasília, DF, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

BRÍGIDO, Carolina; BRAGA, Isabel. Cerco aos candidatos fechados. *O Globo*, 11 maio 2008.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13. ed. Bauru: Edipro, 2008.

CASTRO, Edson de Resende. A vida pregressa como impedimento constitucional à candidatura. *Revista Jurídica da UNIRAXÁ*, Araxá, ano.13, n. 12, ago. 2009.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e Prática do Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

ENCONTRO DO COLÉGIO DE PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS ELEITORAIS, 41., 19 e 20 jun. 2008, Rio de Janeiro, RJ. *Ata...* Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: < http://apps.tre-ma.jus.br/institucional/colégio/publicacoes/atas/Ata_do_XLI_Encontro_do_Colegio_de_Presidentes_dos_TREs.doc>. Acesso em: 25 jun. 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. In: REIS, Márlon Jacinto. Inelegibilidade e Vida Pregressa: Questões Constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2086, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12481>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito Eleitoral*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2003.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2008.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão n. 31.258. Rel.: Juiz Rodrigo Lins e Silva Cândido de Oliveira, Rio de Janeiro, RJ, 23 ago. 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. Registro de Candidato n. 2401, Rel. Juíza Jaqueline Lima Montenegro, Rio de Janeiro, RJ, 23 ago. 2006.

RONDÔNIA. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Rondônia. Acórdão n. 159/2004. Rel.: Juiz Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, Rondônia, 10 ago. 2004.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

Artigo enviado em: 28/04/2010

Artigo aprovado em: 27/06/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20120016

**O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO
CONSTITUCIONAL ADOTADA PELOS
TRIBUNAIS PARA CARACTERIZAÇÃO DO TIPO
PENAL PREVISTO NO ARTIGO 306 DO CÓDIGO
DE TRÂNSITO BRASILEIRO – CRIME DE CONDUZIR
VEÍCULO AUTOMOTOR SOB O EFEITO DO ÁLCOOL**

PETERSON BARBOSA DE OLIVEIRA

Professor de Direito Administrativo

Centro de Ensino Técnico para Profissionais do Trânsito – CENTEC, Brasil

peterbarol@hotmail.com

1. Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 1.113.360 - DF (2009/0062831-8)

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL
E TERRITÓRIOS RECORRIDO: F. P.

ADVOGADA: M. N. R. M.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA. AFERIÇÃO DA DOSAGEM QUE DEVE SER SUPERIOR A SEIS DECIGRAMAS. NECESSIDADE. ELEMENTAR DO TIPO.

1. Antes da edição da Lei nº 11.705/08, bastava para a configuração do delito de embriaguez ao volante que o agente, sob a influência de álcool, expusesse a dano potencial a incolumidade de outrem.

2. Entretanto, com o advento da referida lei, inseriu-se a quantidade mínima exigível e excluiu-se a necessidade de exposição de dano potencial, delimitando-se o meio de prova admissível, ou seja, a figura típica só se perfaz com a quantificação objetiva da concentração de álcool no sangue, o que não se pode presumir. A dosagem etílica, portanto, passou a integrar o tipo penal que exige comprovação superior a 6 (seis) decigramas.

3. Essa comprovação, conforme o Decreto nº 6.488 de 19.6.08 pode ser feita de duas maneiras: exame de sangue ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), este último também conhecido como bafômetro.

4. Isso não pode, por certo, ensejar do magistrado a correção das falhas estruturais com o objetivo de conferir-lhe efetividade. O Direito Penal rege-se, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade.

5. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue.

6. Recurso a que se nega provimento.

2. Razões

Entendemos que o cerne da controvérsia, que será exposta, é a interpretação constitucional, que pressupõe a interpretação legal aplicada nos momentos da persecução e na configuração do tipo penal. Os tribunais superiores concluíram que as inovações introduzidas pela Lei nº 11.705/08 restringiram a constatação da conduta típica e a realização dos meios técnicos de aferição do teor alcoólico (definidos por regulamentação do Poder Executivo), tornando inábeis quaisquer outras formas de se provar, ainda que inequivocamente, a condução sob efeito de álcool ou substância equivalente; além disso, tais restrições, em maior importância, afastaram a obrigatoriedade de o cidadão se submeter aos testes de medição do teor alcoólico pelo controverso direito de não se produzir prova contra si mesmo.

3. Comentários

3.1. Síntese do Relatório do Ministro Og Fernandes

O Ministro Relator principia seu relatório e voto com a ementa da decisão da Apelação que deu provimento ao recurso, cujo raciocínio foi reiterado no R.E. em análise:

PENAL. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR EMBRIAGADO. ART. 306. LEI Nº 11.705/2008. NÍVEL DE CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA NO SANGUE. PRINCÍPIO: NINGUÉM É OBRIGADO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. PRECEDENTE STF. PROVA TÉCNICA. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. Sem embargo da intenção do legislador em penalizar mais severamente os condutores de veículos embriagados, o certo é que ao exigir o nível de concentração alcoólica por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas para tipificar o delito previsto no art. 306 da Lei nº 11.705/2008 culminou por dificultar a sua punição em razão do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova em seu desfavor.

2. 'Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo: Precedentes'. (HC 93916/PA - Relatora: Min. Cármen Lúcia julgamento: 10/06/2008 - Órgão julgador: Primeira Turma).

3. A alteração dada pela Lei nº 11.705/2008 é mais benéfica ao réu que a lei anterior, na medida em que exige, para a configuração do delito previsto no art. 306, na redação dada pela nova lei, a concentração de pelo menos 6 decigramas de álcool por litro de sangue, cuja prova demanda a realização de exames periciais (etilômetro e ou exame de sangue). Não havendo nos autos tais exames, tem-se por atípica a conduta.

4. Recurso provido para absolver o réu com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Entre outras razões, o Ministro Relator justifica a interpretação literal da norma devido à falha que cometeu o legislador ao dar nova redação para o tipo penal, tornando-o mais específico ao exigir a presença de 6 decigramas de álcool por litro de sangue, aferida apenas pelos meios técnicos do exame sanguíneo ou pelo etilômetro (“bafômetro”). Expressou-se o Ministro:

Procurou o legislador, por conseguinte, inserir critérios objetivos para caracterizar a embriaguez – daí a conclusão de que a reforma pretendeu ser mais rigorosa. Todavia, inadvertidamente, criou situação mais benéfica para aqueles que não se submetessem aos exames específicos. Com efeito, ao entendermos que o indivíduo não é obrigado a se auto-incriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não ser obrigado a se submeter ao teste de bafômetro ou a exame de sangue e, também, que o crime previsto no art. 306 do CTN exige a realização de prova técnica específica, poderíamos, sem dúvida alguma, tornar sem qualquer efeito prático a existência do sobredito tipo penal que veio à lume, justamente, com o objetivo de refrear esse tipo de prática criminosa. É extremamente tormentoso deparar-se com essa falha legislativa. O que se inovou com o objetivo de coibir mais eficazmente os delitos de trânsito ocasionados pela influência do álcool pode tornar-se absolutamente ineficaz, bastando o indivíduo não se submeter ao exame de sangue ou em aparelho de ar alveolar pulmonar. Entretanto, não se pode perder de vista – sobretudo em matéria penal que se rege, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade – da sujeição do juiz à lei. Com efeito, ao substituí-la pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do magistrado, estaríamos, a bem da verdade, desvinculando a atividade judicial, na medida em que a consideração do que seria justo ou injusto, no caso concreto, estaria confiada ao alvêdrio do intérprete. Seria assim o arbítrio na aplicação do direito que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica.

3.2. O problema da interpretação

Propomo-nos, aqui, analisar criticamente o método de interpretação constitucional adotado na decisão supradescrita, com precedente em julgado do STF. A decisão dos recursos que versam sobre

o tipo penal previsto no artigo 306 do CTB tem consolidado a jurisprudência do STJ, no sentido de haver atipicidade da conduta devido à ausência da prova técnica da medição alcoólica, sob a luz das inovações introduzidas pela Lei nº 11.705/08.

São duas as interpretações constitucionais pressupostas que repercutiram nos aspectos penal e processual da decisão.

A primeira refere-se à restrição da configuração do tipo penal, devido à nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, introduzida pela Lei nº 11.705/08:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

A segunda interpretação consagra os Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e da Presunção de Inocência, do qual se deduz o direito, de suposta natureza constitucional, de não se produzir prova contra si mesmo, sendo, pois, defeso qualquer constrangimento que leve o acusado a produzir prova hábil a condená-lo.

Não se adentrará no debate da interpretação da norma penal supradescrita, pois não nos propomos a discutir o problema da aferição alcoólica como elementar do tipo, nem a consequência lógica da ausência de condição da ação (atipicidade). O que nos interessa aqui é a identificação do método de interpretação constitucional adotado na decisão, de modo a revelar quais Princípios Constitucionais foram protegidos e quais foram afastados.

Por fim, expostas as críticas, apontar-se-á a sugestão que melhor conforma o problema da interpretação constitucional aplicada a um tema de grande relevância social.

3.3. As interpretações constitucionais – os métodos adotados

O Direito é um campo de intermináveis batalhas de ideias contrapostas, em que a razão e as leis, orientadas para o “bem” – enquanto ideia de preservação da vida digna –, anseiam substituir as vias de fato, as guerras, a violência etc. A história e em maior expressão nosso tempo demonstram como a humanidade permanece ainda distante de concretizar universalmente esse anseio. Os pensamentos movem os homens na produção cultural da qual o Direito é expressão. O Direito é produto de ideia, ele não surgiu do nada, tampouco naturalmente, é uma conquista no campo dos erros e de ferozes defesas contrapostas. No Direito nada é imutável, este acompanha a transformação cultural, o aperfeiçoamento da técnica e a alvorada de novas convicções.

É nesse contexto que também contendem diferentes interpretações. Insta mencionar o pressuposto de dois momentos conflitantes: primeiro o da criação da norma, resposta para um fato concreto que reclama resolução; segundo o da interpretação da norma, no qual ela se mostra apta a ser aplicada.

Toda a sociedade deve participar desses dois momentos nas mais variadas formas de expressão. Seguramente o avanço ou o atraso de uma sociedade verifica-se na maior ou menor participação social nesses dois momentos. Se a todos os cidadãos é viável participar tanto da produção quanto da interpretação, chegamos ao consequente entendimento de que os juízes não detêm o poder, tampouco a prerrogativa exclusiva de estabelecer única e válida interpretação. Consequência contrária, a hermenêutica ficaria restrita aos magistrados. Felizmente a disciplina integra a formação de todos os juristas e interessados.

A ciência da interpretação, como qualquer outro campo de conhecimento e produção de conhecimento, exige métodos e técnicas de aplicação. Há, por conseguinte, diferentes métodos para tal tarefa, contudo, sendo a natureza do ordenamento jurídico hierárquica, parece-nos lícito entender que os métodos e as técnicas também devem obedecer a uma hierarquia. Com

base nesse raciocínio, os métodos de interpretação constitucional devem prevalecer sobre os demais métodos. Vozes destoantes não creditam reconhecimento à distinção dos métodos de interpretação essencialmente constitucionais. Não se pretende neste comentário discorrer sobre os diferentes métodos de interpretação constitucional e não constitucional; evitando diluir o tema proposto é que intencionamos objetividade.

Todavia, interessa ao tema abordado citar os principais métodos de interpretação constitucional e discorrer a respeito daqueles que incidem sobre a proposta deste comentário. Paulo Bonavides aponta a aurora de três métodos de interpretação constitucional: método integrativo ou científico-espiritual, método tópico e método concretista.

Canotilho anota ainda na vanguarda o método normativo-estruturante. Estes métodos não excluem os chamados “Métodos Clássicos” de interpretação constitucional, mas os complementam, enquanto se busca responder aos anseios originados dos novos valores. Os clássicos são: a) gramatical; b) sistemático; c) histórico; d) sociológico; e) teleológico ou finalista.

Há a indagação sobre qual método foi adotado pelo STJ ao interpretar a nova redação do artigo 306 do CTN. Pode-se defender que a interpretação restringiu-se meramente à descrição do tipo penal, o que não se sustenta, pois o Excelso Tribunal fundamentou a decisão na escolha do Princípio da Liberdade Individual, que se desdobra no Princípio da Presunção de Inocência, ambos consubstanciados no direito à ampla defesa, do qual se deduziu o polêmico direito de não se produzir prova contra si mesmo, bem como no princípio da prévia previsibilidade do tipo penal, considerando a atipicidade do caso.

Sobre o tema da atipicidade se discorrerá no tópico seguinte.

Não se espera encontrar em decisões judiciais o perfeccionismo técnico e inútil de se apontar expressamente o método interpretativo utilizado, mas a verificação do método adotado revela os valores pelos quais foi pautada a decisão e pelo qual se pauta o magistra-

do. Questiona-se quanto se espera de um magistrado posicionar-se conforme a vanguarda de valores e o quanto se espera dele tradição. Não se está aqui estabelecendo juízo de valor acerca da tradição ou da inovação, afinal, embora o Direito seja mutável, não significa que seja volúvel, o que caracterizaria insegurança jurídica.

A jurisprudência, objeto deste comentário, adotou em nosso sentir a predominância do método clássico gramatical e do método histórico. Gramatical em razão da vinculação estrita à literalidade do texto, em prejuízo da finalidade da norma, qual seja, coibir determinada conduta que recebeu reprovação social; histórico em razão do forte apelo pela liberdade individual, em prejuízo do valor sensível à coletividade e à incolumidade pública. Quisera o STJ ter ao menos adotado o método clássico teleológico, de modo a conciliar a interpretação com a finalidade, ou seja, a proteção do bem tutelado. Foi a interpretação judicial e não o legislador quem criou a norma inócua. O método clássico histórico pode ser percebido à medida que o STJ dá conta da abusiva supressão das liberdades e dos direitos civis na ordem constitucional anterior.

O temor de se verem repetir os erros do passado, melhor expressando, os crimes contra a dignidade da pessoa humana praticados no passado pelos agentes do Estado, levou o Judiciário, a Doutrina, o Constituinte Originário e os Legisladores contemporâneos a reconhecer como absoluta a Presunção da Inocência, elencada como Princípio Constitucional. Corolário desse princípio, o direito de não se produzir prova contra si mesmo, forçoso desdobramento do direito de permanecer calado, foi interpretado como absoluto. Em outra recente decisão, o Ministro do STJ Adilson Macabu discorreu:

É inaceitável a tentativa de restringir a liberdade do cidadão mediante o cerceamento de direitos constitucionais. O direito do paciente não produzir provas contra si está assegurado nos meios constitucionais e ignorar isso é o mesmo que ignorar o direito ao silêncio. O que em outros países é relativo, aqui é absoluto: o indivíduo não pode ser compelido a cooperar com o teste de forma expirada (bafômetro) segundo o princípio que ninguém é obrigado a se autoincriminar. (Notícia do sítio eletrônico Terra de 28/03/2012; Disponível em: <http://noticias.terra>.

com.br/brasil/transito/noticias/0,,OI5690621-EI998,00-STJ+man
tem+obrigatoriedade+do+bafometro+para+detectar+embria
guez.html. Acesso em 29/05/2012).

3.4. Crítica

3.4.1. A consequência da interpretação constitucional pressuposta

O inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República de 1988 estabelece: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Interpretar a atipicidade da conduta pela ausência da aferição alcoólica, elemento objetivo do tipo penal de conduzir veículo sob o efeito de álcool ou substância equivalente, significa afastar todas as demais provas, ainda que inequívocas, da prática delituosa. Na verdade o dispositivo, de lógica proibitiva, torna-se quase absolutamente inócuo. Não se sabe se o Legislador quis tornar ineficaz a regra ou quis proteger o cidadão de abusos, tornando-a mais específica. Assim, talvez teria ele estabelecido um parâmetro de bom-senso ao entender que a presença de quantidade inferior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue não é potencialmente ofensiva à incolumidade pública. Se assim fosse entendido, a interpretação não seria pela atipicidade da conduta, ao contrário, os meios de aferição poderiam até mesmo configurar meios de defesa, caso o condutor de veículo viesse a apresentar no sangue quantidade inferior ao previsto no art. 306 do CTB.

Ousamos discordar de um entendimento que parece pacificado: o Legislador estabeleceu restrição para configuração do tipo penal, “pressupondo-se” a exigência da aferição alcoólica pelo exame de sangue ou pelo etilômetro. Mas o Legislador não disse isso. O raciocínio da restrição é do Judiciário.

Concebemos que a interpretação da Constituição da República sobrepõe e vincula a interpretação técnica legal. A interpretação constitucional necessariamente envolve parâmetros de natureza

axiológica, portanto, não pode o Judiciário negar-se a analisar os princípios e os valores sensíveis à sociedade, obviamente previstos na Constituição, logo, esta não está dissociada da sociedade como uma divindade estaria dos homens, ao contrário, só tem legitimidade se refletir os valores da própria sociedade. Não é a Carta Magna um enunciado erudito de arte literária, ela é muito maior que isso, é fonte inspiradora para a arte, porque reflete a interminável luta pela liberdade e pela dignidade que tantas vidas custaram ao longo da história.

Portanto, melhor interpretação não é aquela que aponta atipicidade do crime pela ausência da defendida elementar, também não se está aqui defendendo a presunção penal, terreno movediço e perigoso. Há quem alegue que as sanções de natureza administrativa, às quais se sujeitam o condutor que se nega aos meios de aferição, bastariam para satisfazer o *animus puniendi*, conforme preceituado no § 3º do art. 277 do CTB. Importante esclarecer que a proibição de conduta imposta por Lei não é pretendida com relação a exceções ou à ineficácia, ao contrário, ela traduz um valor social a ser tutelado por comandos objetivos, portanto, todos os meios de se coibir uma conduta, especialmente o penal, objetiva extirpar a reprovada conduta.

Outros meios de se apurar a existência da conduta típica, que não a aferição técnica, não foram banidos pelo novo texto; continuam aptos a caracterizar o crime, incluindo-se a prova testemunhal e a presunção de boa-fé dos agentes públicos, obviamente relativizados pelo contraditório e pela ampla defesa na produção de provas contrárias.

A interpretação que propomos é de conteúdo constitucional, que vincularia a definição técnico-penal ou processual. Há a dúvida sobre qual valor e sobre quais princípios constitucionais se sustenta essa interpretação. O princípio corporifica-se no dever de proteger o bem jurídico da incolumidade da vida, o que melhor reflete a dignidade da pessoa humana, considerando sua obviedade na composição da coletividade ou da sociedade. Se a norma existe, por ter sido criada e positivada, é porque ela possui a finalidade de

proteger um valor do qual não se pode descuidar, nem em defesa da melhor técnica. A segurança jurídica não estará ameaçada por esse entendimento, nem mesmo estará atribuindo ao Judiciário função legiferante; ao contrário, a segurança jurídica será afirmada no processo de pacificação social por meio de regras eficazes e o Poder Judiciário cuidará da mais nobre função que lhe é atribuída e esperada pelo cidadão, a afirmação dos valores constitucionais mais caros, quando e somente quando lhe for submetido conflito.

3.4.2. A dedução do direito de não produzir prova contra si mesmo

O conhecido Pacto de San José da Costa Rica (Convenção de Direitos Humanos de 1969), ratificado pelo Brasil, prevê no artigo 8º, das Garantias Judiciais, o direito de o cidadão não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem confessar-se culpado. Trata-se do Princípio da Inocência, que fundamenta as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, o direito de permanecer calado. Indaga-se também se o direito de não depor contra si mesmo equivale e sustenta invariavelmente o direito de não cumprir obrigações legais que a sociedade, por meio de legítimos representantes legislativos, estabeleceu.

O Direito de não produzir prova contra si mesmo não está explicitamente previsto na Constituição da República de 1988. Trata-se de uma dedução do Princípio da Presunção de Inocência e mais especificamente do direito ao silêncio (permanecer calado), respectivamente previstos nos incisos LVII e LXII da CR/88. Doutrina e Jurisprudência dão ampla guarida à existência do direito de não produzir prova contra si mesmo, mas surge a questão sobre o fato de o Constituinte Originário e posteriormente o Derivado, no uso das prerrogativas de constituinte derivado, não terem estabelecido expressamente um direito tão específico ao cidadão, não obstante haver tantos comandos implícitos na Carta Magna de indiscutível valor e aplicabilidade. A indagação não comporta a resposta, como se pode pensar, necessariamente porque a existência desse direito é discutível, ou seja, não é pacífica nem entre juristas, nem entre a sociedade. É comum no Brasil certos postulados alcançarem

o *status* de “verdades”, pressupostos que não seriam passíveis de revisão. O universo cultural, no qual se inserem as relações humanas, sempre mutáveis, não sustenta nada que não possa ser revisto em algum tempo.

Não se descuida da aberração que é a condenação de um inocente, muito mais grave que a absolvição de um culpado. Mas não se pode pensar na existência de direitos absolutos, muito menos em interpretação absoluta. Entendemos que apenas os Princípios são absolutos, logo um direito torna-se absoluto à medida que realiza um princípio, do contrário deverá ser relativizado. Analise-se o direito de propriedade, hoje relativizado a ponto de se exigir o cumprimento de uma função social, podendo o imóvel vir a sofrer expropriação por seu uso inadequado ou mesmo frente ao interesse público. No Estado Liberal o direito de propriedade era absoluto.

Entre os princípios não há hierarquia, nem mesmo conflito, que só de fato surge no momento da escolha para aplicação, por exemplo, o administrador não pode justificar um ato eivado de vícios, em afronta aos Princípios da Moralidade, da Proporcionalidade, da Eficiência, do Interesse Público entre outros, pelo simples fato de haver previsibilidade legal para a produção daquele ato, ou seja, escudado no Princípio da Legalidade. No compasso desse raciocínio, entendemos que o Princípio da Presunção de Inocência não afasta o Princípio do Interesse Público, que orienta a tutela de um bem e contrapõe as condutas que ameaçam esse bem. Logo, não se pode aceitar que manifestos transgressores exijam o direito de não produzir prova contra si mesmo, diante do dever a que toda a coletividade se submete de provar estar apta a conduzir veículo automotor, ou seja, sem a presença de 6 decigramas de teor alcóolico no sangue.

A presunção de inocência como princípio é absoluta, pelo menos enquanto o valor que a pressupõe existir. Mas o direito de não produzir prova contra si mesmo não é absoluto, simplesmente porque na caracterização do tipo penal previsto no art. 306 do CTB não se pode aplicar o Princípio da Presunção de inocência e sim o Princípio do Interesse Público, uma vez que este, no caso, conforma

valor de maior relevância, especificamente e restritivamente neste caso. Portanto, nesta circunstância específica, predominará o dever, não o direito. Trata-se do dever de se submeter aos testes de teor alcoólico.

Se houver a predominância da aplicação absoluta do Princípio da Presunção de Inocência a todos os fatos criminosos, possivelmente não haverá a caracterização de nenhuma conduta típica. A convivência em sociedade exige que os indivíduos que a integram observem seus deveres, às vezes em detrimento de seus direitos. Há quem, interpretando o artigo 277 do CTB, entenda que o dever do teste de alcoolemia seria dirigido ao agente público fiscalizador, não ao condutor suspeito. Não se discute a existência do dever do agente público (dever de ofício) de providenciar o teste, portanto não é uma faculdade, mas isso é ordem administrativa. A inobservância pelo agente público ensejará apuração disciplinar. O comando do artigo 277 do CTB é dirigido ao cidadão indistinto, determinado apenas pela suspeita de estar sob a influência do álcool na condução de veículo automotor:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Trata-se de um dever que delimita a liberdade, como todos os deveres afazem. Não se fala em supressão da liberdade, valor absoluto, mas de limites à liberdade. A liberdade só é absoluta enquanto delimitada, do contrário haveria usurpação da dimensão de liberdade do outro, momento em que se dá a transgressão e os conflitos que são submetidos ao Judiciário. A dedução do direito de não produzir prova contra si mesmo, na caracterização do tipo previsto no artigo 306 do CTB, parece-nos manifesta aberração, uma vez que configura expressa autorização para se praticar a conduta que o dispositivo objetiva proibir. A razão não comporta essa interpretação.

4. Conclusão

A proposta deste comentário foi identificar, de forma problematizada e dialética, quais métodos de interpretação constitucional orientaram a decisão do STJ, que, diga-se de passagem, consolida a jurisprudência cuja tese recebe forte acolhimento doutrinário. É certo que o STJ apoia-se na posição aparentemente pacífica do STF, com curiosas manifestações de Ministros vanguardistas como Joaquim Barbosa, por exemplo.

A ousadia da discordância que apresentamos não se assenta na divergência dos fundamentos e razões apresentadas pelos ministros dos tribunais superiores, mas sim na aplicação desses fundamentos de ordem constitucional. Como já exposto, os Princípios são absolutos, mas não há hierarquia entre eles, logo sua aplicação não se mostra absoluta, de modo que cada caso exigirá a observância do Princípio mais sensível, ou seja, aquele que incide sobre o bem mais caro. A aplicação absoluta de princípios geraria o conflito entre eles, de modo que a escolha representaria o reconhecimento de princípios mais e menos importantes, o que nos parece um contrassenso. Portanto, o debate do método de interpretação constitucional se faz relevante para que se possa verificar qual ou quais Princípios foram prestigiados. Obviamente a escolha do fundamento valorativo revelará a posição do tribunal julgador diante dos conflitos sociais.

Há a dúvida se podemos aceitar a ideia de que o Poder Judiciário não deve contribuir para a consolidação dos valores mais caros à sociedade e se é aceitável o argumento de que as falhas do Legislativo não podem ser supridas pelos juízes. Assim, há que se pensar para que servirão as técnicas de integração normativa que o ordenamento prevê a disposição do julgador. Entendemos que o Judiciário deve interpretar integrando a ordem normativa de forma sistêmica, teleológica e axiológica. Os chamados métodos da nova hermenêutica constitucional configuram propostas de evolução da técnica de aplicação dos princípios e garantias previstos na Carta Magna, embora não se tenha discorrido aqui sobre eles. Os Poderes do Estado são exercidos por homens, não por máquinas. Sendo assim, todos somos cidadãos com a responsabilidade de legar às novas gerações uma sociedade mais pacífica e justa.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 107.768. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_122180>. Acesso em 05 abr. 2012.

GANTOIS, Gustavo. STJ mantém obrigatoriedade do bafômetro para detectar embriaguez. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/transito/noticias/0,,OI5690621-EI998,00-STJ+mantem+obrigatoriedade+do+bafometro+para+detectar+embriaguez.html>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *A Moderna Interpretação Constitucional*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3497/a-moderna-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

SHIAVOTELO, Stela. *A obrigatoriedade do bafômetro na Lei seca*. Disponível em: <<http://doutoraresponde.blogspot.com.br/2008/07/obrigatoriedade-do-bafmetro-na-lei-seca.html>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel. *Obrigatoriedade do Bafômetro*. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/obrigatoriedade_do_bafometro_procurador_edison.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2012.

SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional: Métodos e Princípios*. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/hermeneutica-e-interpretacao-constitucional-metodos-e-principios>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120017

9

Direito Público Institucional

Artigo

Comentário à Jurisprudência

Jurisprudência • DVD-ROM

Técnica • DVD-ROM

DIREITO PÚBLICO INSTITUCIONAL

ARTIGO

AS PECULIARIDADES DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO MINISTERIAL NAS COMARCAS DO INTERIOR

DISTINCTIVE FEATURES OF THE WORK OF PROSECUTORS IN STATE ATTORNEY OFFICES OF SMALL TOWNS

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil

gasparrodrigues2010@bol.com.br

RESUMO: Este estudo, baseado numa longa experiência profissional, tem como objetivo precatar novos agentes ministeriais das sutilezas e das peculiaridades do interior, fornecendo-lhes algumas diretrizes capazes de auxiliar-lhes na superação de eventuais dificuldades ou na evitação de erros primários. Foram reunidos registros e anotações com o fim de sistematizar reflexões sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Promotor de Justiça; exercício funcional; interior; peculiaridades.

ABSTRACT: This study, based on long life experience, aims at cautioning new DAs of the subtleties and peculiarities of working in small towns, presenting guidelines for them to avoid making basic errors. One gathered records and notes in order to systematize reflections on the matter.

KEY WORDS: District Attorney; functional exercise; interior; peculiarities.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Relação institucional com a comunidade, demais autoridades e agentes públicos. 2.1. Comunidade. 2.2. Autoridades municipais. 2.3. Polícias Civil e Militar. 2.4. Juiz da Comarca. 2.5. Serventuários da Justiça. 2.6. Advogados. 2.7. Segmentos organizados da comunidade: sindicatos, associações de bairro, ONGs. 2.8. O risco da instrumentalização. 3. Atendimento ao público. 3.1. Pertinência com as funções institucionais. 3.2. Fixação de horário de atendimento. 3.3. Registro. 4. Cuidados necessários. 4.1. Denuncismo. 4.2. Andamento processual. 4.3. Residência na comarca. 4.4. Controle da vaidade. 5. Feitos onde o MP intervém por força de lei. 6. Feitos onde a intervenção ministerial é desnecessária. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Como já tivemos ocasião de sublinhar (RODRIGUES, 2010, p. 8), há uma carreira que se destaca por enfrentar, além dos percalços intrínsecos à função pública, os aspectos cósmicos, naturais, humanos e sociais: é o exercício da função ministerial no interior recuado (e esquecido) do Brasil. Todavia, como a natureza é sábia, são designados para esses rincões – verdadeiros laboratórios de (penosa) iniciação – os profissionais mais jovens, fortes e com uma desenvoltura intelectual cada vez mais apreciável. Munidos com essas ferramentas se dão ao largo da sorte e apuram princípios de conduta no meio da comunidade onde se inserem, sem indagar dos aplausos ou das censuras alheias; sem transigir ou temer – pois não fogem ao encargo em vista de cômodas cavações. Entram na fileira do formigueiro humano, misturam-se aos *comarcanos* (compartilhando-lhes a sorte), acotovelando seus semelhantes e surpreendendo-lhes os problemas e as aflições.

Todavia, apesar desse cenário multicolorido, a verdade é que o Promotor do interior, ainda em início de carreira, não é uma

fortaleza inexpugnável, dados alguns vetores internos e externos. Essa situação retira-lhe certa independência funcional. Assim, se por um lado temos uma explosão de força (jovem e entusiástica), por outro temos sérios obstáculos ao desempenho eficiente da função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público (MP). Essas duas variáveis levaram-nos a reunir anotações e registros com o fim de sistematizar reflexões sobre a matéria.

Há, também, neste estudo, o qual é baseado numa longa experiência profissional, o singelo objetivo de precator novos agentes ministeriais das sutilezas e das peculiaridades do interior, fornecendo-lhes algumas diretrizes capazes de auxiliar-lhes na superação de eventuais dificuldades ou na evitação de erros primários.

Aprender com os erros dos outros e não cometê-los é elevada sabedoria. E o homem, como diz Nietzsche (2001, p. 141), é educado pelos seus erros. O proveito das lições da experiência alheia consiste nisso: aplicá-las de forma extensiva a outras situações semelhantes, não cometendo erros facilmente evitáveis com um mínimo de prudência. A prudência é uma arte, uma arte de estender, o máximo possível, as lições aprendidas com a vida, habilitando-nos a suprir as lacunas de um fato com o molde de analogia de outra situação vivida (embora por alheia pessoa).

As dificuldades do Promotor do interior são também potencializadas pelo isolamento e abandono a que é condenado, sem segurança ou conforto algum. E, quando vemos que a maioria deles exerce com denodo e brio suas funções, robustece-se em nós a certeza de que a instituição está bem servida e a sociedade tem ainda uma última esperança na caixa de Pandora. O que mais chama a atenção? Uma flor entre outras ou uma rosa isolada e perdida entre pedregulhos? Assim, é mais digno de admiração o homem que faz alguma coisa desajudado por todos e em ambiente inóspito, tirando alguma coisa do nada, que o homem que faz muito, ajudado de tudo e por todos, que lavra em terras ubérrimas e com semente da melhor qualidade? A resposta parece óbvia, mas esse estudo não se presta a responder a questão e nem teria elementos fáticos para tanto. Por ora, é nosso propósito

fornecer, humildemente, algumas ferramentas retiradas de nossa experiência e com as quais possamos, em momentos de angústia, tirar algum proveito.

2. Relação institucional com a comunidade, as demais autoridades e os agentes públicos

2.1. Comunidade

O agente ministerial, ao chegar à cidade do interior, precisa cercar-se de algumas cautelas: 1) auscultar o ritmo da cidade, diagnosticando seus problemas e possíveis soluções; e 2) adotar uma postura humilde em relação à ferramenta que manuseia (o Direito), sem pretensões de querer revolucionar o modo de vida da cidade (definitivamente não pode superestimar o aparato jurídico como se fosse este a panaceia do povo), rompendo as naturais lealdades internas dos grupos. Não podemos esquecer a lição sociológica (CHINOY, 1978, p. 374) de que o tamanho limitado e o relativo isolamento dessas pequenas comunidades interioranas associam-nas à homogeneidade, à estabilidade e à resistência à mudança.

O Direito pós-moderno é relativo. Isto porque não se podem conceber verdades jurídicas absolutas, mas sempre dados relativos e provisórios. Na pós-modernidade jurídica, marcada pela constelação de valores e pelos fundamentos linguísticos, o desejo de adotar uma certeza absoluta como remédio universal constitui um vício intelectual. O relativismo pós-moderno oportuniza a consolidação de um saber hermenêutico (SOARES, 2010, p. 53), devendo o operador jurídico assumir uma posição de circunscrição diante de fórmulas jurídicas absolutas.

Se for verdade que cada fase da civilização tem seu ídolo, o ídolo da que estamos atravessando é o Direito. Convertemo-nos em adoradores do Direito. Mas não existe uma experiência tão idônea como a experiência penal para afastar tal idolatria. As misérias do processo penal são o aspecto da miséria fundamental do Direito (CARNELUTTI, 2006, p. 85-86). Não buscamos desvalorizar o Direito, mas evitar que seja supervalorizado,

acreditando que basta ter boas leis e bons juízes para alcançar a civilidade definitiva.

Há casos folclóricos de Promotores e Juízes que foram, literalmente, escorraçados de comarcas interioranas por tentar impor um esquema rígido, reducionista e arrogante, totalmente contrário aos costumes, hábitos e tendências da gente local. Muitas questões que afligem as cidades pequenas do interior, para não dizer a maioria dessas questões, são refratárias a uma abordagem exclusivamente jurídica ou meramente demandista. Esses lugares precisam mais de justiça social que de justiça penal. Portanto, é por esse ângulo social que a relação de confiança deve ser estabelecida entre Promotor e comunidade.

Um exemplo serve para ilustrar o que tentamos delinear acima. Muitas cidades do interior convivem com um trânsito totalmente caótico, e a maioria dos motoristas não possui habilitação ou circula com veículos irregulares. Diante dessa hipótese, como o Promotor deve se portar: recomendando ou determinando (por via judicial, se necessário) que as autoridades policiais adotem as medidas adequadas como apreensão dos veículos e instauração de procedimentos contra todos que dirijam irregularmente? Isso paralisaria a cidade e geraria um clamor coletivo (que poderia evoluir para uma situação mais delicada), sem que as punições resolvessem o problema de raiz: o caos do trânsito. E essas pessoas não obedecem a lei de trânsito por uma razão básica: a falta de representação local do Departamento Estadual de Trânsito e o elevado custo da regularização. A solução está mais ligada a um diálogo entre as autoridades e a comunidade, inteligentemente mediado pelo Promotor de Justiça.¹ Ou seja, deve prevalecer o *Promotor do resultado* sobre o *Promotor demandista* e legalista.

A mudança social que muitas vezes representa uma tentativa de solução de um velho problema (como no exemplo acima) pode não

¹ O grande mérito de uma autoridade democrática é fazer com que o poder que lhe é atribuído tenha sua maior expressão na persuasão. E, no dizer de Russell (1955, p. 146), o derradeiro objetivo de qualquer reformador que tenha em vista a liberdade só poderá ser atingido mediante persuasão. A tentativa de impor-se a liberdade pela força sobre aqueles que não desejam aquilo que consideramos liberdade terá sempre de constituir um fracasso.

só gerar pressões e tensões, porque rompe relações estabelecidas entre os vários elementos da cultura e da estrutura social, mas também estimular a resistência a novas mudanças. (CHINOY, 1978, p. 676).

Os membros do Ministério Público, principalmente aqueles sediados no interior, também não podem, à evidência, ficarem 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 (RODRIGUES, 2009, p. 123), esgrimindo como única arma a engrenagem jurídico-formal posta à sua disposição. Esse perfil é anacrônico e nada contribui para a eficiência dos serviços prestados pela instituição às pequenas comunidades do interior do país.

2.2. Autoridades municipais

O relacionamento do Promotor de Justiça com as autoridades municipais (prefeito, vereadores e secretários) deve ser profissional e institucional. Manter a justa medida entre a cordialidade e a relação institucional é importante para evitar que possível contato seja interpretado dentro da equação amizade/inimizade. Dado o caráter imparcial da função ministerial (pois a aplicação da lei e a promoção da justiça não discriminam as pessoas), todo esforço deve ser empregado para impedir que esse verniz seja arranhado.

Nas pequenas cidades do interior, há o costume de polarizar as relações pessoais ou funcionais no círculo estreito da amizade/inimizade. Aprisionar o Promotor nesse esquema schmittiano significa a ruína ou o comprometimento de sua atuação funcional, com sérias consequências para a sua carreira.

Devemos, portanto, ter um cuidado extremo com a aparência. O mundo de hoje é isso: aparência. E nossa visão e audição, apesar de serem os sentidos mais utilizados, são também os mais frágeis que há no corpo. Vemos o sol pequeno, mas ele é imenso; vemos uma cultura de laboratório livre de movimento, mas microscopicamente há milhares de vidas pululando. Assim vemos um rosto simpático,

um sorriso acolhedor, ouvimos um elogio fácil,² um cumprimento efusivo, mas não vemos nem sentimos o coração, os sentimentos, os costumes, a moral, a saúde mental, os interesses escusos e inconfessos etc. A sedução dá-se pelos olhos ou pelos ouvidos. Existem, no entanto, outros mecanismos perceptivos: o cérebro, por exemplo, com suas infindáveis e insondáveis combinações lógicas para fazer um raio X de uma pessoa. Prudência e sabedoria – eis a nossa bússola e carta de marear.

É óbvio que o Promotor deve estar atento a esse cenário movediço e sensível, mas não a ponto de prejudicar um bom relacionamento com todas as autoridades municipais, independente de coloração partidária. Não podemos esquecer que contar com a boa vontade dessas autoridades significa ter condições de influir produtivamente nos rumos políticos e sociais da comunidade.

2.3. Polícias Civil e Militar

Quase todo o trabalho desenvolvido pela Polícia Militar e pela Polícia Civil tem como destinatário imediato o Promotor de Justiça. Essa circunstância diz muito sobre o tipo de relação a ser estabelecida com essas duas engrenagens do complexo securitário. Ambas estão sujeitas ao controle externo exercido pelo Ministério Público, e no interior isso é fácil de constatar. Dada a ausência de autoridades hierarquicamente superiores, os abusos são constantes.

A população terá no Promotor sua tábua de salvação contra as arbitrariedades praticadas por esses dois ramos policiais. Desse modo, monitorar com zelo a atividade policial (civil e militar) é garantia de que os direitos fundamentais de seus comarcãos serão respeitados.

2.4. Juiz da Comarca

A relação com o juiz da comarca é importante por duas razões básicas: 1) ele é o agente com quem o Promotor forçosamente terá de

² Como diz Bertrand Russell (1954, p. 131), desconfie das opiniões que lisonjeiam o alto apreço em que você se tem.

trabalhar, dividindo espaços e ideias; e 2) ele é o agente encarregado de decidir os pedidos de boa parte das atribuições do MP. Se o Promotor não conseguir solucionar o caso extrajudicialmente, não lhe restará outra alternativa senão ingressar em juízo. E ao fazer isso terá ou não pela frente a simpatia intelectual do juiz.

É necessário que seja estabelecida uma relação cordial, elegante e de respeito entre esses dois agentes. O respeito não pode ser confundido com subserviência ou receio de afrontar uma autoridade supostamente “superior” pelo fato de esta deter a atribuição de decidir. A subserviência ou a humildade excessiva muitas vezes surtem o efeito contrário: o desprezo e a falta de respeito. Como dizia Balzac (1963, p. 179-180),

Não seja confiante, nem banal, nem excessivamente obsequioso: três escolhos! A excessiva confiança diminui o respeito, a banalidade acarreta o desprezo, o excessivo zelo arrisca-nos a sermos explorados.

Por uma questão de respeito ou para não criar atritos, o Promotor não pode manter-se apático (ou inerte) diante de decisões judiciais contrárias à sua manifestação ou interesse. O ideal é 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, desapaixonada e impessoal, ao final obtêm-se dois resultados: 1) uma melhor prestação jurisdicional; e 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 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 na consolidação do perfil demandista da instituição, mas também em uma forma de instigar o Judiciário, através de seus membros, a dar uma resposta mais eficiente às demandas sociais que estão por trás das ações do MP.

2.5. Serventuários da Justiça

Os funcionários e auxiliares da Justiça devem ser tratados com urbanidade (LONMP, art. 43, IX) e respeito. Esse tratamento impõe-se como uma questão ética, antes de ser jurídica. A relação com esses servidores deve ser extremamente profissional, pois em sua maioria, para não dizer à unanimidade, apresentam vínculos políticos locais. É importante adotar cautela quando houver a necessidade de manter uma ação em sigilo (pedido de prisão preventiva, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e/ou telefônico etc.), pois inevitavelmente haverá vazamento da informação, prejudicando a eficácia de eventual medida.

Em casos tais, o ideal é restringir o universo de pessoas com acesso à informação, pois isso facilita o monitoramento de eventual vazamento.

2.6. Advogados

Constitucionalmente, o advogado é indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133). Por isso, direitos e prerrogativas são assegurados a esse profissional, a fim de que possa exercer, livremente, a profissão. São exemplos a inviolabilidade do local de trabalho, o sigilo profissional, a comunicação pessoal e reservadamente com seus clientes presos, o ingresso livre nas salas de audiências ou sessões dos tribunais, a repartição judicial ou serviço público, entre muitas outras garantias.

Não é razoável que o Promotor fixe horário de atendimento aos advogados. Embora não exista norma expressa em relação ao Ministério Público, o advogado pode “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada” (art. 7º, VIII, do EOAB). E, em relação a esse dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “É nula, por ofender ao art. 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94, a Portaria que estabelece horários de atendimento de advogados pelo juiz”.³

2.7. Segmentos organizados da comunidade: sindicatos, associações de bairro, ONGs

Segmentos organizados no município (como sindicatos, associações de bairro, organizações não governamentais etc.) podem ser ferramentas ou parceiros úteis na implementação de eventuais projetos sociais. Como deixamos claro, o aparato jurídico, isoladamente, é insuficiente para resolver todos os problemas da gente do interior. Assim, se o Promotor desejar promover mudanças de valores, instituições e estrutura social deverá buscar consenso e legitimidade, estabelecendo um diálogo constante com os segmentos representativos e organizados da comunidade.

Enfeixar esses segmentos numa rede cooperativa é uma tarefa árdua, mas ao fim poderá render excepcionais frutos.

³ Recurso Ordinário em MS nº 13.262-SC, Rel. p/ acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 30/09/2002, p. 157.

2.8. O risco da instrumentalização

O Promotor designado para o interior deve chegar ao seu destino ciente de algo muito importante: carrega consigo uma parcela considerável de poder, principalmente o *jus puniendi* (além do prestígio institucional do Ministério Público). E, como portador de algo sensível a uma comunidade pequena, muitos tentarão usá-lo como instrumento de vingança (pessoal ou política).

Normalmente, a primeira pessoa que o procura em seu gabinete de trabalho é um vereador da cidade ou um cidadão denunciante (em muitos lugares, impreterivelmente, haverá uma figura folclórica do demandista contumaz), aparentemente preocupado com o interesse público, mas, às vezes, recheado de segundas intenções.

3. Atendimento ao público

O atendimento ao público insere-se como uma das vertentes das funções do Ministério Público que mais aproxima a instituição da sociedade. É uma vitrine pela qual, por um lado, a instituição toma contato com os problemas do usuário final de seus serviços (indivíduo/sociedade) e, por outro, o cidadão afere as qualidades de eficiência e eficácia institucionais. Constitui, ainda, um acesso desburocratizado ao Ministério Público e um canal permanente de diálogo. Nas capitais e nas maiores cidades, esse contato direto é amortecido por serviços de triagem ou de pré-atendimento levado a cabo por servidores comuns, dado o volume sempre crescente da demanda (*atendimento indireto ao público*).

Além disso, como diz Julien (s/d, p. 74), as grandes concentrações humanas geram o anonimato, a indiferença para com o indivíduo, as regulamentações são cegas ao caso individual e a pessoa é reduzida a um simples número de identidade. O professor não pode mais se interessar por cada aluno numa classe excessivamente cheia; o juiz diante do qual desfila um grande número de acusados oferece a cada um o mínimo de atenção; o vizinho de apartamento no prédio enorme é, muitas vezes, um desconhecido; e as maiores administrações diluem as responsabilidades e estão longe de tratar

o usuário como um cidadão que tem direitos. Por conta disso, nos grandes centros populacionais, o Promotor perde esse saudável contato direto com o cidadão e com os problemas mais angustiosos enfrentados por este.

No interior, não. Nas cidades interioranas e de pequeno porte, o agente ministerial ainda pode surpreender o problema na sua origem e aviar rapidamente a solução. E, na maioria das vezes, essa solução prescinde das cegas e emperradas engrenagens judiciais. Nessa perspectiva, o Promotor pode robustecer um perfil proativo moderno (molde estruturalmente adequado ao Ministério Público de resultados), fazendo do atendimento direto ao público um meio alternativo (e eficiente) de solução dos conflitos (tendência irrecusável do processo contemporâneo, conforme Donizetti [2009, p. 29]).

No atendimento ao público, tem-se que ser simpático e amável, com uma atitude que revele disponibilidade, confiança, profissionalismo e eficácia. Em certos casos, o atendimento encerra-se com uma orientação jurídica, que, embora pareça insignificante para o Promotor, revela-se fundamental para quem recebe (muitas vezes, um cidadão de poucas luzes, humilde e desassistido). E isso exige segurança e seriedade no aconselhamento jurídico. O tom de voz e a forma como se dizem as coisas são muito mais relevantes do que as palavras empregadas, sendo uma forma importante na transmissão de uma atitude positiva (cuja influência na pessoa atendida é incomensurável).

Algumas regras revelam-se preciosas no atendimento ao público:

I – Falar de forma clara e natural, evitando utilizar termos muito técnicos; as palavras devem ser simples e de fácil compreensão;

II – Falar com convicção, mas sem presunção ou arrogância;

III – Não se importar em repetir a informação, de forma educada e paciente;

IV – Demonstrar interesse e atenção em ouvir o interlocutor. Expressões de desinteresse ou que sugiram hostilidade devem ser evitadas;

V – Evitar interromper bruscamente o discurso do interlocutor;

VI – Ter sempre à mão papel e caneta para poder tomar notas;

VII – Evitar que o diálogo seja personalizado, devendo prevalecer a simpatia e a disponibilidade.

É necessário ficar atento para os atendimentos preferenciais previstos na Constituição e em leis específicas, relativamente a pessoas como idosos, gestantes, deficientes físicos ou com mobilidade reduzida, pessoas acompanhadas com criança de colo etc.

Embora seja caracterizado, legalmente, como uma função institucional do Ministério Público, o atendimento ao público, em regra, não recebe tratamento sistemático nas leis de regência da instituição, sequer em atos normativos infralegais. E isso faz com que, ao invés de ser uma função legal, prescritiva e uniforme, assuma o caráter de compromisso pessoal do membro do MP, carecendo de uma rotina procedimental e uma metodologia de trabalho nas quais sejam garantidos padrões mínimos de qualidade.

Quando a lei atribui ao membro do MP o encargo de atendimento ao público, refere-se “a qualquer do povo” (art. 32, II, LONMP), sugerindo a irrestrita assistência. Embora os necessitados tenham prioridade, dada a manifesta hipossuficiência, o Ministério Público deve atender a todos indiscriminadamente, desde que a reclamação ou pleito mantenha relação de pertinência com as atribuições institucionais delineadas na Constituição.

Do atendimento ao público pode decorrer, como consequência, a celebração de acordos extrajudiciais com referendo ministerial, termos de ajustamento de conduta, encaminhamento aos canais competentes, orientação e outras formas de resolução extrajudicial de conflitos, tornando a instituição um valioso canal de acesso à justiça.

3.1. Pertinência com as funções institucionais

O atendimento ao público, assim como qualquer outro mecanismo manuseado pelo Ministério Público, deve guardar relação de pertinência com seus objetivos constitucionais: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Problemas exclusivamente patrimoniais (dívidas, acordos de terra etc.) e outros casos sem repercussão coletiva e sem caráter de indisponibilidade, envolvendo pessoas maiores e capazes, devem ser encaminhados, conforme o caso, à Defensoria Pública, OAB, Juizado Especial Cível etc. (JÚNIOR, 2005, p. 618).

3.2. Fixação de horário de atendimento

O Ministério Público tem um rol elástico (flexível não seria melhor?) de atribuições, e o legislador infraconstitucional tem, a todo propósito, aberto novas formas de intervenção do MP, seja quando à regulação da proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, ao portador de deficiência etc., seja quanto a questões fundiárias, parcelamento do solo urbano, usucapião etc. Há uma nítida sobrecarga funcional dos membros do Ministério Público, principalmente 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, eficientemente, de todas essas atribuições.

Diante de tal situação e da falta de sistematização legal, o membro do Ministério Público pode estabelecer dias e horários específicos para atender a coletividade, evitando prejuízo às outras atribuições, de cariz igualmente constitucional, que lhe incumbe exercer. O número de pessoas a serem atendidas, entretanto, não pode ser limitado a um número fixo. Os casos urgentes podem ser atendidos a qualquer momento, inclusive fora do expediente forense (art. 43, XIII, LONMP).

3.3. Registro

O atendimento ao público deve ser registrado em livro próprio ou em programa informático adequado. No registro, é importante constarem: número do registro, nome da(s) pessoa(s), endereço, assunto, data de atendimento, número de pessoas atendidas e medidas adotadas. Esses dados serão relevantes para compor o relatório mensal enviado aos órgãos correccionais bem como para o planejamento periódico das ações da respectiva Promotoria de Justiça.

A importância do registro pode ser retratada num fato ocorrido em determinada promotoria do interior. Uma cidadã telefona para o gabinete da Promotoria e informa que seu terreno foi invadido pelo vizinho. Impossibilitada de se locomover (em função de enfermidade), envia o marido para ser atendido pelo Promotor. Feito o atendimento, o Promotor fez o seguinte registro:

320 - Nome: Fulano de Tal

Assunto: Invasão de terreno

Data: 21.10.2010

Número de pessoas atendidas: 1

Medidas adotadas: Orientado a buscar defensoria pública ou advogado. Expedido ofício a delegacia de polícia (nº 131/2010) para apurar esbulho possessório.

Ainda por zelo funcional e tentando obter um acordo, o Promotor notificou o suposto invasor juntamente com o marido da reclamante. E novamente fez o registro do atendimento:

328 - Nome: Fulano de Tal e Beltrano

Assunto: Suposta invasão de terreno

Data: 29.10.2010

Número de pessoas atendidas: 2

Medidas adotadas: Não foi obtido acordo. As partes encaminhadas à Defensoria Pública ou a buscar advogado para ajuizar ação de reintegração de posse. Falta de atribuições da Promotoria de Justiça.

Inconformada com a falta de solução para o seu problema, a parte reclamante (a senhora que não podia se locomover) dirigiu-se à Corregedoria-Geral do Ministério Público e ofereceu representação contra o referido Promotor por omissão. Solicitado a se explicar, o agente ministerial simplesmente enviou o registro de atendimento. Obviamente, sequer chegou a ser instaurado procedimento, dado o consciencioso e zeloso exercício funcional. Mas indaga-se: sem o registro detalhado do atendimento, o agente teria memória do ocorrido, das medidas adotadas e da falta de atribuições para atuar no caso? Certamente, sem esses dados a Corregedoria seria forçada a instaurar sindicância contra o referido Promotor. Nesse caso, embora o procedimento correcional estivesse fadado ao fracasso (do ponto de vista da punição disciplinar), o Promotor de Justiça teria de dedicar parte do seu tempo em se defender e coligir provas. Com a organização racional do serviço e o registro regular dos dados, evitam-se muita dor de cabeça e perda de tempo.

4. Cuidados necessários

4.1. Denuncismo

No interior do país, principalmente em cidades menos populosas, onde todos os moradores ainda se conhecem pelo nome, há a mania do mexerico, da maledicência ou da crítica ofensiva interesseira. Muitas de nossas próprias capitais ainda são, na maioria dos casos, um prolongamento das conversas de barbearia e de farmácia, da mesa de bar ou clube municipal do interior: desenvolvem, por exemplo, nos pontos típicos de bate-papo de rua o mesmo gosto pelo diz-que-diz, pelo falar da vida alheia, pela fuxicaria, não raro complementando no boato, na conversa fiada,

no falatório sobre fulano e beltrano. Conversas, em suma, de uma sociedade ainda em larga escala, de compadres e comadres, disfarçada muitas vezes em “urbana”, do tipo sociológico puro de Max Weber. (MORAIS, 1965, p. 19-20).

Esse gosto pelo boato, pela intriga e pelo mexerico é realçado pela nossa literatura de todos os tempos: “A maledicência é o sal da vida” (ALMEIDA, 1976, p. 114). “No interior, porém, falar mal é a distração única”. (PICCHIA, 1958, p. 37).

O boato é o jornal falado, de enorme circulação na província. Onde maldizentes iletrados de botequim ou botica inventam coisas que fariam Rivarol deter o passo e deixariam Chamfort meio amarelo de inveja (GRIECO, 1955, p. 9). “Todos sabemos do corpo que tomam os boatos no Brasil”. (PEIXOTO, 1921, p. 190).

Nesse contexto, é muito comum vicejar com força o denunciismo, o gosto pela demanda perante o Promotor de Justiça. Às vezes, o propósito é de simples vingança contra um desafeto pessoal ou político. A isso deve estar atento o agente ministerial para evitar que o nobre ofício institucional seja instrumentalizado por interesses vis.

4.2. Andamento processual

Conta-se no foro, a título de anedota, a existência, numa comarca distante, de um Juiz e de um Promotor pouco afeitos ao trabalho. Certo dia, o escrivão fez conclusão ao Juiz de um enorme e espesso processo, contendo inúmeros volumes. O Juiz, surpreendido com o feito, após o costumeiro despacho: “Vista ao MP”.

Cumprido o despacho judicial, o processo chegou às mãos do Promotor, que, por sua vez, exarou esta manifestação lacônica: “Vi”.

Feita conclusão novamente ao juiz, este, indignado com a impertinente manifestação ministerial, disparou: “Diga o ilustre membro do Ministério Público o que viu!”. Ao que o Promotor redarguiu, consignando, languidamente, no feito a seguinte promoção: “Vi tudo!”. (RODRIGUES, 2007, p. 214-215).

De fato, a anedota, embora exagerada, dá uma ideia do andamento processual em muitas comarcas. Muitos juízes ao receberem qualquer petição, antes de qualquer análise ou despacho (como o famoso “cite-se”), abrem vista ao MP. Mesmo em feitos onde, claramente, o MP não intervém, recebem o indefectível “Ao MP”.

4.3. Residência na comarca

Se pudéssemos resumir em pouquíssimas palavras a extensão das funções de um Promotor de Justiça diríamos que ele *trabalha pela sociedade, para a sociedade e na sociedade*. A sociedade é o pano de fundo onde esse agente público exerce sua atividade, portanto, a ela deve estar integrado para compartilhar-lhe a sorte e surpreender-lhe os problemas. Sem conhecer o meio social onde atua, o membro ministerial não disporá de material para a *chef d'oeuvre* do direito: a pacificação social.

Como trabalhar pela e para a sociedade se o Promotor não está integrado na sociedade, se não vive nela? A necessidade de residir na comarca ou no local do seu trabalho é uma questão lógica que, em princípio, dispensaria um comando normativo. Mas há e é conclusivo: “As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição”. (CF, art. 129, § 2.º).

4.4. Controle da vaidade

Quando o jovem bacharel em Direito é aprovado num concurso do Ministério Público e toma posse do cargo, sofre, repentinamente, uma reviravolta em sua vida. De uma hora para outra, passa a ser tratado com “excelência”, “doutor” etc. E, principalmente no interior, onde terá a sua primeira experiência na função, será alvo das maiores deferências e admirações. Isso, obviamente, representa um afago enorme no ego da pessoa.

Para resistir ao canto da sereia e manter sua vaidade em níveis razoáveis e toleráveis, o Promotor deve ser preparado ou socializado

pela própria Instituição. Daí a pertinência dos Cursos de ingresso e vitaliciamento. É certo que o indivíduo não pode fugir de si mesmo, não pode se subtrair ao seu foro íntimo (MERRIAM, s/d, p. 105), mas pode ser envolvido por mecanismos de contenção como: praxe institucional, orientação funcional, aprimoramento constante no campo da ética profissional etc.

Não é demais repetir, parafraseando Carnelutti (2006, p. 8), que os deslizes funcionais (e, normalmente, a vaidade pessoal leva-nos a eles por se constituir uma força autodestrutiva) se assemelham às papoulas: quando há uma no campo, todos apercebem-se dela, mas as boas ações escondem-se como as violetas, entre a grama do prado.

5. Feitos onde o MP intervém por força de lei

São exemplos de intervenção obrigatória do Ministério Público previstos em lei:⁴

- Nas causas concernentes ao estado da pessoa, poder familiar, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade (art. 82, II, CPC): declaração de ausência (art. 22, Código Civil); abertura da sucessão provisória do ausente (art. 28, § 1º, Código Civil); nulidade do casamento (art. 1.549, Código Civil); suspensão do poder familiar (art. 1.637, Cód. Civil); interdição (art. 1.769, Código Civil);
- Na defesa dos interesses individuais homogêneos: art. 92 da Lei nº 8.078/1990;
- Na investigação de paternidade: arts. 2º e 4º da Lei nº 8.560, de 29/12/1992;

⁴ Mesmo nas intervenções ditas “obrigatórias” ou “*ex vi legis*”, remanesce ao Ministério Público o prudente arbítrio de verificar a compatibilidade da lei com a Constituição. Sendo compatível, seu dever é intervir sob pena de nulidade absoluta e falta disciplinar; no caso de incompatibilidade, pode arguir incidentalmente a inconstitucionalidade, eximindo-se da intervenção no caso concreto (*vide*, a propósito, a Recomendação nº 16, de 28.04.2010, do CNMP).

- No mandado de segurança: art. 12 da Lei nº 12.016/2009 (vide art. 5º, inc. XXII, da Recomendação CNMP nº 16, de 28/04/2010);

- Nas reclamações: art. 16 da Lei nº 8.038, de 28/05/1990;

- Na ação popular: Lei nº 4.717, de 29/06/1965, art. 6º, § 4º: “O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores”;

- Na ação civil pública: Lei nº 7.347, de 24/07/1985, art. 5º, § 1º: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”;

- Nas falências e concordatas, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. FALTA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE DO PROCESSO. A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO É OBRIGATÓRIA POR FORÇA DO ARTIGO 82, INCISO III, DO CPC. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. UNÂNIME”. (TJDF, 2006);

- Na ação de usucapião especial urbana (art. 12, § 1º, da Lei nº 10.257, de 10/7/2001 – Estatuto da Cidade);

- No pedido de registro de parcelamento, em caso de impugnação de terceiros: arts. 19, § 2º; 23, § 2º; e 38, § 3º, da Lei nº 6.766, de 19/12/1979;

- Nos registros públicos (Lei nº 6.015, de 31/12/1973): alteração de nome (art. 57); habilitação de casamento (art. 68, § 1º, da Lei de Registros Públicos; art. 1.526, Código Civil); dispensa de proclamas (art. 69, § 2º); pedido de registro de casamento *in extremis* ou nuncupativo (art. 77, §§ 2º e 3º.); retificação de assentamento no Registro Civil (art. 110); Registro Torrens, art. 284 da Lei de Registros Públicos (vide art. 5º, II, da Recomendação CNMP nº 16, de 28/04/2010);

- No referente ao estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1/10/2003): art. 74, II e III; art. 75;
- No Código Civil: abuso da personalidade jurídica (art. 50, Cód. Civil); fundações (arts. 65, parágrafo único, 66 e 69, Código Civil); inscrição de hipotecas legais (art. 1.497, § 1º, Código Civil); preservação do bem de família (art. 1.717, Código Civil);
- Nos conflitos de competência: art. 116, parágrafo único, do Código de Processo Civil;
- Na ação rescisória no caso de colusão: arts. 129 e 487, III, *b*, do Código de Processo Civil;
- No inventário, quando houver herdeiro incapaz ou ausente: arts. 988, VIII; e 999, CPC;
- Na edição, revisão ou cancelamento de Súmula vinculante: art. 2º, § 2º, Lei nº 11.417, de 19.12.2006;
- Na tutela de pessoas portadoras de deficiência (Lei n.º 7.853/89, art. 5º);
- Na tutela dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89);
- Na proteção do patrimônio público (Lei n. 8.429/92 e Lei nº 8.625/93);
- Na proteção da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/94);
- Na defesa de credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024/1974, art. 46);
- Na desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária (de competência exclusiva da União). Intervenção obrigatória do Ministério Público Federal (Lei Complementar nº 76/1993, art. 18, § 2º).

6. Feitos em que a intervenção ministerial é desnecessária

De acordo com a Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses (art. 5º):

I – Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária;

II – Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil;

III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;

IV – Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;

V – Ação ordinária de partilha de bens;

VI – Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes;

VII – Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

VIII – Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;

IX – Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;

X – Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho;

XI – Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou

de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

XII – Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido;

XIII – Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;

XIV – Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

XV – Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa;

XVI – Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC nº 76/93);

XVII – Ação que verse sobre direito individual não homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;

XVIII – Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada;

XIX – Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção;

XX – Intervenção em ação civil pública proposta pelo Ministério Público;

XXI – Assistência à rescisão de contrato de trabalho;

XXII – Intervenção em mandado de segurança.

Intimado como órgão interveniente, pode o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

O objetivo é fazer com que os membros do Ministério Público deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade.

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. E, 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 (“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, dentro da máxima consagrada segundo a qual 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. Conclusão

O exercício da função ministerial no interior do país é formidável e, sob todos os aspectos, realidade duríssima. Exige-se do Promotor mais que ler muitos livros; exige-se também o conhecimento da espécie humana, dos santos e dos canalhas, dos que estão no topo e dos que estão no patamar mais baixo da escala. E apurar esse conhecimento e essa sensibilidade será de grande auxílio para toda a carreira, pois esses espécimes humanos não são privilégio do interior.

Tenhamos sempre como estrela guieira que o ideal de justiça não se abate com a derrota; não se perde quando nós perdemos uma

ação. Ao contrário, ganha resistência, mesmo nas horas amargas da derrota e da retirada.

O novel Promotor do interior deve chegar em sua comarca já ciente de que o Direito não é autossuficiente e nem tem todas as respostas que se lhe exigem. O monumento de pureza científica ruiu diante do grande entrelaçamento epistêmico da ciência do Direito com os demais ramos do saber humano, fazendo com que o Direito seja algo mais que apenas normas positivas.

O Direito é uma entidade cultural que nasce da vida e à vida serve, não se justificando um acentuado dogmatismo ou formalismo, indiferente aos termos ou fatos da vida. Assim, condições econômicas, sociais e diversos outros fatores destacados por sociólogos do Direito são importantes lindes para as normas jurídicas. E é neste amplo círculo que o Promotor do interior deverá buscar o seu ideal de justiça, e não num determinado e solitário ponto, que é o Direito.

8. Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Américo de. *Memórias: antes que me esqueça*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

BALZAC, Honoré de. *O lírio do vale*. São Paulo: W. M. Jackson, 1963.

CARNELUTTI, Francisco. *As misérias do Processo Penal*. Trad. Isabela Cristina Sierra. 2. ed. São Paulo (Sorocaba): Minelli, 2006.

CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. Trad. Octavio Mendes Cajado. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 1978.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRIECO, Agrippino. *Recordações de um mundo perdido*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

JULIEN, Claude. *O suicídio das democracias*. Trad. Marina Colasanti. 1. ed. [s/d]. Rio de Janeiro: Artenova.

JÚNIOR, Salomão Abdo Aziz. Atendimento ao público pelo Promotor de Justiça: função institucional ou assistencialismo social?. Belo Horizonte: Anais do XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2005, p. 618-630.

MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do federalismo no Brasil*. 1. ed. Florianópolis: Lunardelli, 1978.

MERRIAM, Charles E. *Que é democracia?*. Trad. Moacyr N. Vasconcelos. São Paulo: Assunção. [s/d].

MORAIS, Pessoa de. *Sociologia da revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Leitura, 1965.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Trad. Paulo César de Souza. 5. reimp. São Paulo: Campanha das Letras, 2001.

PEIXOTO, Afrânio. *Poeira da estrada*: ensaios de crítica e de história. 2. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1921.

PICCHIA, Menotti Del. *Flama e argila*. São Paulo: Martins, 1958.

RODRIGUES, João Gaspar. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

_____. Ministério Público de resultados: a atual missão institucional. Lisboa: *Revista do Ministério Público* (Sindicato dos Magistrados do Ministério Público – SMMP), Ano 30, n. 119, jul./set. 2009, p. 121-148.

_____. *Os promotores do interior*: o heroísmo em mangas de camisa. Manaus: Informativo da Associação Amazonense do Ministério Público (AAMP), 2010, p. 7-8.

RUSSELL, Bertrand. *Ensaio impopulares*. Trad. Brenno Silveira. São Paulo: Nacional, 1954.

_____. *Caminhos para a liberdade*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. São Paulo: Nacional, 1955.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TJDF Agravo de Instrumento nº 65166020068070000/DF, Relator(a): Waldir Leônicio C. Lopes Júnior. Julgamento: 18/10/2006, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: 31/10/2006, DJU p. 97, Seção 3.

Artigo enviado em: 11/03/2011

Artigo aprovado em: 23/02/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120018

CONDUTAS CULPOSAS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

IZABELLA ARTUR COSTA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

izabellacosta@mp.mg.gov.br

Um dos grandes desafios da atualidade enfrentados pelo operador do Direito, quando ocorre a aplicação da Lei nº 8.429/92, consiste na identificação e comprovação do elemento subjetivo da conduta do agente público exigido para a configuração do ato de improbidade administrativa.

A responsabilização objetiva do agente por atos ímprobos não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a caracterização da improbidade dependerá, além dos elementos objetivos descritos nas hipóteses típicas definidas pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, da demonstração dos elementos subjetivos da conduta, tidos como os “fenômenos anímicos do agente, ou seja, o dolo, especiais motivos, tendências e intenções”, como nos esclarece Francisco de Assis Toledo (1994, p. 154). Logo, para se caracterizar um ato de improbidade administrativa e, por conseguinte, desafiar a aplicação das sanções descritas no artigo 12 da Lei Geral de Improbidade Administrativa – LGIA –, é indispensável que se verifique o estado psíquico do agente, consistente nos aspectos cognitivos e volitivos do autor em face da conduta perpetrada.

Como se sabe, a Lei nº 8.429/92 contempla três distintas modalidades de atos de improbidade, classificados estes quanto ao seu resultado. Os atos ímprobos que incorrem em violação aos princípios da Administração Pública estão capitulados no art. 11 do referido diploma legal. Há, ainda, os atos ímprobos que causam danos ao patrimônio público (art. 10) e aqueles que implicam enriquecimento ilícito (art. 9º).

A hipótese típica do art. 11 é pressuposta em face das demais, de forma que não há que se falar em atos de improbidade por prejuízo ao patrimônio público ou por enriquecimento ilícito sem que algum princípio afeto à Administração Pública tenha sido violado. Logo, conclui-se que a figura do art. 11 é subsidiária, havendo conformação da conduta ímproba a esse preceito quando não verificada a ocorrência dos resultados elencados nos arts. 9º e 10.

A partir de uma interpretação restritiva construída sobre os dispositivos legais supracitados, a jurisprudência e a doutrina majoritárias tendem a reconhecer que os atos ímprobos culposos somente serão admitidos quando implicarem dano ao patrimônio público, nos termos do art. 10 da Lei 8.429/92. Nos demais casos, os atos de improbidade só serão punidos a título de dolo.

Destaca-se a redação do art. 10 da LGIA:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, *dolosa ou culposa*, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]. (grifo nosso).

Logo, inexistindo previsão expressa de conduta culposa dos atos de improbidade que deem ensejo a enriquecimento ilícito ou que violem os princípios elementares da Administração Pública, reconhece-se que as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 somente se configurarão a partir da ação ou omissão consciente e voluntária do agente público.

Nesse sentido, segundo os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático da exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *men [sic] legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais. (GARCIA; ALVES, 2011, p. 329).

Da mesma forma, posiciona-se a jurisprudência dos principais tribunais pátrios, nesse caso ilustrada por excerto de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo. (Superior Tribunal de Justiça. AgReg no AREsp 20747/SP. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Publicado em *DJe* em 23/11/2011).

Entretanto, é forçoso admitir que, em decorrência desse entendimento já consolidado, cria-se uma grande dificuldade ao aplicador do direito em demonstrar a presença do dolo do agente no caso concreto, sobretudo diante da prática dos atos ímprobos caracterizados previstos no art. 11 da LGIA, o que traz o indesejado sentimento de impunidade e ineficácia da Lei nº 8.429/92.

Por isso, no intuito de superar essa dificuldade técnica e de não esvaziar o conteúdo normativo da Lei Geral de Improbidade Administrativa é que se buscam formas de contornar a restrição subjetiva dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 sem, entretanto, incidir em violação ao texto legal ou aos princípios gerais do direito.

Uma alternativa encontrada reside na utilização do princípio da eficiência para evitar a atuação com imprudência ou negligência do agente público na gestão do interesse coletivo.

O princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 19/1998, que o incluiu expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição. Apesar das críticas da doutrina sobre o seu conteúdo demasiadamente fluido e impreciso (MELO, 2006, p. 118), é certo que o referido corolário exige do administrador uma atuação de qualidade, excelência, otimizando a utilização dos recursos públicos de forma a obter a melhor satisfação do interesse coletivo. Nas sintéticas observações de José dos Santos Carvalho Filho,

[...] o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29).

Desse modo, quando o agente público, no âmbito das suas funções, age de forma negligente e imprudente em face do interesse público, viola o princípio da eficiência. Deixando de observar os deveres de zelo e excelência da atividade administrativa, incorre em ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92 – isso se, da sua conduta, não resultar dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, o que ensejaria a configuração das hipóteses típicas de improbidade dos arts. 10 e 9º da LGIA, respectivamente.

Nas lições de Hugo Nigro Mazzilli:

E na Administração, por que o administrador só por dolo será punido? E se ele for negligente? Se ele é negligente com a coisa pública, ele é desonesto: um administrador negligente está violando o dever de eficiência e lealdade da Administração; está descurando de um zelo que é ao mesmo tempo o pressuposto e a finalidade de seu mister; está deixando de lado o dever de honestidade que deveria iluminar o seu trabalho; ele é ímprobo. (MAZZILLI, 2005, p. 181).

E assim justifica:

O administrador não está lidando com bens seus, e sim bens coligidos com muito sacrifício pela coletividade, dos quais ele espontaneamente pediu para cuidar, e ainda é remunerado para isso. Assim, o administrador não tem o direito de ser negligente com recursos públicos; pode até sê-lo em sua vida privada, nunca com recursos da coletividade. (MAZZILLI, 2005, p. 181).

Nesse diapasão, conclui-se que o agente público, o qual, com mera previsibilidade, viola o princípio da legalidade administrativa, ou que, com sua conduta negligente, dá causa ao enriquecimento ilícito de terceiro, não responderia, em tese, pelos atos de improbidade capitulados nos artigos 9º e 11 da LGIA.

No entanto, assim agindo, o sujeito ativo, voluntária e conscientemente, deixa de observar os deveres de tutela, otimização e economicidade exigidos em razão do trato com o interesse público. Logo, incorre em violação dolosa ao princípio da eficiência, expressamente consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, subsumindo-se às hipóteses de improbidade já citadas e autorizando, por conseguinte, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Pretende-se, sob essa construção, contornar as intempéries vivenciadas pelo operador do direito que, em seu dia a dia, se vê atado ao buscar a responsabilização do agente público por atos de improbidade administrativa sem a comprovação do elemento subjetivo dolo. Como se demonstrou, o administrador que age

de forma negligente e imprudente diante da *res publica* lesiona dolosamente o princípio da eficiência e, desse modo, estará sujeito às sanções da Lei nº 8.429/92.

Sob essa perspectiva, é possível trazer maior eficácia à Lei Geral de Improbidade Administrativa, enquanto instrumento de prevenção e repressão às condutas atentatórias à Administração Pública, contribuindo para o fortalecimento do modelo republicano e do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 10 maio 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg no AREsp 20747/SP. Rel. Ministro Benedito Gonçalves. *DJe* 23 nov. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120019

10

Direito Público Administrativo

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

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

ARTIGO

O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION AND THE ENFORCEMENT OF THE EFFICIENCY PRINCIPLE

JOSÉ SÁVIO DOS REIS

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

js_savio@yahoo.com.br

RESUMO: O expressivo volume de lides envolvendo pretensões resistidas por parte de repartições públicas evidencia o preocupante grau de inadequação estrutural da Administração Pública ante a evolução da ciência jurídica que vem delineando-se com a constitucionalização do Direito. A crescente necessidade de se atribuir concretude aos valores acolhidos pela Constituição, os quais compõem o espírito de um sistema cuja finalidade é a corporificação do princípio da dignidade humana nas ações do Estado e da sociedade, exige do operador jurídico uma análise mais criteriosa acerca das questões submetidas à sua apreciação, em contraposição à simples subsunção do fato à lei. Propõe-se uma avaliação da missão dos Poderes constituídos com relação à garantia de efetivação do princípio da eficiência, como corolário da necessidade de implementação de políticas públicas destinadas a possibilitar ao cidadão administrado a fruição dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito; legalidade *versus* juridicidade; princípio da eficiência; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The significant volume of lawsuits involving claims that are resisted by governmental agencies demonstrates the alarming degree of structural inadequacy of the government in regard to the evolution of the legal science that is emerging with the constitutionalization of the law in Brazil. The growing need to confer concreteness to the values upheld by the Constitution, within a system whose purpose is to embody the principle of human dignity in the actions of state and society, requires thorough legal analysis instead of the simple subsumption of the facts to the law. It is one proposed an evaluation of the mission of the constituted powers in relation to the principle of efficiency, as a corollary of the need to implement public policies to enable the citizens to enjoy their fundamental rights.

KEY WORDS: Rule of law; legality *versus* juridicism; principle of efficiency; fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações sobre o poder estatal. 2.1. Origem e fins do Estado brasileiro. 2.2. Sistema político-normativo. 2.3. Aporte instrumental e vontade do Estado. 3. Administração Pública na Constituição Federal. 3.1. Raízes do Direito Administrativo e objeto da Administração. 3.2. Princípio da eficiência – garantia de concretização da vontade do Estado. 3.3. Interesse público e interesse privado. 4. Missão institucional do Ministério Público. 5. Missão do Poder Judiciário. 5.1. Missão política da jurisdição. 5.2. A jurisdição do novo Direito Constitucional. 5.3. O controle judicial das políticas públicas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O direito administrativo brasileiro apresentou claros sinais de evolução após o advento da Constituição de 05 de outubro de 1988.

Contudo, a reivindicação em larga escala dos direitos fundamentais, em lides individuais, tanto na seara administrativa quanto no meio forense, sinaliza que a administração pública não se encontra adequadamente estruturada ante a realidade jurídica instituída pelo novo Direito Constitucional.

Por outro lado, o apego a conceitos enraizados, em etapas já superadas da evolução jurídica, acerca do princípio da separação de poderes como fundamento para o não enfrentamento das questões relativas às denominadas políticas públicas, além de contribuir para o emperramento da “máquina” judiciária, constitui-se em verdadeira recusa ao atendimento da vontade do Estado, manifestada na Constituição, uma vez que a nenhum dos Poderes constituídos é facultada a disponibilidade do exercício de sua função, sob pena de se ferir de morte o interesse público.

A crescente complexidade das relações jurídicas exige atuação concreta das instituições públicas para a garantia da concretização dos direitos fundamentais e, de maneira geral, dos princípios constitucionais. Como forma de potencializar essa garantia, revela-se de grande utilidade a lide coletiva, em razão de sua propensão para a extirpação das enfermidades políticas que acometem os órgãos públicos e pelo seu potencial poder de prevenção contra os desvios de finalidade.

O presente artigo visa avaliar em que consiste a missão dos poderes constituídos, com relação à garantia de implementação das chamadas políticas públicas a cargo da Administração, em se tratando da efetivação do princípio da eficiência, por meio de uma análise concisa a respeito das características atuais do ordenamento jurídico, que o conduzem à sua função instrumental, passando pela natureza da estrutura estatal, pelas funções e vontade do Estado, pela natureza e objeto da Administração Pública no novo direito constitucionalizado e, por fim, pela missão constitucional do Ministério Público e do Poder Judiciário ante as aspirações da sociedade.

2. Considerações sobre o poder estatal

2.1. Origem e fins do Estado brasileiro

Sendo a Constituição o ato instituidor do Estado, esta empreende uma ação estruturante, de forma a lhe conferir existência; ela indica o que deve ser concretizado para satisfação de seus preceitos e estabelece o sistema destinado ao exercício do poder pela comunidade que representa, segundo a natureza que atribui ao ente por ela instituído.

Da simples leitura do texto constitucional brasileiro de 1988 é possível inferir o caráter social do Estado, instituído em nosso meio a partir de então e, por essa razão, adquire maior relevância a responsabilidade da atuação dos órgãos estatais, em relação às demandas da sociedade pelos serviços de assistência e integração social (MEDAUAR, 2004, p. 28).

Nas últimas décadas do século XX, ganhou corpo a discussão acerca de uma potencial crise do Estado do bem-estar ou Estado Social, principalmente, devido ao crescimento das necessidades públicas e redução de receitas, surgindo propostas como a redução, de modo não regressivo, das demandas ao Estado, pela transferência a entidades não públicas (MEDAUAR, 2003, p. 92). A autora faz referência a fatores impactantes da atividade estatal que surgiram no cenário atual, entre os quais se destacam, pela sua potencialidade de alcance, a globalização, que se caracteriza pela internacionalização acelerada dos mercados, dos capitais, da produção, das relações econômicas e do consumo, independentemente dos limites territoriais; e a desestatização, marcada pela redução do Estado em determinadas atividades consideradas como não essenciais.

Ainda que assim seja, evolução, no sentido apontado, não pode resultar em redução da responsabilidade do Estado com relação aos direitos e garantias fundamentais já incorporados ao acervo jurídico da sociedade, ante o princípio da proibição do retrocesso social, segundo o qual, na lição do célebre Canotilho (2010, p. 338), “os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um grau

de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.

A subsistência do Poder estatal somente se legitima para o cumprimento da sua função social, a qual se materializa na realização das necessidades públicas. As ações políticas a serem empreendidas com tal propósito, todavia, não devem estimular o comodismo mórbido e a improdutividade; devem, na verdade, consubstanciar-se em políticas públicas destinadas a prover as utilidades básicas e imprescindíveis para o bem-estar da população, como segurança pública, serviços de saúde, educação, estímulo à produção, proteção ambiental etc.

Por isso mesmo, Jorge Neto (2008), após uma análise cautelosa, identifica as questões políticas com a implementação de políticas públicas por formas diversas, entre as quais especifica a edição de instrumentos normativos e a disponibilização de serviços públicos.

2.2. Sistema político-normativo

A propósito do tema em exame, Bonavides (2005, p. 115) adverte que a moderna concepção sistêmica origina-se do campo da biologia, da psicologia “gestáltica” e da antropologia social, porém é necessário evitar-se qualquer digressão relativa às teorias desenvolvidas nessas áreas para não perdermos o rumo da análise aqui proposta.

O importante, como ponto de partida do presente estudo, é identificar no conceito de sistema a *finalidade* objetivada pelo conjunto de instituições políticas ou sociais, ou dos institutos jurídicos, à semelhança do que ocorre com o conjunto de órgãos e sistemas dos seres vivos que, compostos de tecidos da mesma natureza, desempenham funções similares para um fim comum. Aqui, fica evidente a situação de interdependência dos órgãos ou mesmo dos sistemas de que se compõe determinado ente, pois, se há uma morbididade que impede qualquer daqueles de exercer sua função, ela é sentida também por este, além de refletir diretamente em seu desempenho para qualquer fim que se proponha.

Tal fato é o que sucede com as sociedades constitucionalizadas em estados de direito, como é o caso brasileiro, em que o exercício do poder é tripartido, sendo cada função exercida por órgãos especializados, mas com objetivo comum fixado na norma-chave do ordenamento que é a Constituição.

A par dessas considerações, é imperativo repisar que o nosso sistema político-normativo atual está remodelado pela constitucionalização do Direito, o que de imediato nos permite afirmar que a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais estão condicionados pelo substrato material e axiológico da Constituição, no qual está contida a indicação das finalidades a que se destina toda atividade estatal.

Por essa mesma razão, não pode ser admitida a possibilidade de suprimir-se, a qualquer dos órgãos do Estado, o cumprimento de sua missão constitucional, sob pena de se por em risco o próprio sistema que materializa o ente estatal.

2.3. Aporte instrumental e vontade do Estado

A estrutura orgânica que corporifica o Estado de Direito não constitui um fim em si mesmo, mas materializa um sistema com natureza instrumental, destinado à satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos, é o que se depreende da interpretação sistemática e da própria hierarquia evidenciada pela ordem de valores estabelecida pela Constituição.

A locução *Estado de Direito* não significa a mera existência de um conjunto de normas aleatórias, mas, conforme pondera Odete Medauar (2004, p. 28),

[...] liga-se a um contexto de valores e à idéia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 fixou os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, tendo por meta a consolidação da democracia, de forma a salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Deve-se observar também que o termo *democracia*, na atualidade, envolve, além da ideia de “governo do povo para o povo”, a possibilidade de participação popular no processo de tomada de decisões políticas, diretamente ou por intermédio dos poderes constituídos, realidade que já se encontra incorporada ao nosso ordenamento jurídico.

3. Administração pública na Constituição Federal

3.1. Raízes do Direito Administrativo e objeto da Administração

De acordo com a doutrina publicista, o surgimento do Direito Administrativo vincula-se ao Estado de Direito, cujo conceito vinha se desenvolvendo estruturado sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, a partir dos movimentos revolucionários que acabaram com o regime absolutista. (MEDAUAR, 2003).

A origem do princípio da separação de poderes é frequentemente explicada como reação à concentração de poderes na pessoa do monarca, como “freio ao poder”, não sendo tal princípio, naquele momento, concebido como distinção de funções.

Na atualidade, predomina o entendimento que conduz à harmonia entre os poderes; além do mais, a cada um dos órgãos do poder estatal é atribuída uma função preponderante – função típica, mas não privativa, pois todos eles exercem, em certa medida, atividades atípicas que caberiam a outra esfera do Poder. A aplicação adequada do princípio, diante da crescente complexidade da realidade político-institucional e social do momento presente, admite (em alguns casos exige) certas interferências necessárias ao estabelecimento de um sistema destinado a coibir abusos (freios e contrapesos). Afinal, a lógica da tradicional separação de poderes não pode ser invocada para justificar o arbítrio do administrador.

Com a ampliação das funções do Estado, a Administração se transformou em agente essencial para a vida dos cidadãos, com a missão de prover os meios necessários para a realização do bem comum. Essa importância está evidenciada na larga regulamentação dispensada pelas constituições, particularmente a brasileira, que reservou um capítulo inteiro destinado a modelar a atividade administrativa. Nesta, a matéria é pautada pelo regramento introdutório acerca da obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse ponto, é imprescindível atentar-se para a constitucionalização também do direito administrativo, ocasionada pela incidência no seu domínio dos princípios constitucionais, tanto os específicos quanto (e principalmente) os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico.

No que concerne ao princípio da legalidade, o entendimento mais atualizado é de que se encontra superada a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei – regra jurídica. No ambiente criado pela percepção da noção de “direito por princípios”, que sucedeu ao insuficiente conceito do Direito “por regras”, a Administração Pública é regida pelo “princípio da juridicidade”, em que o administrador tem a faculdade, em muitos casos até mesmo o dever, de agir tendo por fundamento direto a Constituição, independentemente de qualquer manifestação do legislador ordinário. Conforme observa Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 30),

[...] a noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

Para Medauar (2004, p. 146), os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se enredados numa inter-relação tal, que dificulta o estudo individualizado. Com efeito, o princípio da impessoalidade diz respeito à prática do ato de forma objetiva, sem levar em conta o próprio interesse ou de terceiros, o que não deixa de expressar contornos da feição da moralidade

(conceituados sob a ótica administrativista); por sua vez, a publicidade constitui-se, a um só tempo, como um meio de controle e ato obrigatório para a demonstração da observância dos anteriores.

Deve-se ressaltar que, para se evitar o desgaste das instituições e o uso de dinheiro público para a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, o que por si só já configura conduta imoral, a publicidade deve ter caráter informativo, educativo ou de orientação social, sendo vedada a referência a nomes, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção citada. Mas não se pode admitir a invocação a esta regra para justificar o não cumprimento do dever de transparência, o qual visa proteger tanto os interesses individuais quanto defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos.

A conduta ética, movida pela boa-fé, é o paradigma objetivado pelo princípio da moralidade, da qual decorre necessariamente o dever de probidade administrativa. Em que pese a desnecessidade de se positivar tal dever, a Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, qualifica como improbidade administrativa, além dos atos que importam enriquecimento ilícito e acarretam prejuízo ao erário, também *os que atentam contra os princípios da administração pública*, conceituando-os como qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

3.2. Princípio da eficiência – garantia de concretização da vontade do Estado

As reformas administrativas que se verificaram em inúmeros países a partir da década de 90 surgiram como alternativa para o enfrentamento da crescente escassez de recursos financeiros, em ajuste às modernas regras de economia de mercado e principalmente para superar a crise do Estado burocrático.

O vocábulo eficiência suscita a ideia de ação eficaz para a produção de resultados concretos com qualidade intrínseca e em tempo hábil

para a satisfação do público cliente. Processo (meios) eficiente conduz à eficácia do resultado (fins).

Nesse mesmo sentido, Odete Medauar (2003, p. 242) assim leciona: “Eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência e a omissão. Como princípio da Administração Pública, determina que esta deve agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da população”.

Considerando que nas democracias existem liberdades mais amplas para todos, a fim de se evitarem os desvios e a letargia em detrimento da satisfação do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração deve estruturar um sistema efetivo de controle interno da rotina, que garanta às instituições o alcance dos seus respectivos fins.

Controle interno, sob a ótica da doutrina tradicional, é aquele realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e entidades indiretas, por ser ele uma função inerente à atividade administrativa decorrente da hierarquia.

Contudo, a ciência da administração desenvolve um conceito técnico de controle, de cunho mais objetivo, que se refere à garantia de que determinado órgão ou instituição desempenhe sua função com eficiência e eficácia, levando em conta estudos prévios da organização, dos projetos, da padronização de atividades e dos documentos de controle de conhecimento e uso geral, dos treinamentos, da conscientização, das atualizações constantes etc. Enfim, controlar as atividades de uma instituição é garantir que ela realize seus fins, disponibilizando, durante o processo de controle, ferramentas adequadas para coibir desvios de qualquer natureza, inclusive o *desvio de poder ou de finalidade*.

As diretrizes para Normas de Controles Internos para o Setor Público da Organização Internacional de Entidades de Fiscalização Superiores (INTOSAI) definem controle interno como um processo fundamental efetuado por todos em uma organização, projetado para identificar riscos e fornecer garantia razoável de que, ao se

buscar cumprir a missão da entidade, os seguintes objetivos gerais sejam atingidos: executar operações de forma organizada, ética, econômica, eficiente e eficaz; estar em conformidade com as leis e os regulamentos aplicáveis e salvaguardar recursos contra perda, abuso e dano.

Explica-se que a garantia de alcance dos objetivos é razoável porque os controles dependem de uma vantajosa relação de custo e benefício (todo controle tem um custo que deve ser inferior à perda decorrente da consumação do risco controlado) e da inexistência de conluio entre os envolvidos; é necessário ainda que os eventos externos estejam além do controle de qualquer organização (INTOSAI).

Portanto, em que pese o fato de ser tratado no âmbito de princípio jurídico, conforme se pode constatar, o tema é dotado de conteúdo objetivo e vincula a Administração como uma força motriz dos demais princípios que regem a gestão da coisa pública. Tal fato, se dá desse modo, porque a maior parte destes tem natureza instrumental, enquanto o princípio da eficiência tem natureza finalística; além disso, ao Estado, não basta o desenvolvimento aleatório de atividades que apenas formalmente direcionem (apontem para) o interesse público.

Por fim, é importante notar que os direitos e garantias fundamentais decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição, não estando, assim, enclausurados no Título, que trata especificamente do assunto. Daí resulta que ao dever de observância ao princípio da eficiência pela Administração corresponde o direito fundamental da coletividade à implementação de políticas públicas que resultem em serviços públicos de qualidade e com resultados eficazes.

3.3. Interesse público e interesse privado

A expressão 'interesse público' começou a ser utilizada após a Revolução Francesa, como argumento para se conquistar adesão e fundamentar o poder do Estado, na acepção de interesse geral.

A doutrina pátria menciona dificuldades de ordem terminológica quanto ao uso de expressões semelhantes, como interesse coletivo, às vezes mencionado como sinônimo de interesse público, tendo, porém, menor amplitude quando tecnicamente considerado; também o sentido de interesses difusos tem contornos próprios, como interesses comuns a uma coletividade, decorrentes de fatores conjunturais e mutáveis.

O problema atinge níveis de relativa gravidade quando ao interesse público se atribui o sentido de interesse da Administração ou do Estado, em acepção diversa de interesse social, aqui entendido como proveniente da sociedade. Ocorre que, nessa concepção, visto ser o interesse social considerado mais abrangente que o interesse público, admite-se um distanciamento da atuação estatal em relação à aspiração da sociedade. Para se evitar uma situação de inconstitucionalidade, decorrente dessa interpretação, a doutrina propõe a distinção entre interesse público primário, que se consubstancia no interesse da sociedade, e secundário, que se refere ao interesse da pessoa jurídica de direito público; este jamais desfrutará de uma supremacia prioritária e abstrata em relação ao interesse particular.

De qualquer forma, à distinção rígida entre interesse público e interesse individual segue atualmente a noção de fluidez constante dos dois institutos, os quais mantêm uma inter-relação intensa que impõe a necessidade de harmonização entre eles. Tendo-se em vista a tarefa de decidir, no caso concreto, qual dos dois interesses deve prevalecer em face da situação do momento, o entendimento mais atualizado é de que a Administração tem a função de ponderação dos interesses em confronto. Hoje o princípio é o de que não haja sacrifício, *a priori*, de nenhum interesse, tendo por objetivo a busca do estatuto da compatibilidade, pois o chamado resultado político útil da função (MEDAUAR, 2003, p. 188) é atingido se estiver presente a noção de que determinada política pública ou ação é do interesse público e, ao mesmo tempo, do interesse do indivíduo, embora este possa se encontrar em uma situação momentânea que não lhe permita esta compreensão.

Por outro lado, dada a multiplicidade crescente de relações entre a Administração e particulares, bem como o surgimento de organizações da sociedade civil, que constantemente interferem na tomada de decisões, menciona-se a indeterminação e a dificuldade de definição do interesse público e sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que vem a gerar crise na sua pretensa objetividade.

Para a solução desse impasse, propõe-se o compartilhamento da tomada de decisões pela Administração com a sociedade, ante a detenção do monopólio do interesse público por aquela.

4. Missão institucional do Ministério Público

A preponderância das iniciativas judiciais para a defesa dos interesses metaindividuais, mormente os referentes às políticas públicas, coube ao Ministério Público, em decorrência de uma série de fatores que conferem à instituição uma posição estratégica dentro do sistema. Em primeiro lugar, a atual Constituição Federal lhe confere um capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, de forma que restou consagrada sua total autonomia e independência funcional. Também foram ampliadas genericamente suas funções, de modo que, atualmente, sua missão é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, ainda, mais especificamente, a promoção das medidas necessárias, no âmbito administrativo ou judicial, para garantir o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, ou seja, sua atuação há de tutelar os direitos, garantias e prerrogativas da sociedade.

O princípio da independência ou a autonomia funcional conferem ao órgão do Ministério Público a liberdade de consciência no exercício da função, não estando sujeitos a ordens ou recomendações de caráter normativo, salvo a vinculação ao ordenamento jurídico.

Importante notar que o ordenamento jurídico confere à entidade o poder de agir, mesmo diante de omissão legal, tendo por meta

sempre o cumprimento de sua missão constitucional, como observa Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 793):

[...] a existência de cláusulas de extensão, tanto na Constituição Federal (art. 129, III e IX) como na Lei 7.347/85 (art. 1º, IV), e na lei orgânica nacional do MP (75/93, art. 6º, VII, d), estendendo a atuação ministerial para outras funções compatíveis, concernentes a outros interesses metaindividuais ligados a valores e segmentos sociais porventura ainda não tipificados ou normatizados, mas (por isso mesmo) carecedores de proteção.

A atuação ministerial, fundada em tais cláusulas de extensão, adquire relevância em potencial, no que concerne à atuação junto aos órgãos e entidades da Administração Pública, ou mesmo via judicial, visando à implementação de políticas públicas destinadas a efetivar o princípio constitucional da eficiência, como, por exemplo, a adoção de medidas concretas para garantir o controle interno da rotina das repartições públicas e, consequentemente, a qualidade dos serviços.

Observe-se que o predomínio do Ministério Público para o manejo da Ação Civil Pública se deve ao fato de que os entes políticos – União, Estados e Municípios, visto que igualmente legitimados (art. 129, § 1º; art. 5º, da Lei nº 7.347/85), comumente não se têm mostrado propensos a exercitá-la, tampouco a integrar o polo ativo quando intimados, provavelmente porque em geral estão representados justamente por agentes públicos, cuja conduta, comissiva ou omissiva, identifica-se com a condição de responsáveis pela lesão ou ameaça aos interesses transindividuais objetos da demanda.

Sendo a Lei da Ação Civil Pública de natureza processual, sua utilização pode ter por objeto qualquer medida relacionada com os interesses, que podem, por meio dela, ser defendidos, até mesmo para responsabilização de agentes públicos por atos de improbidade administrativa, inclusive aqueles que configurem atentado aos princípios da Administração.

5. Missão do Poder Judiciário

5.1. Missão política da jurisdição

A posição majoritária da doutrina pátria conceitua jurisdição como a atuação estatal destinada a aplicar o direito ao caso concreto para a solução de crises jurídicas, objetivando a pacificação social.

Dependendo do ângulo de análise, a jurisdição é entendida como: *Poder* estatal, visto que provém da soberania do Estado, o qual assumiu o monopólio de dirimir os conflitos; *função*, pois constitui um encargo ou uma obrigação do Estado de prestar a tutela jurisdicional quando provocado e, finalmente, como; *atividade*, pois a atuação jurisdicional se dá através de uma sequência de atos processuais do representante estatal, o qual se personifica na figura do magistrado.

Sob quaisquer dos aspectos conceituais percebe-se que, por ser a técnica de atuação dos órgãos judiciais necessariamente jurídica, é inegável a natureza política da função jurisdicional, pois, como poder-dever estatal que tem fundamento direto na Constituição, materializa-se na forma de atividade exercida em prol das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Além do mais, o direito de ação é um estímulo à participação democrática do cidadão jurisdicionado na gestão da coisa pública através do processo.

Por isso não há que se falar em falta de legitimidade democrática ao Poder Judiciário, em que pese o fato de seus membros não serem investidos por critérios eletivos, tampouco por processo majoritário, pois, como observa Luís Roberto Barroso:

[...] é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é

exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. O Poder Judiciário, pelos referidos motivos, detém legitimidade democrática indireta ou mediata, porquanto a forma de investidura dos juízes decorre do sistema normativo constitucionalizado, que é a legítima expressão da vontade popular. (BARROSO, 2006).

5.2. A jurisdição do novo Direito Constitucional

Em decorrência das transformações ocorridas com a constitucionalização dos diversos ramos do Direito, as categorias tradicionais de interpretação jurídica, sozinhas, não são mais suficientes para a resolução de vários problemas ligados à realização da vontade do Estado. A nova interpretação constitucional vem agregar novos métodos que exigem do operador jurídico uma análise qualitativa em grau muito mais elevado que a simples função técnica de subsunção do fato à regra positivada.

Entre as teorias surgidas nesse cenário de mudanças e descobertas, ganha realce a tese da concretização, formulada por Konrad Hesse, que é específica para interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais,¹ cuja natureza aberta e indeterminada requer sempre a realização de uma operação valorativa para se determinar o sentido real da norma (em grande parte vazada sob a forma de princípio) ou o alcance multidimensional de um direito fundamental, o que somente é possível ao nível dos fatos do problema concreto a ser resolvido.

À vista dos fatos levados a julgamento, o operador jurídico assume a tarefa de complementação do trabalho legislativo, através da análise do problema, à luz de uma das espécies com as quais opera a nova interpretação, entre elas os princípios, os conceitos jurídicos indeterminados, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

O período atual do constitucionalismo é marcado pelo reconhecimento do cunho normativo dos princípios e de sua superioridade qualitativa em relação às regras. Tendo os princípios

¹ Sobre o assunto: Capítulo 17 – A Interpretação dos Direitos Fundamentais, parte da obra referenciada de Paulo Bonavides.

a natureza de normas que estipulam a preservação de determinados valores ou que indicam fins públicos a serem realizados, percebe-se que, pelo seu mais alto grau de abstração, a sua concretização exige um exercício interpretativo mais abrangente e profundo para a definição de seu sentido e alcance material em cada caso.

Assim também ocorre em relação às denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados que, por conterem termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Pela aplicação do princípio instrumental da razoabilidade, a colisão em abstrato de normas de igual hierarquia é resolvida pela ponderação dos bens ou valores em conflito, tendo primazia, nesses casos, a técnica das concessões recíprocas, em que se busca a preservação ao máximo de cada um dos interesses, tendo-se em vista sempre a realização mais adequada da vontade constitucional.

Na técnica da argumentação, o dever de fundamentação é potencializado, por envolver o julgamento de casos que comportam mais de uma solução possível e razoável, situação em que a referência do julgamento deve ser sempre o sistema jurídico, o fundamento deve ser tal que possa ser aplicado a casos semelhantes, bem como a decisão deve levar em consideração a sua consequência prática.

Enfim, a difusão da jurisdição constitucional decorre do reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua posição de supremacia dentro do ordenamento jurídico, o que ocasionou a necessidade de elaboração de novos métodos hermenêuticos, que levam em conta a noção de juridicidade.

5.3. O controle judicial das políticas públicas

A discussão acerca da sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem sido, até recentemente, concentrada em torno da tensão que persiste entre o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional de um lado e do princípio da separação de Poderes de outro.

De início, é preciso reconhecer-se à evidência de que a exegese, de todo e qualquer preceito constitucional, deve resultar sempre em um sentido que lhe confira a mais ampla abrangência possível e que o princípio da inafastabilidade, combinado com o direito à tutela jurisdicional efetiva, seja uma opção política adotada pelo constituinte originário com a clara intenção de por fim à equivocada ideia de hegemonia de qualquer das esferas do Poder. Não fosse assim, estaria o Estado imunodeficiente ante as mazelas que interferem no cumprimento da missão relacionada com a sua função social.

Por sua vez, a tripartição e a organização dos poderes, herança do Estado liberal, perpetuou-se na tradição do Estado de Direito como a emblemática garantia das liberdades clássicas, chegando aos dias atuais com uma feição distorcida pela desconfiança de uma suposta ingerência funcional indevida do Judiciário na esfera de competência do Executivo.

Na tentativa de equacionar a crise institucional entre os dois poderes, surgiram as teorias da discricionariedade, envolvendo a incognoscibilidade pelo Judiciário do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade). Atualmente, sabe-se que o mérito cinge-se aos elementos *motivo* e *objeto*, não existindo, portanto, margem de discricionariedade a ser exercida por quem quer que seja, em relação aos aspectos referentes competência, forma e finalidade do ato a ser praticado.

Independentemente, entretanto, de tais considerações, o nosso atual sistema normativo já superou a fase da noção rígida de separação entre os Poderes, conforme restou demonstrado, além do mais a questão atinente ao controle jurisdicional da Administração Pública não mais reside na tensão entre os mencionados princípios, conforme registra Bonavides (2005, p. 586):

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses di-

reitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante.

A partir de tal constatação, a única ilação possível é que não se pode pôr em dúvida a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário do mérito do ato administrativo também, sobretudo em se tratando de questão atinente à lesão ou à ameaça a direitos fundamentais, ou mesmo ao descumprimento do dever de observância a princípios jurídicos, devendo a decisão a ser tomada sempre levar em consideração os seus efeitos no mundo dos fatos, naturalmente, com toda prudência, a fim de não se substituir o arbítrio do administrador pelo do julgador.

Reportando-nos ao que foi dito acerca da implementação de política pública adequada para atendimento ao Princípio da Eficiência, constatada a ação ou a omissão transgressiva do dever de conferir a necessária concretização ao preceito e, como tal, passível de causar lesão ou ameaça a direito fundamental, cabe ao Judiciário, quando provocado, como missão imposta pela ordem jurídica constitucional, decidir sobre a providência a ser adotada para correção do vício.

Uma última palavra incontida se refere à necessidade de se dar vida ao princípio constitucional do direito à tutela jurisdicional efetiva, em se tratando de demandas envolvendo condutas que configurem improbidade administrativa na modalidade de atentado contra os princípios da Administração Pública. É imprescindível que o problema seja mais bem trabalhado pelos operadores jurídicos, pois às instituições públicas (e ao próprio administrado) não pode continuar sendo debitado o ônus decorrente da administração irresponsável e antiética.

6. Conclusão

Sendo o Estado de Direito instituído pela Constituição para o cumprimento de sua função social, todos os órgãos componentes do sistema político-normativo que o corporificam exercem função instrumental, com o objetivo comum de garantir a satisfação dos

direitos fundamentais, tendo em vista a consolidação da democracia e a garantia da preservação da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, o Direito é regido pelo princípio da juridicidade, de sorte que, no exercício de sua função, o administrador público deve sujeitar-se não só às regras jurídicas, mas também aos princípios gerais de direito, principalmente os que regem a Administração Pública, e, em muitos casos, agir tendo por fundamento direto a Constituição, visando concretizar o Princípio da Eficiência.

Ao Ministério Público cabe a tutela dos direitos, garantias e prerrogativas da sociedade, por sua posição de independência em relação aos poderes da República, devendo agir em defesa dos interesses transindividuais relativos à concretização do princípio da eficiência pela Administração Pública.

O Poder Judiciário, como detentor de uma parcela do Poder, possui legitimidade democrática e, em respeito aos princípios constitucionais da inafastabilidade e do direito à tutela jurisdicional efetiva, utilizando-se dos métodos hermenêuticos atualmente postos à sua disposição, deve sempre realizar um conhecimento pleno de qualquer questão levada a julgamento, inclusive daquela que envolva a implementação de políticas públicas pela Administração, visando à necessária aferição da garantia de satisfação dos direitos fundamentais.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/43852,9>>. Acesso em: nov. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Das questões políticas e da possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 24. mar. 2008. Disponível em: < <http://nagibedemelo.blogspot.com>>. Acesso em: ago. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei nº 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração pública*. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

UNITED STATES OF AMERICA. International Organization of Supreme Audit Institutions. *Guidelines for Internal Controls Standards for the Public Sector*. p. 6. Disponível em: <<http://www.intosai.org>>. Acesso em: nov. 2008.

Artigo enviado em: 24/05/2010

Artigo aprovado em: 14/02/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120020

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO PARA A AQUISIÇÃO DE BENS SOB ENCOMENDA: POSICIONAMENTOS DOCTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

ANDRÉ PATARO MYRRHA DE PAULA E SILVA

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

andremyrrha@yahoo.com.br

Os bens sob encomenda, na conceituação de Marcello Muniz da Silva (2007), são aqueles desenvolvidos para um cliente específico, fazendo com que cada pedido se refira, quase sempre, a um bem diferente daquele que foi produzido anteriormente.

Partindo desse conceito, muitos autores defendem que a aquisição de bens sob encomenda não se coadunaria com a utilização da modalidade do pregão, que foi criada para a aquisição de bens e serviços comuns, padronizados e, por consequência, prontamente encontrados no mercado.

Antônio Carlos Cintra do Amaral (2002), em comentário divulgado logo após a publicação da Lei nº 10.520/02, seguiu, mesmo que sem muita convicção, essa linha de pensamento.

Assim se manifestou o ilustre doutrinador:

Poder-se-á argumentar que as faixas estabelecidas na Lei 8.666 referem-se à aquisição de bens e serviços em geral, enquanto o Pregão somente poderá ser adotado para aquisição de 'bens e ser-

viços comuns'. Mas a nova lei não elenca o que seriam esses 'bens e serviços comuns', limitando-se a dar um conceito extremamente vago e amplo (art. 1º, parágrafo único), qual seja: '[...] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'. Raríssimos bens ou serviços poderiam ser excluídos desse conceito legal. Talvez apenas equipamentos fabricados sob encomenda e serviços técnicos altamente especializados. Isso significa que a regra contida na Lei 8.666 pode ser excepcionada de tal maneira que a exceção passe a ser a regra. (AMARAL, 2002).

Catanese e Murta (2010) fazem ainda menção ao entendimento do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Fúlvio Julião Biazzi, segundo o qual:

[...] além da definição objetiva do edital, é pressuposto dos bens e serviços comuns seu fácil acesso ao mercado correspondente, em razão de sua disponibilidade factual, que deve independer de encomenda ou especificação técnica.

Floriano de Azevedo Marques Neto (2007, p. 39) é mais um a seguir esse raciocínio, defendendo que:

[...] há outros objetos que não são singulares, nem comuns. São aqueles que poderíamos chamar de bens sob encomenda, relativamente fungíveis, pois são cotejáveis, mas desenvolvidos para atendimento de uma solicitação específica.

O Governo do Estado da Bahia, por sua vez, publicou o manual "Guia do Pregoeiro" (BAHIA, 2004), no qual ensina que os bens sob encomenda contrapõem-se aos bens comuns, posicionamento que se coaduna com o exposto pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral da União no Estado de São Paulo, exarado no Parecer/AGU/NAJ/SP 375/2009-HMR.

Assim se manifestou a AGU:

Colhe-se na doutrina indicativos que contribuem para uma melhor definição do que vem a ser um bem ou serviço comum. Com

feito, bem comum é aquele que possui um objeto padronizado, *que não é produzido sob encomenda*, de forma específica e singular, o qual se encontra disponível no mercado, apresentando configuração um tanto quanto invariável. (grifo nosso).

Reforçando a tese, Márcio dos Santos Barros (2005, p. 316-317) ensina que os bens comuns “são bens padronizados, que não possuem uma singularidade ou especificidade próprias dos bens produzidos por encomenda”.

Dentre os atos normativos internos que proíbem expressamente a utilização do pregão para a aquisição de bens sob encomenda, podemos citar o Decreto Judiciário nº 12/03 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que no art. 4º estabelece:

art. 4º A licitação na modalidade pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral própria, bens e serviços de informática, *bens sob encomenda*, serviços de natureza intelectual (elaboração de projetos, consultoria, pareceres técnicos e outros bens infungíveis), bem assim aqueles insuscetíveis de comparação direta.

Necessário, ainda, fazer menção ao Projeto de Lei nº 7.709/07 da Câmara dos Deputados, que buscava dar nova redação ao § 2º do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, deixando expresso que a modalidade do pregão não poderia ser utilizada para a aquisição de bens ou equipamentos fabricados sob encomenda para entrega futura. A justificativa para essa proibição seria de que:

A modalidade Pregão somente deve ser utilizada para compra de bens comuns padronizados, que resultem em contratos de execução imediata, e não de execução diferida ou continuada, como são os contratos de compra e venda de bens sob encomenda para entrega futura, obras e serviços de engenharia. Até porque a Lei do pregão veda a exigência de garantia de proposta, o que toma temerário para a Administração a contratação e pagamento de bens e serviços para entrega futura. Ou seja, o

Pregão exige condições de contratação e pagamento simples e corriqueiras, contra a entrega de bens, o que não se coaduna com o padrão dos contratos de bens sob encomenda ou serviços de engenharia.

O Senado, na Emenda nº 50/07 ao Projeto de Lei nº 32/07, seguiu a mesma linha de raciocínio, aduzindo que:

O pregão deve restringir-se à aquisição de bens e serviços efetivamente comuns, assim entendidos aqueles que não dependam de projeto específico e não requeiram verificação mais acurada da qualificação técnica e econômico-financeira do licitante. Com efeito, os contratos que objetivam a aquisição de bens ou equipamentos fabricados sob encomenda para entrega futura ou a execução de obras públicas são complexos e demandam, por um lado, prévia verificação da qualificação técnica e econômico-financeira das empresas que se propõem a executar tais objetos e, por outro lado, a realização de estudos e projetos, a execução continuada e fiscalização por parte da Administração. Os produtos destes contratos não são fabricados em série e nem estão ‘na prateleira’, disponíveis à aquisição por meios simplificados de licitação como o pregão.

Entretanto, esse dispositivo foi retirado da redação final, optando-se pela permanência da redação genérica prevista na Lei nº 8.666/1993, que permite a utilização do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns.

Há quem diga, ainda, que o festejado doutrinador Marçal Justen Filho (2003) também defenderia que a aquisição de produtos sob encomenda não se coadunaria com a sistemática do pregão¹.

Aduz o renomado administrativista:

[...] há casos em que a Administração necessita de bens que estão disponíveis no mercado, configurados em termos mais ou

¹ Nesse sentido, cf. Neves (2008). Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11284>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

menos invariáveis. São hipóteses em que é público o domínio das técnicas para produção do objeto [...] de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de satisfazer plenamente o interesse público. *Em outros casos, o objeto deverá ser produzido sob encomenda ou adequado às configurações de um caso concreto.* (JUSTEN FILHO, 2003, p. 22 e 30, grifo nosso).

Parece-nos, entretanto, não ser essa a melhor leitura da obra do eminente autor paranaense.

Em obra posterior, esse mesmo autor é claro ao admitir a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens sob encomenda quando o bem não possui especificações técnicas diferenciadas, como se depreende do seguinte trecho:

Para ser mais preciso, até se pode admitir que a Administração possa adquirir produtos sob encomenda, não disponíveis no mercado, valendo-se de licitação de menor preço quando sua necessidade não exigir variações técnicas, qualidades especiais ou atributos diferenciados por parte dos bens e serviços que pretende adquirir. (JUSTEN FILHO, 2008, grifo nosso).

Esse entendimento, ademais, coaduna-se melhor com a intenção do legislador ao criar o citado diploma normativo, com o qual buscou proporcionar agilidade na aquisição, pela Administração Pública, de bens e serviços considerados comuns.

Bens e serviços comuns, na dicção do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Percebe-se, assim, que não há na lei nada que impeça a aquisição de bens sob encomenda, o que corrobora a tese que ensina que, onde o legislador não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo².

² Nesse sentido, cf. Resp. nº 590.936 do Superior Tribunal de Justiça e Processo nº 1.0145.03.066807-6/001 do TJMG.

Hely Lopes Meirelles (2002, p. 97), por sua vez, argumentando ser o conceito legal extremamente insuficiente, esclarece que “o que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência”.

Parece-nos, assim, que o conceito-chave acerca do tema não seria a facilidade de se encontrar o produto pronto e disponível no mercado, mas sim a sua caracterização com base na padronização advinda da especificação adequada do objeto. Queremos, com isso, dizer que o fato de determinado objeto vir a ser produzido sob encomenda não é justificativa suficiente para afastá-lo do conceito de bem comum.

Aliás, é importante salientar que nem mesmo a complexidade do objeto impede a utilização do pregão, como bem ressaltado pelo Tribunal de Contas da União, na Nota Técnica nº 02/08 – SEFTI/TCU:

O bem ou serviço que apresenta características tecnológicas complexas não deixa de ser comum se o mercado padroniza tais características, a ponto de permitir sua descrição objetiva no edital e sua perfeita identificação pelo mercado³.

Reforça-se, assim, o nosso entendimento de que o importante para a caracterização do bem ou do serviço como comum é a sua padronização pelo mercado.

Seguindo esse posicionamento, Scarpinella (2003) esclarece que a Lei do Pregão deve ser interpretada de maneira mais ampla, englobando “bens e serviços com metodologia de produção e execução conhecida no mercado, sejam eles com ou sem complexidade tecnológica, *feitos ou não sob encomenda*”. (grifo nosso).

Parece-nos ser este o entendimento que os Tribunais de Contas pátrios vêm seguindo, conforme se depreende dos termos do

³ Cf. Acórdãos do Tribunal de Contas da União nº 313/2004 – Plenário, 1.114/2006 – Plenário e 2.658/2007 – Plenário.

Acórdão nº 313/04 do Tribunal de Contas da União:

Tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002 [...], bem comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Dessarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, *não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda.* (grifo nosso).

Defendendo a mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, no Processo nº 1.630/03, assim se manifestou:

De fato, como asseverou a signatária da representação, os veículos de atendimento emergencial e salvamento licitados no caso em tela necessitam de especificação detalhada, conforme apresentado no anexo I do instrumento editalício, fls. 06/20. Não se trata, é bem verdade, de produtos fabricados em série, haja vista a singularidade do uso a que se destinam. Portanto, só podem (ou é provável que somente possam) ser fornecidos sob encomenda. *Todavia, não nos parece inviável adquiri-los em procedimento mais célere, como o pregão.* As numerosas especificações dos veículos licitados podem dar falsa impressão de que esses destoam da linha de produção das empresas do ramo, mas apenas exigem uma adequação do veículo para a necessidade da Corporação. Aliás, a nosso ver, as especificações constantes do anexo do edital são claras e objetivas, não compreendendo dificuldades na avaliação do pregoeiro quanto ao atendimento ou não dos requisitos impostos. [...] *O simples fato de a produção efetuar-se sob encomenda não descarta a possibilidade de utilização do pregão para seleção de empresa fornecedora do bem.* (grifo nosso).

Corroborando o entendimento acerca da possibilidade de utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens sob encomenda, o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p. 422-423) ensina que:

A norma definiu o que deve ser entendido por bens e serviços comuns, não sendo razoável a pretensão de inserir novas características não expressas na norma. São comuns os objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, deixando-se de exigir em razão do veto ao art. 2º, a necessidade de regulamento para definir quais são os bens e serviços.

O conceito é:

[...]

e) *genérico, abrangendo qualquer tipo de objeto* seja manufaturado, industrializado, com funcionamento mecânico, elétrico, eletrônico, nacional, importado, de elevado preço, *pronto ou sob encomenda*. Também abrange qualquer tipo de serviço profissional, técnico ou especializado;

[...]

Afastam-se com isso:

a) a pretensão de que se trate de bem padronizado, pois o que se está a exigir é que o padrão se refira a desempenho ou características que definam qualidade;

b) a pretensão de que se trate de bem com características definidas em normas técnicas, como ABNT;

c) a pretensão que esteja constante de elenco definido em Decreto ou regulamento;

d) *a pretensão de restringir o pregão a bens prontos, vedando seu uso para bens de encomenda; e*

e) serviços singulares, na forma da Lei nº 8.666/93 que justificam a contratação por inexigibilidade porque só um atende as características pretendidas do executor ou porque, existindo mais de um, apenas em relação a um se pode inferir ser essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto. (grifo nosso).

Percebe-se, assim, que não é o fato de existirem exigências técnicas específicas para a produção de determinado objeto que impedirá sua aquisição pelo pregão.

Portanto, a aquisição de bens sob encomenda – desde que se trate de bens comuns, aferíveis objetivamente quanto aos critérios de desempenho e qualidade – não nos parece incompatível com a figura do pregão.

Referências bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Novas considerações sobre o Pregão*. Disponível em: <http://www.conlicitacao.com.br/sucesso_pregao/pareceres/cintra71.php>. Acesso em: 3 maio 2011.

BAHIA. Secretaria da Administração. *Guia do Pregoeiro*. 2. ed. Salvador: SAEB/SGP/CCL, ago. 2004. 76 p.

BARROS, Márcio dos Santos. *502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 7.709, de 2007.

BRASIL. Senado Federal. Emenda n. 50, de 2007 ao Projeto de Lei n. 32, de 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do Plenário n. 313/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do Plenário n. 1.114/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão do Plenário n. 2.658/2007.

CATANESE, Elisabeth Di Fuccio; MURTA, Camila Cristina. *Inviabilidade do pregão para obras de engenharia complexas*. 2010. Disponível em: <<http://www.catanesemurta.com.br/pdf/INVIABILIDADE%20DO%20PREGAO%20PARA%20OBRAS%20>

DE%20ENGENHARIA_BE_CA_ok.pdf >. Acesso em: 3 maio 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais. *Revista do Advogado da AASP*, n. 93, São Paulo, set. 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NEVES, Marcelo. A resposta do mercado como orientação binária (sim-não) para o enquadramento da licitação de bens e serviços de informática na modalidade pregão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1.785, 21 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11284>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

SCARPINELLA, Vera. *Licitação na modalidade Pregão* (Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002). São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marcello Muniz da. *Análise da estrutura de financiamento à indústria naval no Brasil*. 2007. 346 f. Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica, 2007.

SILVA, Orlando Gomes da. *Pregão Presencial e Eletrônico: Manual do Pregoeiro*. 2. ed. Salvador: Empresa Gráfica da Bahia, 2002.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120021

11

- Normas de Publicação
para autores
- Writers' Guidelines
- Conteúdo Digital
Complementar

Português

English

DVD - Sumário

DVD - Informações

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

A Revista *De Jure* publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado, comentários a jurisprudências e técnicas processuais. A Revista *De Jure* publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Diálogo Interdisciplinar, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Público Constitucional e Direito Público Administrativo.

Autores estrangeiros de renome são convidados a escrever ensaios em sua língua pátria, tendo como temática o Direito Internacional, dentro das áreas de interesse do Ministério Público.

Os comentários à jurisprudência são textos de opinião a respeito de decisões recentes de interesse do Ministério Público. As Técnicas Processuais são peças processuais selecionadas a critério do Editor e que têm grande relevância prática para divulgação. Jurisprudências, peças processuais e comentários a jurisprudências serão selecionados a critério do Editor e são divulgados no DVD encartado em cada publicação.

Os artigos enviados à Revista *De Jure* devem ser obrigatoriamente inéditos e não podem ter sido publicados previamente em nenhuma de suas versões nem estar simultaneamente submetidos com finalidade de publicação em outra revista. Não serão aceitos artigos veiculados na internet.

Todos os artigos passam por uma avaliação preliminar por parte do Editor, oportunidade em que são avaliados os aspectos meramente formais, como a compatibilidade de conteúdo com a Linha Editorial da Revista e elementos estéticos e metodológicos preliminares.

Uma vez preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido à avaliação qualitativa procedida pelo Corpo Editorial, formado pelos membros externos convidados e Revisores Ad Hoc. O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão cega de pares ou blind peer review, na qual os artigos são avaliados por, pelo menos, dois pareceristas, que desconhecem a autoria do trabalho. No caso de pareceres discordantes, o artigo é submetido a um terceiro parecerista. As duplas de pareceristas recebem os artigos de acordo com sua área de expertise.

Os autores são comunicados sobre a natureza dos pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos membros do Conselho Editorial.

O Conselho Editorial emite seu parecer quanto aos trabalhos, concluindo pela aprovação para publicação (apto), pela necessidade de reformulação (apto com ressalvas), ou pela rejeição (inapto). Caso existam alterações recomendadas, o autor é cientificado para, se desejar, incorporar as modificações sugeridas, ou motivar a desnecessidade das alterações, as quais serão encaminhadas à Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para nova avaliação, a critério do Editor.

Os resultados do processo são inapeláveis em todos os casos.

A revista se reserva o direito de não publicar o artigo, no caso de o autor discordar da avaliação qualitativa e o Editor decidir conservar o posicionamento dos pareceristas e o autor mantiver sua discórdia.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Para submissão dos trabalhos, é necessário observar as seguintes normas de publicação para os autores:

1. Os artigos inéditos serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação

dos trabalhos. A adequação e formatação dos trabalhos de responsabilidade dos autores.

Os ensaios de juristas estrangeiros convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica www.mp.mg.gov.br/dejure.

3. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias, e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

4. Todos os artigos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois conselheiros, garantidos o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.

6. Os artigos encaminhados para a Revista *De Jure* deverão ter um mínimo de 6 (seis) páginas e um máximo de 20 (vinte) páginas; os comentários à jurisprudência, um máximo de 10 (dez) páginas. Técnicas processuais (peças processuais) não têm limite de número de páginas.

7. Os autores deverão incluir mini-curriculum contendo afiliação e titulação acadêmica, com, no máximo, 200 palavras. O mini-curriculum deverá obrigatoriamente conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

Seguem as normas de padronização dos artigos e comentários a jurisprudência:

I - Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o *Arial*, corpo 9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - O artigo deve obrigatoriamente conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words*, título em inglês, sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas. Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (*abstract e key words*). O resumo apresenta a idéia geral do tema, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões, redigidos de forma objetiva e concisa. As palavras-chave são um conjunto de três a cinco palavras que representem o conteúdo do trabalho. As referências bibliográficas listam as obras citadas no trabalho. Devem ser organizadas em ordem alfabética, conforme será demonstrado no tópico XI. Comentários a jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, *abstract*, *key words* e sumário, devendo explicitar o acórdão utilizado no comentário.

III - Ao final de cada artigo, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os artigos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 (três) dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização. V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito para destacar trechos do texto.

V - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo *Bureau* Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [www.bipm.org]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VI – Destaques, palavras estrangeiras e neologismos ou aceções incomuns devem ser grafados em *itálico*.

VII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 *dots per incbs* [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

VIII - Citações com até 3 (três) linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 3 (três) linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

IX - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

X - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro (título principal em *itálico*), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. *Benjamim*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em *itálico*), edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (Org.). *Jornalismo em perspectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for *on-line*).

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário Aurélio*. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico (título principal em *itálico*), local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e da data de acesso (se o meio for *on-line*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico (título principal em *itálico*), data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. *Influência da glucana na evolução do lúpus murino*. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. *Qualidade nos serviços ao cliente*: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão "In:", nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento em *itálico* (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

XI - Sugere-se o portal eletrônico <www.bn.br>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes, para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.

XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2012, os textos enviados adotem obrigatoriamente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

WRITERS' GUIDELINES

Materials published in every issue:

Lectures (DVD containing video)

Lectures given by renowned Brazilian and international law scholars are available in every issue in the DVDs enclosed in the journal.

Essays

Renowned international authors are invited to publish essays in their original language. The essays' topics are on areas of International Law that interest the Public Prosecution Service (Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law).

Essays submitted to the Journal *Revista De Jure* should have a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors whose articles have been accepted will receive two copies of the journal as authorial contribution. Essays can be sent in English, Portuguese, Italian and Spanish.

Authors can send their essays after filling in the specific form and uploading the file in the site www.mp.mg.gov.br/dejure, where they can also find all issues already published, as well as the guidelines to authors in both English and Portuguese.

Academic Articles

De Jure publishes original articles in Portuguese in the following areas: Brazilian National Doctrine, Multidisciplinary Area, Criminal

Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law.

Academic Articles: Double Peer Blind Review

The academic articles submitted to *De Jure* must be original and are published in Portuguese. They must have abstract, key words in English and title in Portuguese and English. All articles are analyzed by the Editor on regard to aspects such as theoretical line compatibility and form. Provided they meet formal aspects, articles are submitted to the Editorial Board members for them to perform qualitative analysis by means of double peer blind review. The unidentified articles are submitted to at least two peers, according to their area of expertise. In case of disagreement on whether the article can be published or not, they are re-submitted to a third member of the Editorial Board. The double peer blind review process has been used since 1997.

Comments on Jurisprudence

The Comments on Jurisprudence are opinion texts concerning recent court decisions that are of interest to the Public Prosecution Service. These texts are available in Portuguese in the DVD enclosed in each issue.

Brief

Selected briefs are also published to widespread practical knowledge in target areas related to the work of the Public Prosecution Service. This material is available in Portuguese in the DVD enclosed in each issue.

Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in *De Jure*. The use of small amounts

of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of *De Jure* editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees.

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in *De Jure*, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

Submission

Authors who wish to submit articles or essays must access the site www.dejure.mp.mg.gov.br, fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words) and key words (maximum of five).

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 *dots per 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 Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid

medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font *Times New Roman* 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

a) Book reference: The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) Book (section or chapter): The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section 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

INFORMAÇÕES:

A De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, disponibiliza um disco DVD, contendo palestras, vídeos, jurisprudências, técnicas e outras informações de grande relevância. Para uma fácil utilização do DVD disponível na contracapa desta revista, seguem algumas orientações.

1. Informações sobre o disco DVD:

O Disco anexo é um DVD híbrido. Ele é assim chamado por possibilitar, por meio de seu processo de gravação, a reprodução de diferentes conteúdos, quando inserido em um computador pessoal ou aparelho convencional de DVD-player ligado a uma TV.

O disco foi desenvolvido para uso no sistema operacional Windows, preferencialmente Windows XP ou superior, bem como para a maioria dos DVD-players convencionais.

2. Visualizando o conteúdo digital:

Para visualizar o conteúdo digital, clique com o botão direito do mouse no diretório do DVD e selecione a opção "Explorar".

Em seguida, execute o arquivo "DeJure16" e será aberta uma janela do seu navegador com o conteúdo digital da revista.

3. Visualizando a palestra ou vídeo disponível:

Para visualizar a palestra disponível em seu DVD, insira-o em um DVD-player convencional ligado a uma TV. Aguarde até que o menu do disco apareça na tela.

4. Navegando no DVD em seu computador:

A resolução ideal de tela é de 800x600 ou de 1024x768. Ao inserir o disco em um computador pessoal com sistema operacional Windows XP, a navegação do material complementar iniciará automaticamente.

Alguns computadores podem exibir uma mensagem avisando que "o conteúdo ativo pode danificar seu computador [...] tem certeza que deseja permitir que CDs executem conteúdo ativo no seu computador?" Nesse caso, autorize o uso de conteúdo ativo clicando em "sim".

A tela de apresentação aparecerá. Navegue no sistema de maneira similar a uma navegação na internet. Clique nas opções desejadas para abri-las.

OBS: Ao utilizar o disco nos sistemas operacionais Windows Vista ou Windows 7, uma tela de seleção surgirá, dando ao usuário a opção de navegar no conteúdo digital ou a de visualizar o conteúdo em vídeo.

5. Solução de problemas

Caso o disco apresente algum dos problemas de reprodução seguintes, realize os procedimentos sugeridos.

O DVD não toca em DVD-player convencional ou trava/para durante a reprodução.

Soluções: * Limpe o DVD com um pano suave e seco e tente novamente.

 * Teste o disco em outro DVD-player.

A reprodução automática do conteúdo para computadores não funciona.

Soluções: * Navegue pelo Windows Explorer na pasta do disco DVD e dê duplo clique no arquivo autorun.exe ou no arquivo dejure17.html.

 * Instale uma versão mais atual de seu navegador de internet.

 * Teste o disco em outro computador.

Caso o disco não funcione corretamente, por favor, acesse o conteúdo digital complementar no site www.mp.mg.gov.br/dejure