

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 4

Janeiro/Dezembro 2007

Estamos aqui em um ambiente de qualificação, e quando fala-se em ta, temo a certeza de que não há outro caminho, na linha jurídica, a não ser o do aperfeiçoamento. A cultura dos periódicos tem uma característica própria, diria peculiar, a de que abrem-se espaços para que vários, e não apenas um, possam transmitir seus conhecimentos, e é aí que reside a grande contribuição de uma revista.

Sentimos que com este quarto lançamento algumas reflexões devem se colocar, falamos da periodicidade da Reflexão imperativa, se pensamos que a produção pública de uma revista tem um tempo próprio, e isto necessariamente nos remete a certos contratempos, sendo um deles o de respeitar o cronograma de um caminho, daí por que devemos elevar tal preocupação aqueles que fazem nossa revista.

Este fascículo é o primeiro desta gestão, e vem tocado por novidades que merecem ser registradas. Destaca-se a normatividade das publicações, em um roteiro que preserva a completa imparcialidade do Conselho Editorial, diria mesmo que resgata uma postura que, todo periódico deve primar, a da análise descompromissada de quem avalia e dos autores inscritos.

Batemos um recorde, ou seja, a apresentação para análise de mais de 60 artigos, o que nos leva a certeza de que a seriedade de seu Conselho, e a devida publicidade deste stor, fez com que o mundo acadêmico pudesse despertar. Mas é preciso mais. O Ministério Público tem falado pouco sobre si, já não se escreve como antes, o que se lamenta. Precisamos então buscar fonte



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAFF

OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

NELSON ANTÔNIO CAVALCANTE LEMOS
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

PAULO BARBOSA DE ALMEIDA
CORREGEDOR-GERAL

BERTRAND DE ARAÚJO ASFORA
SECRETÁRIO-GERAL

KÁTIA REJANE MEDEIROS LIRA LUCENA
COORDENADORA DO CEAFF

VASTI CLÉA MARINHO COSTA LOPES
DIRETORA DO CEAFF

IMPRESSÃO:
F & A GRÁFICA & EDITORA LTDA

CAPA:
RICARDO ARAÚJO

REVISÃO:
LÍSSIA DA CRUZ E SILVA

FOTOS:
ACERVO ARION FARIAS

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAFF

Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro

CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917

E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br

Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado da Paraíba

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Catálogo na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João
Pessoa: MP/PGJPB, CEAFF, ano 4, n.4. (jan./dez.2010-).
Anual

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n.4.

1. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAFF.

CDU 34 (05)
ISSN 1980-9662

CONSELHO EDITORIAL

Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena
PRESIDENTE

Vasti Cléa Marinho Costa Lopes
SECRETÁRIA

José Raimundo de Lima
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Doriel Veloso Gouveia
PROCURADOR DE JUSTIÇA

João Arlindo Corrêa Neto
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Rosane Maria Araújo e Oliveira
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Maria Áurea Baroni Cecato
PROFESSORA

Rômulo Rhemo Palitot Braga
PROFESSOR

Josinaldo José Fernandes Malaquias
PROFESSOR

CONSELHO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes
BIBLIOTECÁRIA- NORMALIZAÇÃO

Raquel Paiva Chaves Filgueiras
ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

Anastácia Machado de Oliveira
ASSESSORA DO PGJ

Telma Brasil Lombardi
ADMINISTRADORA

Maria Cristina Furtado de Almeida
OFICIAL DE PROMOTORIA

Irenylza Carla Alves de Paiva
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Christianne Maria Wanderley Leite
TÉCNICO DE PROMOTORIA

APOIO

APMP – Associação Paraibana do Ministério Público
João Arlindo Corrêa Neto
PRESIDENTE

FESMIP – Fundação Escola Superior do Ministério Público
Rosane Maria Araújo e Oliveira
DIRETORA-GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho - Presidente

José Marcos Navarro Serrano

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo

Janete Maria Ismael da Costa Macedo

Sônia Maria Guedes Alcoforado

Lúcia de Fátima Maia de Farias

Josélia Alves de Freitas

Alcides Orlando de Moura Jansen

Antônio de Pádua Torres

Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena

Doriel Veloso Gouveia

José Raimundo de Lima

Paulo Barbosa de Almeida

Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos

Marcus Vilar Souto Maior

José Roseno Neto

Otanilza Nunes de Lucena

Francisco Sagres Macedo Vieira

Nelson Antônio Cavalcante Lemos

Marilene de Lima Campos de Carvalho

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho

Presidente

Paulo Barbosa de Almeida

Corregedor-geral

Francisco Sagres Macedo Vieira

José Raimundo de Lima

Lúcia de Fátima Maia de Farias

Nelson Antônio Cavalcante Lemos

Otanilza Nunes de Lucena

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Marcos Navarro Serrano, Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macedo, Sônia Maria Guedes Alcoforado, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Josélia Alves de Freitas, Alcides Orlando de Moura Jansen, Antônio de Pádua Torres, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Paulo Barbosa de Almeida, Alvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Otanilza Nunes de Lucena, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Marilene de Lima Campos de Carvalho.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Lúcia Pereira Marsicano, Valberto Cosme de Lira, Manoel Henrique Serejo Silva, Newton Carneiro Vilhena, Lincoln da Costa Eloy, Joaci Juvino da Costa Silva, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulámpio Duarte, Herbert Douglas Targino, Sônia Maria de Paula Maia, Afra Jerônimo Leite Barbosa de Almeida, Francisco Antônio de Sarmiento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Suamy Braga da Gama, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Luciano de Almeida Maracajá, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Laércio Joaquim de Macedo, Valdete Costa Silva Figueiredo, Wildes Saraiva Gomes Filho, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcelos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júllia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Gustavo Rodrigues Amorim,

Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Valério Costa Bronzeado, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz Williams Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Severino Coelho Viana, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Carolina Lucas, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Pedro Alves da Nóbrega, Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Edjacir Luna da Silva, Francisco Lianza Neto, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Glaucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Moraes, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Aldenor de Medeiros Batista, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Anita Bethânia Rocha Cavalcanti Mello, Jovana Maria Silva Tabosa, Ricardo José de Medeiros e Silva, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Márcia Betânia Casado e Silva, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Artemise Leal Silva, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana de França Campos, Adriana Amorim de Lacerda, Sandra Regina Paulo Neto de Melo, Rhomeika Maria de França Porto, Herbert Vitória Serafim de Carvalho, Ana Guarabira de Lima Cabral, Ana Caroline Almeida Moreira, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Marcus Antonius da Silva Leite, Raniere da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmito, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Rodrigo Silva Pires de Sá, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar,

Alcides Leite Amorim, Luciara Lima Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos, Cláudia Cabral cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas, João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Fábria Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rêgo, Leonardo Fernandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D'arolla Pedrosa Galvão, Livia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa.

PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA

João Anísio Chaves Neto, Jeaziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Carlos Guilherme Santos Machado, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier.

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Adrio Nobre Leite

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Alley Borges Escorel

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Ana Caroline Almeida Moreira

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Antonio Braz Rolim Filho

Bacharel em Direito pela UFCG
Servidor do Ministério público -PB

Carlos Romero Lauria Paulo Neto

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Mestre em Ciências Jurídico-Políticas
pela Universidade de Lisboa-Portugal
Professor do Centro Universitário de
João Pessoa-UNIPÊ

Cynara Rodrigues Carneiro

Professora da Universidade Federal de
Campina Grande

Danielli Christine de Oliveira Gomes Pereira

Analista Processual do Ministério
Público Federal da Paraíba
Pós-Graduação (latu sensu) em
As Grandes Transformações do
Processual pela Universidade da
Amazônia-UNAMA
Assessora de Procurador da República
desde 2004.

Felipe Coelho Martins

Bacharel em Direito
Assistente de Promotoria Criminal – RS

Ferdinando Holanda de Vasconcelos

Advogado
Doutorando pela UNSA-Argentina
Assessor de Gabinete de Juiz de 1º Grau

Francisco Sagres Macedo Vieira

Procurador de Justiça no Estado da
Paraíba
Especialista em Direito Processual Civil
latu sensu-UNIFE/ PUCSP
Professor Titular de Prática Jurídica do
UNIPÊ

Gardênia Cirne de Almeida Galdino

Promotora de Justiça no Estado da
Paraíba

Glauber Antônio Fialho Fontes

Bacharel em Direito pela UNIPÊ-PB
Especialista pela ESMA-PB
Pós-Graduação em Direito do Trabalho e
Processo Oficial de Promotoria do
Ministério Público – PB

Gustavo Farias Alves

Bacharel em Direito pela UEPB

Higyna Josita S. de Almeida Bezerra

Juíza de Direito no Estado da Paraíba
Especialista em Direito Processual Civil
e em Gestão Pública pela ESMA/UNIPÊ
Mestranda em Direitos Humanos pela
UEPB
Pesquisadora na área de Gênero e
violência.

Isabelle Pereira Lopes

Advogada
Especialista em Direito do Trabalho e
Processo do trabalho pela Escola
Superior da Magistratura da Paraíba -
ESMATI 3 e Faculdade de ensino
Superior-FESP

Karin O'Donnell Kyburtz

Bacharela em Ciência Jurídica pela
PUC-SP
Assistente de Promotoria Ministério
Público - SP

Laelson Alcântara de Pontes Filho
Bacharel em Direito pela UFPB
Especialista em Direito Processual pela UNISUL

Larissa Lucena dos Santos
Acadêmica do Curso de Direito pela UFCG

Lêda Lourdes Rambo
Advogada
Pós-graduação em Processo Civil
Servidora do Ministério Público do RS

Leandro Souto Maior
Bacharel em Direito pela UNIPÊ
Pós-Graduação em Direito Processual
Grandes Transformações pela UNISUL
Pós-graduação em Direito Público pela UNIDERP

Marcelo Ramos Alves
Acadêmico do Curso de Direito pela UEPB

Maria Cristina Furtado de Almeida
Advogada e Fisioterapeuta
Especialista em Direito Penal e Criminologia
Especialista em Ministério Público, Ordem Jurídica e Cidadania pela FESMIP
Oficial de Promotoria do Ministério Público-PB

Maria da Penha Medeiros
Acadêmica do Curso de Direito pela UFCG.

Mazukyevicz Ramon S. N. Silva
Bacharel em Direito pela UNIPÊ
Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos
Mestrando em Direitos Humanos
Agente de Segurança Penitenciário no Estado da Paraíba

Nayana Shirado
Bacharela em Direito
Especialista em Direito Penal

Pós-Graduação em Direito do Estado e das Relações
Docente do Ensino Superior

Natália Freire Chaves
Acadêmica do Curso de Direito pela UEPB

Patrícia Renata Melo de Amorim
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba
Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIPÊ-PB

Raquel Duarte das Neves
Bacharela em Direito pela UFPB
Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela UNAMA/UVB/LFG
Pós-Graduação lato sensu em Direito Administrativo e Gestão Jurisdicional de Meios e Fins

Robson Soares Sousa
Acadêmico do Curso de Direito pela UFCG

Sâmia Cristiane Moura da Conceição
Bacharela em Direito pela Faculdade Integrada do Ceará
Pós-Graduação em Processo Civil pela Faculdade Integrada do Ceará
Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Ceará

Soraya Soares Escorel da Nóbrega Escorel
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Vitor Borges da Silva
Analista Judiciário do TRT-17ª Região
Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade de Vitória-FDV

Williane dos Santos Teixeira
Bacharela em Direito pela UFPB

Wyama e Silva Medeiros
Bacharela em Direito pela UFCG

EDITORIAL



**1930 - Praça João Pessoa - João Pessoa-PB
(Acervo Arion Farias)**

EDITORIAL

A palavra-chave da edição número 1 da Revista Jurídica do Ministério Público da Paraíba foi “**Sonho**”, utilizada para traduzir o então quimérico desejo de possuir uma Revista Jurídica que atendesse ao grande anseio de todos por este inestimável espaço de estudo e crescimento cultural.

Nos números 2 e 3 as palavras-chaves foram “**Aperfeiçoamento**” e “**Dinamismo**”, respectivamente.

Nesta edição número 4, se tivéssemos que escolher uma palavra de ordem, esta tanto poderia ser “**Inovação**”, como “**Mérito**”.

Com efeito, sem perder a inspiração das bem sucedidas edições anteriores, a edição n. 4 traz **inovações** como a normatização da Revista, a mudança no seu projeto editorial e a adoção da chamada avaliação por pares cega.

A Normatização do Conselho Editorial veio preencher a lacuna que havia no tocante a regulamentação deste importante periódico que orgulha o Ministério Público da Paraíba. Sem demérito para a importante conquista que representou a criação da nossa Revista Jurídica, e suas sucessivas e festejadas edições, faltava-lhe uma roupagem normativa, firmando legalmente suas premissas e consolidando-a como instrumento de aperfeiçoamento funcional, o que aconteceu com a edição do APGJ nº 15/2010, que estabeleceu regras definitivas para a publicação de artigos e definiu a composição do Conselho Editorial.

A Mudança no projeto gráfico, sempre respeitando a essência do projeto pioneiro, incluiu a inserção de fotos com enfoque histórico que confere à Revista uma identificação física com o Estado da Paraíba e permite ao leitor um contato fotográfico com as belezas e a história de nosso sublime torrão. Ainda como novidade no projeto gráfico da Revista Jurídica, vê-se um breve currículo dos articulistas colaboradores.

A Avaliação cega, que consiste na seleção de artigos sem que o Conselheiro avaliador tenha a informação sobre o autor do artigo avaliado, foi inovadora opção que permitiu aos membros do Conselho Editorial uma seleção pautada rigorosamente na qualidade dos escritos, privilegiando o **mérito** dos colaboradores e resultando na escolha de 28 trabalhos que tratam de diversos temas jurídicos de forma contemporânea e aprofundada, permitindo ao artífice do direito uma fonte de consulta segura e atual. A avaliação anônima é um dos requisitos para a concessão de certificado de qualificação, uma ambição a ser perseguida futuramente pela Revista Jurídica do Ministério Público.

Buscou-se, com tais inovações, dar continuidade ao consolidado e vitorioso trabalho anterior preservando a qualidade da Revista Jurídica do

Ministério Público, porém introduzindo-lhe pequenas alterações na busca incessante pelo seu aperfeiçoamento.

Assim, temos a satisfação de entregar ao mundo jurídico, notadamente aos que fazem o Ministério Público da Paraíba, o número 4 da nossa Revista Jurídica, com a expectativa de disponibilizarmos mais uma importante ferramenta para a consecução da grata missão constitucional de promover a Justiça.

Conselho Editorial

SUMÁRIO



**1940 - Av. Getúlio Vargas - João Pessoa-PB
(Acervo Arion Farias)**

SUMÁRIO

1 DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

Abandono afetivo na relação paterno-filial frente à responsabilidade civil.....27
Patrícia Renata Melo de Amorim

Intersexualidade sob as lentes da bioética e do biodireito.....37
Hygina Josita S. de Almeida Bezerra e Gardênia de Almeida Galdino

Paternidade socioafetiva e seus efeitos jurídicos: uma nova visão axiológica da família contemporânea.....47
Maria Cristina Furtado de Almeida

Processo eletrônico e a implantação da Lei de informatização do processo judicial.....63
Ferdinando Holanda de Vasconcelos

Relativização da coisa julgada: instrumento necessário e útil à jurisdição?....75
Raquel Duarte das Neves

Tutela antecipada cautelar: a fungibilidade entre as tutelas de urgência.....93
Sâmia Cristiane Moura da Conceição

2 DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

A intervenção Federal no Distrito Federal (IF 5.179/DF): instrumento de restauração do equilíbrio federativo e de harmonização das funções estatais.....113
Gustavo Farias Alves

A nova Justiça Constitucional: raízes, desenvolvimento e superação do modelo teórico-prático de Hans Kelsen.....131
Carlos Romero Lauria Paulo Neto

Breves notas sobre a responsabilidade política na relação governante-governado: poder político limitado e responsável.....157
Nayana Shirado

Do Direito subjetivo à nomeação dos aprovados em Concurso Público dentro das vagas: o atual posicionamento dos Tribunais e seus efeitos na Sociedade.....	181
Leandro Souto Maior	
Federalismo e guerra fiscais: problemas, perspectivas e soluções.....	203
Laelson Alcântara de Pontes Filho	
Fundamentos constitucionais do controle judicial de políticas no Direito brasileiro.....	217
Vitor Borges da Silva	
O Sub-Código Judicial e não-Judicial das súmulas: a Constituição.....	231
Robson Soares Sousa e Wyama e Silva Medeiros	

3 DIREITO PENAL

A poluição sonora numa perspectiva difuso-penal.....	247
Ana Caroline Almeida Moreira	
Criminalidade virtual.....	255
Felipe Coelho Martins	
O Ministério Público e a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).....	279
Antônio Braz Filho e Cynara Rodrigues Carneiro	
Para além do conceito de Femicídio.....	293
Mazukyevicz Ramon S. N. Silva	
Participação no Homicídio culposo: a aplicação da teoria restritiva com o critério objetivo-formal.....	301
Marcelo Ramos e Natália Freire	
Poluição sonora automobilística e seus aspectos jurídicos.....	313
Glauber Antônio Fialho Fontes	
Uma análise crítica da Medida de segurança frente à tendência da desinstitucionalização: cotejo da problemática dos limites temporais máximo e mínimo.....	323
Karin O'Donnell Kyburz	

4 TUTELA COLETIVA E INFÂNCIA E JUVENTUDE

A Violência Policial versus Direitos Humanos na Paraíba: uma abordagem atual.....	337
Larissa Lucena dos Santos e Maria da Penha Medeiros	
Bullying Escolar e a visão do Ministério Público no enfrentamento do problema.....	353
Alley Borges Escorel e Soraya Soares da Nóbrega Escorel	
Da Nulidade relativa por descumprimento do § 7º, do art.17, da Lei de Improbidade Administrativa.....	371
Francisco Sagres Macedo Vieira	
Exploração do trabalho da criança e do adolescente: infância e dignidade invisíveis.....	385
Isabelle Pereira Lopes	
O art.16 da Lei da Ação Civil Pública: uma ameaça à defesa dos direitos coletivos em juízo.....	399
Danielli Christine de Oliveira Gomes Pereira	
O Ministério Público e a Defesa dos direitos individuais homogêneos.....	411
Williane dos Santos Teixeira	
O papel pró-ativo do Promotor de Justiça como mediador na pacificação de conflitos de Direito do consumidor.....	431
Lêda Lourdes Rambo	
Probidade Administrativa, dano moral coletivo e Lei 8.429/92: uma interseção obrigatória sob o olhar de uma fábula.....	443
Adrio Nobre Leite	

1 DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL



**1930 - Ponto Cem Reis - João Pessoa-PB
(Acervo Arion Farias)**

ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO: FILIAL FRENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL

Patrícia Renata Melo de Amorim
Advogada

1 Introdução

O abandono afetivo na relação paterno-filial e a incidência de indenização advindo do possível dano ao filho têm trazido diversas celeumas e posicionamentos antagônicos, tendo em vista o surgimento de alguns casos recentes de repercussão no meio jurídico e, também, pela não existência de legislação específica sobre o tema. A problemática logrou maior relevância após o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça contrário aos julgamentos de instâncias inferiores, excitando ainda mais as polêmicas por parte de algumas classes sociais e profissionais.

Nesse prospecto, cabe-nos analisar minuciosamente a questão do abandono afetivo, levando em consideração a Carta Magna, em consonância com os princípios embaixadores do Estado Democrático de Direito. Para tanto, faz-se premente não só a observância de direitos fundamentais impingidos pela Constituição de 1988, mas também dos princípios e normas asseverados por outras leis – tais como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por se tratar de uma matéria que contém vários reflexos legítimos, uma análise superficial pode vir a trazer posicionamentos conflitantes e vultosos sobre a questão do dano moral nas relações familiares. Destarte, buscaremos demonstrar os aspectos legais e morais que permeiam esse tema.

2 Dano Moral

O dano é um dos elementos necessários para que haja configuração da responsabilidade civil, sendo entendido, em sentido jurídico, como a violação dos direitos de um sujeito por fato ou ato alheio. Essa ofensa pode ser moral ou material e sua distinção se dá pelo efeito da lesão, “do caráter da sua repercussão sobre o lesado”, como bem leciona José de Aguiar Dias¹.

O dano moral não trata especificamente do desgosto, angústia, vergonha, humilhação, ferimento espiritual, pois esses sentimentos são as consequências do prejuízo, entendendo como o dano o ato de outrem que ofenda o sujeito como pessoa no seu interior moral, psíquico e intelectual.

Tal ofensa é de difícil mensuração, visto que a indenização, em muitos casos, se dá por algo inefável, e, ato ou fato que ofenda profundamente a alguém, pode ser natural para outro ser. Sendo assim, faz-se necessário a utilização do critério do homem mediano, do *bonus pater familias*.

¹DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.992.

Importante ponderação faz Pontes de Miranda²: “O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há de pensar em indenização”.

De vultosa importância ressaltar que, como bem trata o professor Sílvio Venosa³, a reparação do dano moral é um direito de terceira geração.

Tendo como de primeira geração os direitos individuais, os quais tiveram origem com a queda da monarquia na França em 1789 e a independência dos Estados Unidos. Como de segunda, os direitos sociais, advindos após a Primeira Guerra Mundial, tendo como marco no Brasil a Consolidação das Leis do Trabalho. E os direitos ambientais, como quarta geração, surgida no fim do século XX.

Os direitos personalíssimos de terceira geração surgiram após a Segunda Guerra Mundial, nascendo para assegurar o mínimo de dignidade ao homem. No Brasil, foi incorporado, definitivamente, com os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, que foi o primeiro instituto a consolidar o dano moral no nosso país.

A responsabilidade nasce do descumprimento de um dever jurídico básico, o qual pode estar definido em lei ou em um acordo – estando diante da responsabilidade extracontratual ou contratual. Logo, enseja o dever de reparação, no caso de dano ou não satisfação das condições previstas no ato pactuado.

Ratificando o nosso entendimento, Paulo Nader⁴ compreende que as fontes da responsabilidade civil são:

Os atos ilícitos absolutos e relativos. Nos primeiros, o dever jurídico emana da lei e se destina a todos que se encontram na mesma situação jurídica, dado o princípio da isonomia da lei, enquanto os relativos se impõem apenas às partes vinculadas em negócio jurídico.

3 A Família, o afeto e suas principais nuances na relação paterno-filial

Etimologicamente, o termo família resulta do latim *famulia*, derivado de *famulus*, que também significa escravo. Devido à grande complexidade e grande quantidade de entendimentos doutrinários a respeito da expressão *família*, a Constituição de 1988 e o Novo Código Civil se abstiveram de conceituar tal palavra.

²MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Max Limonad, 1959. p.66.

³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.44-45. 4v.

⁴NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 09. 6v.

Ao longo dos tempos muitos conceitos surgiram para tentar expressar a noção de família. Isso se deve à grande transição sócio-ideológica pela qual passamos, a qual fez surgir alguns novos modos de aglutinação familiar. Um de vultosa importância para o entendimento da problemática é a constitucionalização da família monoparental.

Compreende-se por família monoparental aquela formada por um dos pais – na titularidade do vínculo familiar – e os filhos. Tal situação pode advir da vontade de assumir, individualmente, a paternidade ou a maternidade por uma eventualidade tal como a separação, a morte ou o abandono.

No que tange ao afeto, primeiramente, faz-se necessário entender o que vem a significar tal palavra. Afeto vem do latim *affectus*, e denota sentimento de ternura, de afinidade, de amor por alguém ou algo.

Sentimento ou emoção em seus diversos aspectos, como amizade, amor, raiva etc.⁵

Para a psicologia clínica, o afeto pode ser visto como ações da pessoa em busca do contentamento das suas vontades e necessidades – sejam elas corporais ou psíquicas – e, dependendo dessas ações, o afeto pode ser agradável ou não. A psicologia vê, ainda, que o afeto possui quatro subdivisões: as emoções, os sentimentos, as paixões e o humor.

Para a ciência do Direito, entende-se afeto como a liberdade de gostar, afeiçoar, dar carinho a outra pessoa, tratando-se, pois, de um direito individual, de livre exercício, uma liberdade que o Estado não pode intervir, devendo, sim, assegurar a todos, sem discriminações. Tal entendimento tende a evitar uma estatização do afeto.

A afeição, ou o afeto, apresenta-se em muitas das relações da sociedade e, também, na relação familiar. O Direito de Família atual entende o afeto como de enorme importância para o estabelecimento das relações familiares. Verifica-se uma situação moderna em que entende como elemento essencial entre os membros da família o afeto, em detrimento do fator biológico.

Por tratar-se de uma liberdade individual, e não de uma obrigação, ou seja, algo que deve se manifestar naturalmente, sem nenhuma intromissão de qualquer pessoa ou ente, verifica-se que, por vezes, o afeto não ocorre entre as pessoas, desenvolvendo o que se chama de abandono afetivo.

Por fim, de grande relevância o posicionamento sobre de Paulo Lôbo⁶, que preceitua: “o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica, isto é, a separação da Igreja e do Estado de Direito, é de que não se pode obrigar o amor ou afeto às pessoas”.

⁵ DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO VEJALAROUSSE. São Paulo: Abril, 2006. p. 53. 1v.

⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 283.

4A responsabilidade civil na relação paterno-filial

A corrente que patrocina o cabimento de indenização por abandono afetivo defende como uma das bases de seu entendimento a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana – o qual é tido como um dos pilares do Estado Democrático de Direito –, alegando que o ato do pai de não amar o filho estaria de encontro a tal princípio, pondo o menor em uma situação que prejudicaria sua honra e dignidade, visto se entender que a presença dos pais é essencial para o desenvolvimento da criança.

Corolário desse argumento alega que a atitude do pai também é imoral, portanto, devendo ser combatida.

Além disso, entende-se como ato ilícito o abandono afetivo, dispondo que a obrigação do pai para com o filho não seria apenas a de arcar financeiramente para seu desenvolvimento, mas também afetivamente, para o seu normal desenvolvimento psíquico-social e, a proteção dos direitos dos menores previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente – a Doutrina da Proteção Integral – tais como: à vida, à saúde, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar, entre outros. Prega Paulo Nader⁷:

Em relação ao progenitor sem a guarda, mas com o direito de visita, permanece o dever de convivência, embora restrito. A ele cabe acompanhar a trajetória do menor, inteirando-se dos fatos da sua vida, do seu desempenho escolar, de sua saúde, enfim, de tudo que for relevante ao seu crescimento físico, psíquico, mental, emocional, intelectual e moral. O abandono nesta circunstância é insustentável e suscetível de caracterizar o dano moral.

Quem comunga desse entendimento preconiza que o não cabimento de indenização na situação do abandono moral estaria “incentivando” a paternidade irresponsável – tão combatida pelos operadores jurídicos –, além de não estar em consonância com o princípio do melhor interesse da criança, que seria – para eles – ser criada junto do pai e da mãe.

A Juíza de Direito Simone *Ramalho* Novaes – a primeira a proferir sentença sobre o tema – enuncia⁸:

Assim, não podemos deixar de entender que o abandono moral do genitor, o seu descaso com a saúde, educação e bem estar do filho não possa ser considerado como ofensa à sua integridade moral, ao seu direito de personalidade, pois aí sim estaríamos banalizando o dano moral.

⁷NADER, Paulo. Op. Cit., p. 345.

⁸NOVAES, Simone Ramalho. Abandono moral. p.7-8 Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_famil/abandono_moral.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

Se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei.

A outra corrente – contrária ao cabimento da indenização por abandono moral-afetivo – contra-argumenta o exposto, bem como lança novos embasamentos.

De início, entende-se que o tema em deslinde está abarcado pelo Direito de Família e, como tal, deve ser regido pelas normas a ele inerente.

Logo, afastando-se a aplicação das normas civis para solução desta celeuma.

Reforçado por esse argumento, alega-se que caso ocorra qualquer dano ao menor, a sanção cabível seria a perda do poder familiar – antigo pátrio poder –, uma aglutinação de direitos e obrigações com o menor e os seus bens, que deve ser exercido igualmente por ambos os pais.

Dessa forma, em consonância com o artigo 1.638, inciso II do Código Civil⁹, “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono.” Assegura-se que esta seria a penalidade cabível, caso se entendesse haver algum tipo de dano ao menor advindo do abandono afetivo.

Outra argumentação é que a concessão de indenização pelo fato de o pai nunca ter querido uma aproximação com o filho, poderia vir a dificultar ainda mais uma possível estabilização afetiva entre os dois no presente, ou, até mesmo, no futuro, visto que, o pai, ou filho, após todo o desgastante desenrolar do processo judicial, poderia vir a guardar ressentimento um do outro.

Ainda nesse sentido, reforçando essa corrente, defende-se que não se pode obrigar uma pessoa a amar ninguém, mesmo que seja o seu filho, visto que o amor é um sentimento natural e espontâneo, e não coercitivo.

Isso ocorreria caso se entendesse pelo cabimento de indenização pelo abandono afetivo, pois o pai se depararia com a seguinte escolha: amar o seu filho ou lhe pagar certa quantia em dinheiro, devido à falta desse sentimento sublime – o que alguns chamam de “dolarização do afeto”.

Poderia acontecer que o do pai estivesse ao lado do filho, “acompanhando” o seu crescimento, mas de forma obrigada, não pelo fato de existir amor, carinho, vontade de ficar com a criança, mas sim com medo de, posteriormente, ser punido por não ter brotado em seu interior amor por aquele ser. Caso que poderia ser muito mais prejudicial ao desenvolvimento da criança do que nunca chegar a conhecer seu pai efetivamente.

⁹BRASIL. Código Civil. In: *Vade Mecum*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 297.

Por fim, prudente citar o alerta feito por Nehemias Domingos de Melo¹⁰:

Em face da jurisprudência que começa e ser formada a respeito do tema, há que se fazer uma dupla advertência: ao profissional do direito, que tenha cautela na propositura de ações a esse título e, ao Judiciário, que pautе suas decisões pela prudência e severidade, de tal sorte que não se venha a dar guarida a sentimento de vingança, onde a criança, apenas e tão somente, seja usada como instrumento na obtenção de indenizações que, ao invés de remediar a situação, venha tão somente a atender sentimentos menores com os quais, com a devida vênia, a justiça não pode compactuar.

Jurisprudências há em relação à incidência da responsabilização civil por abandono afetivo na relação paterno-filial, havendo, também, uma grande divergência de entendimentos entre os juízes monocráticos, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Superiores.

A primeira decisão sobre o tema em análise é oriunda da Comarca de Capão de Canoas, no Rio Grande do Sul, proferida pelo juiz Mario Romano Maggioni, que entendeu pela ocorrência do dano moral, condenando o pai ao pagamento de indenização pelo abandono moral e afetivo, no valor de duzentos salários mínimos a sua filha, no ano de 2003.

De relevância nesse processo é que o membro do Ministério Público ao intervir no feito mostrou-se contrário à concessão do ressarcimento. Com isso, de início, já verificamos entendimentos conflitantes entre membros da justiça.

Uma decisão de grande protuberância jurídica foi a proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, tendo como relator o desembargador Unias Silva, o qual acolheu o pedido do autor – reformando a decisão monocrática –, concedendo ao filho uma indenização de 200 salários mínimos por abandono afetivo, defendendo que a “responsabilidade não se pauta tão somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana”¹¹. Tendo por ementa, a saber¹²:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude

¹⁰MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral : fundamentos da responsabilidade civil. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1911/Abandono-moral-Fundamentos-da-Responsabilidade-Civil>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

¹¹BRASIL. TAMG – Ap.Civ. nº 0408550-5-B.Horizonte – 7a. Câ.m.Cív. – Rel. Juiz Unias Silva – j.01.04.2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1911/Abandono-moral-Fundamentos-da-Responsabilidade-Civil>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse caso foi o primeiro a chegar ao Superior Tribunal de Justiça, em grau de Recurso Especial, fazendo o mesmo se posicionar sobre a problemática, visto que muitos foram os argumentos expostos pelo ministro desta casa em defesa das duas correntes.

O STJ, por maioria, decidiu¹³:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
2. Recurso especial conhecido e provido.

O relator, Ministro Fernando Gonçalves, em seu voto¹⁴ alertou sobre o recente surgimento da questão de indenização por dano moral, explanando para a dinamicidade da responsabilidade civil, mostrando que acontecimentos antigamente tidos como “fatos da vida”, hoje são vistos como passíveis de indenização. Continuando, o ministro com grande maestria discorreu¹⁵:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, *guarda e educação* dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art.

1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

¹³STJ. REsp. 757411/MG. 4ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 10 jun. 2010.

¹⁴Loc. cit.

¹⁵Loc. cit.

O Ministro Fernando Gonçalves defendeu seu posicionamento divinamente, abordando, como acima exposto, o fato da sanção a ser imposta – ao pai que abandona seu filho moral e afetivamente seja a perda do poder familiar, sendo esta a pena civil prevista.

Outros dois argumentos do relator foram de que o pagamento de indenização do pai para o filho por falta de amor viria a dificultar por completo a possibilidade de uma aproximação futura, além de que o amparo financeiro deve ser satisfeito por meio da pensão alimentícia.

Conclui o Ministro que não seria da alçada do judiciário compelir um pai a amar um filho e que nenhum benefício na relação familiar iria trazer tal indenização. O relator foi acompanhado por vários outros Ministros.

De outro lado, com posicionamento antagônico aos aqui já expostos, encontra-se o Min. Barros Monteiro, que entende pelo cabimento da indenização pelo abandono, visto que se verifica a presença dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, concluindo que não há empecilho para a incidência da indenização e a perda do poder familiar concomitantemente, *in verbis*¹⁶:

De maneira que, no caso, ocorreram a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo.

Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o *quantum* devido, porque me parece que esse aspecto não é objeto do recurso.

Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual.

Até o momento nenhum posicionamento de mérito há na Suprema Corte. Mas, como analisamos, muito ainda há o que se discutir para que haja uma conclusão sobre o cabimento de indenização pelo abandono afetivo na relação paterno-filial.

5 Considerações Finais

Diante do esposado, com a devida vênua dos juristas que se filiam em sentido contrário, entendemos que no abandono afetivo na relação paterno-filial não há todos os elementos ensejadores da indenização, pois, primeira-

¹⁶Loc. cit.

mente, não há ato ilícito no fato de o pai não amar o filho, pois o nosso ordenamento nada dispõe a respeito e, para ser tratado como algo ilícito, mister se faz uma lei anterior que o preveja.

Importante ressaltar que o ECA prevê que a mãe possa dispor de seu filho, pondo-o para a adoção – abandonando-o afetivamente para o resto de sua vida – e tal conduta não se trata de ilícito. Então, por que o ato do pai de não querer proximidade com o filho seria ilegal, frente ao princípio constitucional da igualdade?

Ainda neste sentido, ataca-se também que a falta do pai pode vir a ocasionar danos psíquicos irreparáveis. Logo, se esse fosse o entendimento abarcado pelo nosso ordenamento jurídico, vários institutos não existiriam, tais como: a família monoparental e a adoção por apenas uma pessoa.

Dessa forma, entendemos plenamente plausível o desenvolvimento do filho apenas com a mãe, até porque qualquer possível dano que o menor possa vir a ter, poderá ser sanado por várias maneiras, e aí depende da mãe buscar o melhor interesse do menor.

E, mesmo se entendêssemos e comprovássemos a existência do dano moral-afetivo na relação entre pais e filhos, acreditamos que a penalidade a ser imposta seria a perda do poder familiar prevista no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante ainda ressaltar que, quando se entender pelo cabimento de indenização por abandono afetivo, os pais passarão a conviver com os filhos como em uma “obrigação”, pois, se não, terão que pagar pela sua ausência. Outrossim, entendemos que isso pode vir a causar problema muito mais sério à criança, afinal, a presença do pai não implica o amor dele para com o filho. Destarte, comungamos do entendimento de que essa “obrigação da convivência” do pai com o filho vai de encontro ao princípio do melhor interesse da criança.

Concluimos, portanto, que há muito a ser pesado para que haja a incidência de indenização por dano afetivo na relação paterno-filial. E, qualquer que seja a solução encontrada, deve-se primeiramente buscar o melhor interesse da criança, que é a parte hipossuficiente na relação entre pais e filhos.

Referências

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

BRASIL. Código Civil. In: *Vade Mecum*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. TAMG – Ap.Civ. nº 0408550-5-B.Horizonte – 7a. Câm.Cív. – Rel. Juiz Unias Silva – j.01.04.2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1911/Abandono-moral-Fundamentos-da-Responsabilidade-Civil>>. Acesso em: 21 out. 2009.

CAHALI, Yussef Said (coord.) et al. *Responsabilidade civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Dano Moral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DICIONÁRIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO VEJA LAROUSSE. São Paulo: Abril, 2006. Iv.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. *Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1911/Abandono-moral-Fundamentos-da-Responsabilidade-Civil>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Max Limonad, 1959.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 6v.

NOVAES, Simone Ramalho. *Abandono moral*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_famil/abandono_moral.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2010.

STJ. *REsp*. 757411/MG. 4ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=595269&sReg=200500854643&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 22 out. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 4v.

INTERSEXUALIDADE SOB AS LENTES DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Higyna Josita S. de Almeida Bezerra
Juíza de Direito no Estado da Paraíba

Gardênia Cirne de Almeida Galdino
Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Entre mito e realidade: o mundo com intersex

Na mitologia grega, Hermafrodito, conhecido por sua extrema beleza, é uma divindade grega híbrida, fruto de um fugaz caso de adultério entre Hermes e Afrodite, que, arrependida da traição, entregou o filho para ser criado pelas ninfas do monte Ida. Certo dia, ao vê-lo banhar-se nu em um lago, a ninfa aquática Salmacis apaixonou-se intensamente por Hermafrodito; porém, seu amor não foi correspondido. Consumida pelo desejo que aumentava a cada dia e pelo dissabor da rejeição, ela implorou aos deuses para que unisse seu corpo ao de Hermafrodito para sempre, e os deuses, atendendo ao seu pedido, fundiram-nos numa figura dupla de homem e mulher. Hermafrodito, pois, tornou-se o deus representante da fusão dos sexos masculino e feminino.

Os intersex, que nascem com genitália ambígua, foram ao longo do tempo associados à figura de Hermafrodito. Entretanto, longe de terem tratamento de deuses, são tratados como pessoas com desordens do desenvolvimento sexual (DSD), como caso de emergência médica a ser solucionado o mais rápido possível para que se adéquem ao padrão dicotômico de sexo feminino/masculino existente.

A despeito de a intersexualidade não ser algo novo, a forma como a questão é tratada no meio médico e até no Judiciário torna o tema atual e merecedor de ser pensado e repensado à luz da bioética e do biodireito, perpassando pelas relações de poder que envolvem a matéria. Questões em torno da cirurgia reparadora dos genitais, qual o momento mais apropriado para levá-la a cabo, quem deve decidir o sexo da pessoa e, ainda, se a intervenção cirúrgica deve ser feita são temas relacionados com a bioética, na medida em que os avanços técnico-científicos na área da genética e da biologia molecular têm sido cada vez mais decisivos na abordagem do tema.

Desde as primeiras intervenções clínico-cirúrgico-psicoterapêuticas aplicadas sobre o corpo intersex até os dias atuais, ocorreram mudanças em diversas esferas, como no que concerne à produção de conhecimento e de ferramentas técnico-científicas no âmbito da saúde em geral e da medicina em particular, às relações sociais, ao domínio político-jurídico, para citar alguns exemplos. Novos embates e questões continuam emergindo, indicando que, quanto ao tema da “correção” da genitália ou de outras intervenções aplicadas

nos corpos intersex, ainda há um grande caminho a ser percorrido. Existem hiatos e tensões importantes a serem considerados, não apenas em relação aos profissionais de saúde envolvidos com as decisões e acompanhamento de crianças/jovens intersex, mas também no que diz respeito ao contexto mais amplo, que inclui, entre outros atores sociais, a família, o movimento ético-político intersex e as próprias pessoas atingidas.

2 Para além do masculino e do feminino: um diálogo com pensamento de Anne Fausto-Sterling

Em março de 1993, Anne Fausto-Sterling, professora de Biologia e Estudos de Gênero do Departamento de Biologia Molecular e Celular da Universidade Brown chocou a academia e seus leitores ao publicar na revista “The sciences” um artigo intitulado “The five sexes: Why Male and Female Are Not Enough¹”, afirmando que o sistema de dois sexos embutido em nossa sociedade não é adequado para abranger todo o espectro da sexualidade humana. Em seu lugar, ela sugeriu um sistema de cinco sexos². Além do masculino e feminino, afirmou existir, pelo menos, outros três sexos: a) “herms” (chamado pelo nome de verdadeiros hermafroditas, pessoas nascidas com um testículo e um ovário); b) “merms” (pseudohermafroditas masculinos, que nascem com testículos e algum aspecto da genitália feminina); e, c) “ferms” (pseudo-hermafroditas fêmeas, que têm os ovários combinados com algum aspecto das genitália masculina).

Como sabemos, o dimorfismo sexual apregoa que os seres humanos são divididos em homens e mulheres. O homem é aquele que tem um cromossomo X e um Y; testículos, um pênis e toda a estrutura interna apropriada para expelir a urina e o sêmen no mundo exterior. A mulher, por outra vertente, é aquela que possui dois cromossomos X, ovários, toda a estrutura interna para transportar a urina e os óvulos para o mundo exterior, um sistema para suportar a gravidez e o desenvolvimento fetal, assim como uma variedade de características sexuais secundárias. Aqueles que nascem fora do molde dimórfico em epígrafe são considerados intersex.

Em pesquisas feitas com um grupo de graduandos da universidade de Brown, Anne Fausto-Sterling provou que os intersex são muito mais comuns do que se imagina, tendo chegado à conclusão de que para cada 1.000 crianças nascidas, dezessete são intersex de alguma forma. Esse número – 1.7 por cento

¹ Os cinco sexos: porque feminino e masculino não é suficiente. Tradução livre.

² FAUSTO-STERLING, Anne. The five sexes: why male and female are not enough. In: *The sciences*, march/april, p. 20-24, 1993. Disponível em: <<http://frank.mtsu.edu/~phollowa/5sexes.html>>.

– não é um contagem precisa, mas uma estimativa aproximada que representa todas as exceções cromossômicas, anatômicas e hormonais do ideal dimórfico. O coeficiente de natalidade dos intersex não é uniforme no mundo inteiro porque algumas populações possuem os genes pertinentes em alta frequência. Ademais, o número de intersex que podem, potencialmente, ser submetidos à cirurgia quando infantes são menores – provavelmente entre um em 1.000 e um em 2.000 nascimentos com vida.

Os médicos só advogam a realização da cirurgia quando a criança nasce com genitália misturada ou com genitais externos que parecem em desacordo com a gônada do bebê.

O fato é que, salvo exceções raras, a criança pode viver o resto de sua vida como intersex ou pelo menos até ter condições psicológicas e experimentais de dizer se quer ser homem ou mulher. Entretanto, nós não estamos preparados para acrescentar a classificação “intersex” na divisão binária do sexo em feminino e masculino. Existe uma ideia hegemônica da inevitabilidade de pensar o sexo como dicotômico e um dogma científico que diz que sem cuidados médicos os hermafroditas estão condenados a uma vida miserável. Esse modo de pensar traz consequências para a forma como os médicos tratam os infantes que nascem como genitália ambígua.

Aceitar que um recém-nascido seja intersex não é uma prática comum. Os pais foram preparados pela nossa cultura para receber um menino ou uma menina e não um intersex. Ao se depararem com esta notícia, procuram de logo resolver a questão. Os médicos, em regra, procuram eliminar a aflição psicológica dos pais e tratam a questão como se os intersex fossem caso de emergência médica. Fazem a atribuição cirúrgica sem ouvir o paciente. Sem tempo para estudá-lo.

Em novo texto publicado em 2001, intitulado “The five sexes, revisited³”, Anne Fausto-Sterling pugna pelo tratamento mais centrado no paciente; posiciona-se contra a intervenção cirúrgica e diz que ela deve ser feita como exceção e não como regra⁴. Chama a atenção, ainda, para a necessidade de uma mudança médica de paradigma no tratamento de bebês intersexuais, devendo os médicos deixar de recorrer aos princípios de gerenciamento de casos desenvolvidos nos anos 50 por John Money.

John Money foi psicólogo e sexólogo conhecido por sua investigação sobre a identidade sexual e biologia do gênero que morreu aos 84 anos, em

³*Os cinco sexos revisitados*. Tradução livre.

⁴FAUSTO-STERLING, Anne. The five sexes, revisited. In: *The sciences*, July/August, p. 19-23, 2000. Disponível em: <<http://www.neiu.edu/~lsfuller/5sexesrevisited.htm>>.

2006. Ele defendia: a) a intervenção cirúrgica como regra no tratamento de bebês com genitália ambígua; b) que a decisão sobre o sexo atribuído ao bebê basear-se-ia apenas no que fizesse melhor sentido cirúrgico, devendo os médicos incentivar os pais a criarem a criança de acordo com o gênero cirúrgico atribuído; c) a preocupação com a aflição psicológica dos pais acima do tratamento centrado na criança; e, d) a não participação dos pais no processo de tratamento e decisão sobre o sexo da criança.

Para sustentar a tese de que os médicos devem ter cautela ao seguir os ensinamentos de Jonh Money, Fausto-Sterling suscita o caso dos gêmeos, que Money usava para provar o sucesso da teoria usada no tratamento de intersex com genitália ambígua. Nesse caso, um dos meninos gêmeos perdeu seu pênis em consequência de um acidente da circuncisão, tendo Money recomendado que “John” (o menino que perdeu o pênis) fosse transformado cirurgicamente em “Joan” e criado como uma menina. A despeito de Joan ter chegado a amar vestidos e se portar como mulher, o fracasso da atribuição de gênero foi denunciado por John Colapinto, em seu livro “Como a Natureza o fez”, uma vez que Joan – agora um adulto masculino chamado David Reimer – acabou por rejeitar a sua atribuição feminina. Mesmo sem um pênis e testículos funcionais (que tinham sido removidos como parte da atribuição) John/Joan procurou medicação masculinizante e casou com uma mulher com filhos (os quais ele adotou).

Desde que a conclusão completa da história de John/Joan veio à tona, outros indivíduos, que foram atribuídos como machos ou fêmeas logo após o nascimento, mas que mais tarde rejeitaram suas atribuições, se apresentaram. Embora também haja casos em que a atribuição tem funcionado, há que se ressaltar que as consequências da cirurgia podem ser problemáticas. A cirurgia genital frequentemente deixa cicatrizes que reduzem a sensibilidade sexual.

Por tudo isso, Fausto-Sterling, ao revisitar o texto de 1993, acosta-se a Laurence B. McCullough – médico eticista do Centro para Ética Médica e Política de Saúde na faculdade de medicina de Baylor em Houston, Texas – para sustentar que: a) as várias formas de intersexualidade devem ser definidas como normal, já que a intersexualidade não é uma doença, ainda que em alguns casos seja necessária a intervenção cirúrgica; b) que não são casos de emergência médica e como tal não deve ser tratado; c) no processo de atribuir o gênero, os médicos devem evitar ações irreversíveis, ou seja, de retirada das gônadas ou das genitálias que o paciente pode um dia querer ter revertido; d) da prioridade a terapia e não a cirurgia; e) de tudo manter os pais informados.

Com base nesses ensinamentos, a autora diz que acredita na mudança de paradigma no tratamento de crianças intersexuais pelos médicos.

3 Relações de poder que envolvem a definição do sexo

Essa necessidade de os médicos adequarem o indivíduo ao dimorfismo binário de masculino e feminino demonstra um exemplo do que Foucault chamou de biopoder. A crença de que um indivíduo só será feliz se se encaixar no sexo masculino ou feminino, não pode ser lida como um progresso, mas como um modo de disciplina. Os hermafroditas têm o corpo disciplinado. Eles não estão naturalmente inseridos em uma classificação binária, eles foram colocados lá por definição médica, para adequação a um padrão previamente estipulado pela sociedade. Existe uma necessidade de manter uma clara distinção entre os sexos.

Joan Scott corrobora esse pensamento ao afirmar que as diferenças entre homens e mulheres são construídas pela cultura e não apenas dadas pela biologia e que as relações de gênero são, necessariamente, relações de poder⁵.

Como bem assinala Foucault, os hermafroditas eram considerados os “monstros” por excelência da Idade Clássica, pensados ora como “imperfeições da natureza”, ora como possíveis “desviantes morais”. O pensamento de Foucault chama a atenção para o fato de que as diferentes sociedades criam formas para lidar com o que definem como “perigoso”.

Os médicos consideram, em regra, o intersex como uma variação distorcida de formas puras e essenciais⁶.

A vontade da família de ter um filho menina ou menino e a decisão médica de reconstituir os caracteres sexuais masculinos ou femininos de uma criança que consideram ter genitália ambígua são igualmente perpassadas por isso. É preciso que existam limites para que essas relações de poder não cheguem a violar os Direitos Humanos dos indivíduos envolvidos. O que se concretizaria com os resultados pouco satisfatórios das intervenções e o desrespeito à autonomia do paciente quando este não fornece um consentimento informado sobre o que será feito em seu corpo⁷.

4 O tratamento da questão pelo Biodireito no Brasil

No que tange ao campo jurídico a nível mundial, a Carta Internacional dos Direitos dos Gêneros, adotada em 1995, na Quarta Conferência Internacional, enumera dez “direitos do gênero”, entre eles, o artigo primeiro que dispõe:

⁵SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e realidade*. Porto Alegre, v.20, n. 2, p. 5-22, 1990.

⁶FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Albuquerque. 12 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

⁷MACHADO, Paula Sandrine. “Quimeras” da Ciência: a perspectiva de profissionais da saúde em casos de intersexo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, p. 67-80, 2005.

O Direito de Definir a Própria Identidade de Gênero Todos os seres humanos trazem dentro de si uma idéia permanentemente em construção de quem eles são e o que eles são capazes de fazer. A percepção individual de “si mesmo” não é determinada pelo sexo cromossômico, órgãos genitais, gênero consignado ao nascer ou papel de gênero em que a pessoa foi iniciada, mas suas primeiras fases de vida. Assim, a identidade de uma pessoa e as suas capacidades não podem ficar circunscritas àquilo que a sociedade considera como comportamento masculino ou feminino. É fundamental que os indivíduos tenham o direito de definir e redefinir, ao longo de suas vidas, a sua própria identidade de gênero, sem ter que considerar estritamente o seu sexo cromossômico, órgãos genitais, gênero atribuído ao nascer ou o papel de gênero inicialmente vivido⁸.

A análise do dispositivo em epígrafe revela que já existe uma preocupação a não limitar a liberdade dos intersex em nome de relações de poder que determinaram que os seres humanos devam se adequar ao ideal dimórfico existente. O diploma em comento não tem força vinculativa, mas é um norte a ser seguido pelos povos no tratamento das questões postas.

Segundo Anne Fausto-Sterling, faz-se mister a proteção legal para as pessoas cujos órgãos genitais culturais e físicos não são iguais. Um simples passo seria eliminar a categoria de “gênero” de documentos oficiais, como carteiras de motorista e passaportes. Certamente os atributos mais visíveis (tais como altura e cor dos olhos) e menos visíveis (impressões digitais e perfis genéticos) poderiam ser mais oportunos.

Ressalte-se que, em 2007, foram ainda publicados os “Princípios de Yogyakarta”, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Nesse documento, elaborado por um grupo de especialistas em direitos humanos de 25 países, há um artigo que pode ser aplicado às cirurgias precoces voltadas às crianças intersex. O item b, do princípio 18, “Proteção contra abusos médicos”, estabelece que os Estados deverão:

Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que nenhuma criança tenha seu corpo alterado de forma irreversível por procedimentos médicos, numa tentativa de impor uma identidade de gênero, sem o pleno e livre consentimento da criança que esteja baseado em informações confiáveis, de acordo com a idade e maturidade da criança e guiado pelo princípio de que em todas as ações relacionadas a crianças, tem primazia o melhor interesse da criança Princípios de Yogyakarta⁹.

⁸ Carta Internacional dos Direitos dos Gêneros, 1995, 4ª Conferência Internacional.

⁹ Princípios de Yogyakarta, 1997. Legislação Internacional dos Direitos Humanos.

No Brasil, a Resolução nº 1.664/2003, do Conselho Federal de Medicina, dispõe sobre normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalia de diferenciação sexual.

A análise dos artigos abaixo transcritos faz-nos chegar à ilação de que a normatividade jurídica precisa evoluir no sentido da proteção dos intersex. A legislação é tímida no trato da questão.

Art. 2º - Pacientes com anomalia de diferenciação sexual devem ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil;

Art. 3º - A investigação nas situações acima citadas exige uma estrutura mínima que contemple a realização de exames complementares como dosagens hormonais, citogenéticos, imagem e anatomopatológicos.

Art. 4º - Para a definição final e adoção do sexo dos pacientes com anomalias de diferenciação faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar que assegure conhecimentos nas seguintes áreas: clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria, psiquiatria infantil;

Parágrafo 1º - Durante toda a fase de investigação o paciente e seus familiares ou responsáveis legais devem receber apoio e informações sobre o problema e suas implicações.

A exposição de motivos desse diploma legal enfatiza toda a problemática dos intersex. Alguns trechos merecem ser citados.

Um dos problemas mais controversos pertinentes às intervenções na criança é a conduta diante dos recém-nascidos com genitais ambíguos. Ninguém pode garantir que, apesar dos mais criteriosos conceitos, a definição sexual tardia dessa pessoa acompanhará o que foi determinado no início de sua vida. Também não se pode generalizar, por situações isoladas, que a definição sexual só possa ser feita em idades mais tardias. Sempre restará a possibilidade de um indivíduo não acompanhar o sexo que lhe foi definido, por mais rigor que haja nos critérios. Por outro lado, uma definição precoce, mas inadequada, também pode ser desastrosa.

Há quem advogue a causa de não-intervenção até que a pessoa possa autodefinir-se sexualmente. Entretanto, não existem a longo prazo, estudos sobre as repercussões individuais, sociais, legais, afetivas e até mesmo sexuais de uma pessoa que enquanto não se definiu sexualmente viveu anos sem um sexo estabelecido.

Diante desses dois extremos, há necessidade de uma avaliação multidisciplinar onde todos os aspectos sejam discutidos e analisados, para que a possibilidade de insatisfação seja mínima. A investigação, nessas situações, deve ser realizada por uma equipe multiprofissional, englobando várias especialidades: cirurgia, endocrinologia, radiologia, psiquiatria infantil, pediatria, clínica, genética e outras, na

dependência da necessidade do paciente. O maior objetivo dessa equipe não será apenas descobrir qual é a etiologia da anomalia da diferenciação sexual, mas sim obter uma definição racional sobre o sexo de criação mais recomendável.

5 À guisa de conclusão

O filme “XXY” retrata o tema tratado no presente estudo. Na película argentina, Alex nasceu com as características sexuais de ambos os sexos e para fugir dos médicos que insistiam em corrigir a ambiguidade genital da garota, a família a levou para um vilarejo no Uruguai. Convencidos de que uma cirurgia seria uma violência contra seu corpo, eles viveram isolados numa casa nas dunas até que a criança crescesse e decidisse o que fazer sobre seu sexo. O filme nos suscita algumas dúvidas. Por que o intersex é obrigado a se adequar ao padrão binário de sexo (masculino/ feminino)? Por que eles não podem permanecer com a genitália ambígua se quiserem?

Claro que há que se levar em consideração que o Direito precisa evoluir para abarcar situações de intersexualidade no Brasil. Mas, a dignidade dessas pessoas não pode ser sacrificada em nome da omissão do Estado em reconhecer um fato real e comum em nosso meio.

A bioética e o biodireito, frise-se, desempenham função importante na regulação das questões que envolvem intersexuais, mormente para preservar a dignidade da vida dessas pessoas, diante da necessidade que a nossa cultura tem de enquadrar os indivíduos nascidos em um ou outro sexo, num padrão binário pré-estabelecido. É necessário observar que o importante não é estar enquadrado de plano na divisão binária de sexo, mas, saber com cautela com qual sexo a pessoa lidará melhor. Isso só será possível com um tratamento centrado no paciente.

A intervenção cirúrgica deve ser feita apenas quando comprovado o benefício total do paciente. O que se deve evitar é o uso da cirurgia imediata como parâmetro para corrigir rapidamente a ambiguidade genital, apenas para ajudar os pais da criança psicologicamente, como uma solução rápida para consertar a criança que tem uma aparência diferente, para fazê-la ficar igual às outras. A aflição psicológica dos pais deve ser tratada por um psicólogo ou psiquiatra, e não pela intervenção cirúrgica da criança.

Referências

FAUSTO-STERLING, Anne. The fives sexes: why male and female are not enough. In: *The Sciences*, march/april, p. 20-24, 1993. Disponível em: <<http://frank.mtsu.edu/~phollowa/5sexes.html>>.

FAUSTO-STERLING, Anne. The fi ve sexes, revisited. In: *The Sciences*, july/august, p. 19-23, 2000 . Disponível em:< <http://www.neiu.edu/~lsfuller/5sexesrevisited.htm>. >.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Albuquerque. 12 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

MACHADO, Paula Sandrine. “Quimeras” da Ciência: a perspectiva de profi ssionais da saúde em casos de intersexo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, p. 67-80, 2005.

SCOTT, Joan.”Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 5-22, jul./dez. 1990.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS: UMA NOVA VISÃO AXIOLÓGICA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Maria Cristina Furtado de Almeida
Advogada

A verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que fornecer material genético”.
(Silvana Maria Carbonera)

1 Introdução

Desde os primórdios da civilização, os homens se reuniram em torno de algo ou de alguém constituindo uma família. Como agrupamento cultural, a família preexiste ao Estado e, até mesmo, ao próprio Direito, e, justamente por isso, merece especial atenção deste, no sentido de tutelar as relações familiares, de acordo com cada momento histórico.

As relações sociais são marcadas pela evolução e mudanças de valores, que variam conforme parâmetros de tempo e de espaço, fazendo com que o ordenamento jurídico sofra constantes transformações para se adaptar à realidade social.

Assim, o Direito de Família, ao longo dos tempos, ultrapassou inúmeros paradigmas, renovando-se constantemente na tentativa de se alinhar à realidade social.

Amplamente influenciado pelo Direito Canônico, o Direito de Família sempre relacionou a entidade familiar ao casamento, considerando ilegítima qualquer pretensão à família se não originária do matrimônio, portanto, o primeiro obstáculo superado foi a família codificada, que tinha como único meio de legitimação dos filhos, o matrimônio.

A Constituição estendeu o alcance do conceito de família, passando a abranger novos personagens, até então desamparados perante o ordenamento jurídico. A partir daí, com bases nos parâmetros insculpidos no texto constitucional, vê-se reconhecido a existência das famílias monoparentais, que passaram a ser protegidas pelo Estado.

O Direito de Família evoluiu de forma que a paternidade legítima estabelecida no Código Civil de 1916, por meio do matrimônio, e presumida através da presunção *pater is est*, perdeu o sentido de ser, na medida em que a Constituição Federal estabeleceu a igualdade de direitos entre os filhos, independente de sua origem.

Desse modo, a família patriarcal, hierarquizada e centrada no matrimônio, cedeu espaço a uma comunidade fundada no afeto, passando a conviver com outros núcleos familiares informais, despidos das formalidades do casamento, mas compromissados com a comunhão de vida, assistência mútua e afetividade, elementos que são fontes de efeitos jurídicos,

principalmente no que se refere aos cuidados parentais, direcionado à criança e ao adolescente.

Aos poucos, outros traços arraigados em nossa cultura se viram rotos pela ação do tempo, a exemplo do patriarcalismo. E a partir daí, frente à realidade social, adota-se uma nova postura, pondo-se fim à rigidez e indissolubilidade do vínculo conjugal.

Com o advento da Carta Magna, a noção de família é redefinida com base em valores que consagram a paternidade socioafetiva – o afeto. Por consequência, se faz necessária a substituição dos fundamentos axiológicos rigidamente normatizados, no Direito de Família pré-codificado, por critérios interpretativos humanizados.

A nova ordem constitucional elevou valores, como o afeto e a solidariedade, ao ápice do ordenamento jurídico. Estes vieram a determinar as premissas que caracterizam a família, ou seja: funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros; despatrimonialização das relações paterno-filiais, mormente subordinadas ao fundamento da dignidade da pessoa humana, e a desvinculação entre o casamento e a legitimidade dos filhos. Tais fatores implicaram no fenômeno da “repersonalização das relações familiares”, voltada à dignidade humana de seus membros, no ambiente de convivência, e realização pessoal da afetividade e solidariedade como função básica da família contemporânea.

Nesse contexto, destaca-se a família nuclear, que se distingue das demais pelo seu peculiar sentido de solidariedade que une os seus integrantes. A família deixa de ser um instituto formal e absolutizado para se transmutar em um núcleo social funcionalizado ao desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus membros.

No Estado Democrático de Direito, pós-positivista, diante das extremas mutabilidades das relações familiares, as instituições sociais precisam estar submetidas a um processo de constante reflexão e dinamismo.

Nesse viés, em conformidade com a moderna concepção de família, entende-se que a mesma não pode se enquadrar numa moldura rígida, pois, sendo a liberdade de constituição familiar um direito fundamental, não pode o Estado limitar suas formas de constituição.

Faz-se mister o redimensionamento de determinados parâmetros valorativos em função da nova realidade familiar, bem como a aplicabilidade de princípios constitucionais, em questão, os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, que supriram eventuais lacunas legais ou omissões legislativas, em busca de decisões mais justas e coerentes com a realidade social.

Diante desse novo paradigma e da inegável importância social do tema, a paternidade socioafetiva visa demonstrar a verdade socioafetiva, constatando

do que o estado de filiação não se confunde com a origem biológica, porque filiação não é determinismo biológico, mas fruto de uma convivência diária, do afeto e cuidados dispensados pelo pai ao filho.

Logo, é essencial considerar a questão afetiva, como fator determinante da filiação para uma visão mais completa da nova composição do grupo familiar.

2 Evolução legislativa do Direito de Família

O Direito Canônico preconizava que a família era uma instituição matrimonializada, gerando união indissolúvel, cuja finalidade, além de deveres matrimoniais, envolvia a procriação. Desse modo, sob a influência canônica, o Direito de Família condicionou a entidade familiar ao casamento, tornando-o um ato sagrado, considerando ilegítima qualquer pretensão à família se não originária da relação matrimonial.

Todavia, a partir do Decreto nº 1.144/1861, teve início o processo da laicização. A partir daí, o Estado passou a admitir casamentos de pessoas de fé diferente da religião católica, fenômeno que culminou com a diminuição do poder canônico perante a instituição familiar.

O Código Civil de 1916 regulou a família constituída unicamente pelo matrimônio, sendo discriminatório com relação a outros meios de formação, não permitindo a dissolução do casamento.

Nesse período, por ser constituída de uma sociedade basicamente rural, a família funcionava como unidade de produção e seguia os moldes patriarcais – era hierarquizada e patrimonializada. O homem, além de detentor de poderes sobre a mulher e os filhos, era o provedor e gerenciava a unidade de produção, visando sempre o progresso da entidade familiar.

Por sua vez, a situação de legitimação dos filhos, dentro desse sistema jurídico, ficava condicionada ao estado civil dos pais, sendo a filiação manifestada através da presunção *pater is est*, ou seja, por conta do casamento dos genitores, a prole era considerada legítima e digna de proteção, negando-se aos demais, naturais e espúrios, os direitos advindos com a filiação.

A evolução pela qual passou a sociedade e a família impulsionou sucessivas transformações legislativas como meio de adequação dos regramentos legais aos acontecimentos histórico-sociais. Nesse contexto, de forma bastante expressiva, surgiu o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), contrapondo-se ao Código Civil de 1916, uma vez que equiparou os direitos dos cônjuges.

Embora polêmicos os entendimentos judiciais, doutrina e jurisprudência entendem que novas formas de famílias merecem a proteção do Estado. E, a partir da Constituição de 1988, a legislação não protege apenas a família

“tradicional”, mas também resguarda as novas estruturas familiares, sendo reconhecidas pelo elo de afetividade que as cercam.

Nessa perspectiva, a família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional, pois família não se funda exclusivamente no casamento, mas também no seu aspecto social – *a família sociológica*.

A Carta Magna renovou o significado da família segundo sua organização, passando a disciplinar de forma igualitária todos os membros, bem como suas respectivas funções, tendo como objeto da proteção estatal a pessoa humana e o desenvolvimento de sua personalidade dentro do grupo familiar. Desse modo, a isonomia familiar, preconizada pela CF/88, foi considerada uma das maiores conquistas sociais do Direito de Família brasileiro.

Nessa visão igualitária, concedeu proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável entre homem e mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que passou a ser chamada família monoparental.

A Constituição Federal/88¹, assim dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado

[...]

§ 3º. Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A partir desse dispositivo constitucional, fica notório que não mais se admite discriminação da família, apenas, por não haver o casamento como fonte de sua formação e aos filhos advindos desta relação cabe a tutela jurisdicional do Estado.

Portanto, a Constituição veio institucionalizar um regime político democrático, introduzindo avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção da família, priorizando o princípio da dignidade da pessoa humana como seu norteador, destacando-o como princípio fundamental estabelecido pela ordem jurídica brasileira, sendo oponível não só ao Estado e à sociedade, mas também a cada membro familiar.

Constata-se que, ao lado de todas essas mudanças, ocorreu uma alteração substancial na natureza jurídica da família e em sua função. A família deixou de ser um instituto formal e absoluto, que atraía tutela jurídica de *per si*, para se transformar em um núcleo social voltado para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana de seus membros.

¹BRASIL. Constituição(1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

Diante desse novo paradigma, uma nova espécie de entidade familiar desaponta como fenômeno resultante dessa metamorfose social, a família eudemonista, centrada nas relações de sentimento entre seus membros e baseada em uma comunhão de afeto recíproco.

Tal realidade impôs o fim da rigidez na constituição familiar e na indissolubilidade do vínculo conjugal, assegurando aos indivíduos a liberdade de constituição familiar.

A presunção da paternidade, antes atrelada à defesa da família oriunda do casamento, a proteção da legitimidade da filiação e a intenção de manter a autoridade do marido dão lugar a novas alterações axiológicas em busca do verdadeiro sentido da filiação.

Verifica-se uma tendência de ampliar o conceito de família para outras situações não tratadas especificamente pelo texto constitucional.

Nesse sentido, para demonstrar os novos modelos de família, a ilustre Desembargadora do TJRS, Maria Berenice Dias, retrata:

O novo modelo de família funda-se sob pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família [...]. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado².

A concepção patrimonialista das relações civis tradicional diverge com os valores preceituados no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, uma vez que esses valores fundam-se na centralidade da dignidade da pessoa humana, numa tendência de repor a pessoa humana como centro do Direito Civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante.

O Direito Civil contemporâneo tem abandonado a tradição patrimonialista e cultuado as tendências da repersonalização das relações familiares, fenômeno contemplado pelo Código Civil de 2002.

Hodiernamente, no Direito de Família contemporâneo, a preocupação com o bem-estar dos filhos substitui a preocupação com a transmissão de riquezas, e concepção do sentimento de família se dissemina.

3 Paternidade socioafetiva

Conforme preceitua o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e

²DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.41.

direitos, sendo dotados de razão e consciência, devendo agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A dignidade da pessoa humana nasce com a pessoa e é patrimônio indisponível, inviolável e intangível. É valor que norteia as regras e princípios adotados pelo ordenamento jurídico; de tal forma, é dever do Estado tutelar sua garantia. Esse direito foi garantido através da Constituição Federal de 1988, ao romper com todas as concepções discriminatórias e estabelecer a igualdade entre os filhos, independente de suas origens.

Diante desse novo contexto, é essencial dar valor ao sentimento, a afeição, ao amor da verdadeira paternidade, todavia, sem sobrepujar a origem biológica do filho, e desmitificar a supremacia da consanguinidade, visto que a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida.

As famílias mudaram sua estrutura e composição, assim como os núcleos familiares também sofreram alterações e passaram a valorizar um fator imprescindível para sua formação, a afetividade, traduzida no amor e respeito mútuo, a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade.

A alteração da percepção jurídica de família trazida pela Constituição Federal de 1988 e acompanhada pelos diplomas que se seguiram, impôs a construção de um novo sistema de filiação: A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.

Esse tipo de filiação encontra respaldo jurídico nas normas constitucionais sobre Direito de Família e passa a ter assento infraconstitucional no art. 1.593 do Código Civil de 2002, que menciona a possibilidade de embasar o parentesco na consanguinidade ou em “outra forma”, incluindo-se, aqui, a origem afetiva.

Conforme os ensinamentos de José Bernardo Ramos Boeira, temos:

A verdadeira paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas, sobretudo, afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial, que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade³.

Atualmente, a defesa de aplicação da paternidade socioafetiva é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família.

Com o princípio da dignidade da pessoa humana, o conceito de filiação e o seu tratamento ganham novo eixo. Nesse contexto, os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à

³BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

filiação. Assim, não há mais espaço para a dicotomia entre filhos legítimos e ilegítimos.

A relação de filiação não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

A imposição de uma paternidade considerando apenas o vínculo biológico pode criar obrigações de ordem pessoal, como dar o nome, ou de ordem material, como pagar alimentos, mas não cria o fundamental, o vínculo afetivo. Cria apenas obrigações decorrentes da responsabilidade pela procriação, ao passo que a paternidade baseada no afeto, que é seu verdadeiro sentido, é um ato de opção que se perfaz com a prática de atos de amor e cuidado de pai para com o filho.

Logo, diante da imposição legal de reconhecimento de uma paternidade, pode-se impor ao pai biológico à obrigação ou dever de assistir materialmente o seu filho, mas é impossível exigir que tenha carinho, respeito e amor por ele.

Assim, no atual contexto brasileiro, o afeto exerce um papel muito importante, delineando as relações familiares e os novos paradigmas da filiação. Desta feita, a posse de estado de filho é um requisito essencial à caracterização da paternidade/filiação socioafetiva, traduzida na aparência e demonstração de um estado de filho, chamada de estado de filho de afeto.

Com base neste raciocínio, o que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se da prática de condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos.

Tal exercício da autoridade parental acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.

Embora a posse de estado de filho não tenha sido contemplada pela legislação brasileira como elemento de constituição da filiação, é um instrumento que facilita a declaração da paternidade, podendo ser analisada como condição da existência do vínculo de filiação ou como meio de prova da existência desse vínculo.

A posse de estado de filho apresenta-se como instrumento hábil para indicar a filiação socioafetiva e os efeitos jurídicos decorrentes de sua aplicação. Apesar de não estar expressamente previsto na legislação brasileira, mas fazer parte do contexto das demandas judiciais apreciadas pelos Tribunais, a doutrina e jurisprudência tentam inseri-la no nosso ordenamento jurídico, de modo a facilitar e unificar as decisões judiciais.

A ideia de posse de estado de filho vem crescendo muito na ordem doutrinária e junto aos Tribunais, revelando que a paternidade/filiação não se restringe ao fator biológico ou à presunção legal, mas os extrapolam, abrangendo a convivência diária das relações entre pais e filho e os elementos que surgem dessa relação paterno-filial.

A jurisprudência, cada vez mais, contrapõe-se ao sistema codificado, extravasando sua preocupação com a verdade sociológica da filiação por meio de novos elementos, que não estavam previstos no nosso ordenamento.

Portanto, mesmo não constando a expressão *afeto* no Texto Maior como sendo um direito fundamental, podemos afirmar que o mesmo decorre da valorização da dignidade humana, sendo, atualmente, apontado como o principal regramento do Direito de Família contemporâneo.

Temos notadamente diversas formas de se constituir uma relação de filiação socioafetiva, independente de consanguinidade, ou seja, por meio de adoção judicial, posse de estado de filho (filho de criação e adoção à brasileira) e filiação resultante de inseminação artificial heteróloga.

Algumas destas são atuantes *ope legis*, como ocorre com a adoção e a inseminação artificial, e, por isso, gozam de uma presunção legal de existência de convivência e afetividade. Outras se constroem sem atender a específicas formalidades legais, e por isso, dependem da prova da relação socioafetiva, plasmada no serviço e no afeto, como a posse de estado e a adoção à brasileira.

4 Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo

O parentesco socioafetivo, em regra, decorre do reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva, gerando todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são pertinentes. Assim, tão importante quanto às prescrições legais são os vínculos afetivos e os papéis sociais gerados pelo parentesco socioafetivo, que passam a ser reconhecidos pelo Direito de Família.

No entanto, para identificar os efeitos jurídicos da socioafetividade, se faz necessário determinar sua natureza jurídica e estabelecer o seu conceito.

A socioafetividade é uma relação de fato fundada no afeto, vínculo que surge da convivência entre pessoas que se portam como se fossem pais e filho, apta a ser juridicamente reconhecida. O vínculo se externa na vida social, mediante os requisitos, *reputation* (fama), *nominatio* (nome) e *tractatus* (tratamento). Presentes tais requisitos, a socioafetividade passa a configurar-se como um dos critérios para o reconhecimento do vínculo de parentesco de “outra origem”, a que se refere o art. 1.593, do Código Civil de 2002.

A posse de estado de filho, interpretada de acordo com as diretrizes constitucionais e segundo o critério da socioafetividade, é prova eficaz para a

declaração da filiação socioafetiva, gerando o parentesco de “outra origem” mencionado no supracitado texto legal.

É de consenso que, uma vez configurado o estado de filho afetivo, a paternidade socioafetiva não pode ser impugnada, como também não mais será possível promover investigação da paternidade biológica em todos seus efeitos jurídicos, salvo para determinar a origem biológica, investigar a existência de doença genética que possa prejudicar os descendentes do investigante e preservar os impedimentos matrimoniais.

A indissolubilidade da paternidade socioafetiva, já consolidada, encontra-se devidamente reconhecida pelos Tribunais, como demonstrado abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO DE ALIMENTOS. O ato jurídico de reconhecimento da paternidade apenas poderá ser anulado se comprovado ser resultado de vício como coação, erro, dolo, simulação ou fraude. Vínculo biológico e vínculo socioafetivo. O primeiro não se sobrepõe ao segundo, se comprovada sua existência. Paternidade socioafetiva. Indissolubilidade. A consolidação livre e espontânea de uma relação de pai e filha não fica à disposição de interesses outros que possam destituir a criança da condição de filha do pai que a escolheu e assumiu⁴.

O reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva se legitima no interesse do filho e gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se menor, fundamenta-se no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, para que produza efeitos jurídicos, a socioafetividade deve ser reconhecida por sentença, após a prova do afeto e dos efeitos sociais dele decorrentes. A comprovação dos efeitos sociais autoriza a declaração do vínculo de parentesco, e a partir daí, mesmo que cesse o afeto, suas repercussões sociais se mantêm, podendo sua eventual reversão causar danos morais, se não patrimoniais, aos envolvidos.

Desse modo, uma vez reconhecido por sentença, o parentesco socioafetivo e seus efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais permanecem indefinidamente.

Ressaltamos que, o parentesco socioafetivo produz todos e os mesmos efeitos do parentesco natural. Como feitos pessoais temos a criação do vínculo de

⁴RECURSO PROVIDO. TJRS. Sétima Câmara Cível. *Apelação Cível nº 70.018.070.102*. Rel. Ricardo Raupp; Julg. 23/05/2007.

parentesco na linha reta e na colateral até o 4º grau, permitindo a adoção do nome da família e gerando impedimentos matrimoniais na órbita civil, e na órbita pública, os impedimentos para assunção de determinados cargos públicos.

Sob o aspecto patrimonial são gerados direitos/deveres a alimentos e direitos sucessórios. Todavia, se o filho afetivo necessitar de alimentos, deve voltar-se contra seus parentes afetivos (pais sociais), descendentes, ascendentes, colaterais (irmãos), e não contra seus parentes biológicos.

Impõe-se ressaltar que, uma vez criado o vínculo de filiação, igualmente instauradas estarão todas as linhas e graus de parentesco, passando a produzir todos os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais pertinentes. Em consequência, o eventual reconhecimento judicial de determinada relação de parentesco, implicará, necessariamente na vinculação de outras pessoas que fazem parte da cadeia familiar, visto que há de se remontar ao ancestral ou tronco comum.

Assim, o reconhecimento do parentesco com base na socioafetividade deve ser criterioso, pois envolve terceiros, não necessariamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que serão alcançados pelo dever de solidariedade inerente às relações de parentesco.

A jurisprudência, como atualmente tem se posicionado, reconhece a relação de paternidade através da posse de estado de filho, e uma das consequências dessa paternidade/maternidade socioafetiva é o direito à prestação de alimentos.

Tal entendimento já se encontra presente em algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como abaixo observamos:

EMENTA: ALIMENTOS DEVIDOS A FILHO MAIOR. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE QUE, ASSIM, DEVE SER COMPROVADA, JUNTAMENTE COM A POSSIBILIDADE DOS PAIS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE AO FILHO, MESMO MAIOR E CAPAZ, BUSCAR PENSIONAMENTO ALIMENTAR DE SEUS PAIS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.695 DO CÓDIGO CIVIL, 229 E 1º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CARACTERIZAR OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. O INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO CARACTERIZA VEDAÇÃO DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO O QUE NÃO É ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético, e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo atual⁵.

⁵TJRJ. AC 2006.001.51839. Décima Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Conv. Mauro Nicolau Junior; Julg. 30/01/2007.

Assim, reconhecida a paternidade derivada da posse de estado, é estabelecido o estado de filho afetivo, que atribuirá direitos que provocam efeitos, sobretudo morais (estado de filiação, direito ao nome, relação de parentesco) e patrimoniais (direito à prestação alimentar, direito à sucessão) ao filho afetivo.

Como base nesse contexto, não há como ignorar os atuais valores da sociedade e a realidade das novas famílias. Portanto, uma vez consagrada a família eudemonista e recepcionada a filiação socioafetiva, caberá ao ordenamento jurídico brasileiro a aceitação e disposição legal do estado de filho afetivo, com todos os direitos/deveres morais e patrimoniais advindos dessa relação, para ambas as partes, como forma de garantir a dignidade humana.

Nesse viés, a jurisprudência, aos poucos, foi inserindo em seu contexto o fenômeno da posse de estado de filho. Inicialmente, o utilizava como prova subsidiária para o estabelecimento da filiação, em seguida, introduziu-o no mundo jurídico como prova autônoma e determinante dos vínculos familiares e, hodiernamente, a expressão estado de filiação é totalmente respaldada pelos julgadores pátrios, sendo utilizada, principalmente, nos casos em que a determinação das relações paternofiliais se mostrarem obscuras.

Dúvidas não pairam sobre o estado de filiação, que é inerente ao ser humano e de cunho afetivo, nascendo no seio da família, ainda que seja pelo laço de sangue. Entretanto, a filiação biológica não exerce mais uma prevalência sobre a filiação afetiva, também configurada pela adoção, inseminação artificial e, claro, a posse de estado de filho.

Essa situação já é uma realidade para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como depreendemos de recente julgado:

EMENTA: FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE. No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessária que esteja efetivamente consolidada. A posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não da posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. A apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de “filho de criação” não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato⁶.

5 Considerações finais

A concepção contemporânea de família partiu de um aspecto desigual, patrimonial e formal, para o aspecto social e igualitário. Como consequência,

⁶APELO DESPROVIDO. TJRS. AC 70007016710. Bagé; Oitava Câmara Cível. Rel. Dês. Rui Portanova; Julg. 13/11/2003.

provocou a valorização de elementos anteriormente secundários, como a solidariedade, o afeto, o respeito mútuo, afastando de vez os valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individuais que nortearam a família patrimonial.

A presunção de paternidade, antes atrelada à defesa da família constituída exclusivamente pelo casamento, abriu as portas para alterações axiológicas do meio, no intuito de se buscar o verdadeiro sentido da filiação.

A ideia da família legítima, patrimonial e hierárquica estabelecida no Código Civil de 1916, cedeu lugar à família eudemonista constituída pelos laços do afeto que objetiva o desenvolvimento pessoal e bem-estar dos seus integrantes.

A ordem constitucional determinou a paridade entre os filhos – quer biológicos, havidos do casamento ou não, ou os não-biológicos, que integram a categoria dos adotivos –, proibindo qualquer forma de distinção discriminatória entre eles. Este preceito alterou a percepção jurídica da família, repersonalizando as relações familiares rumo à valorização do indivíduo, no propósito de aniquilar as discriminações.

Nessa esteira, vislumbra-se a justiça na elaboração e aplicação das leis protetivas da família, em respeito ao objetivo da Lei Maior, que é a tutela do indivíduo enquanto ser.

É indubitável que a afetividade afirma-se hoje como o paradigma que orienta todas as questões do Direito de Família.

Diante desse contexto, é preciso repensar a biologização da paternidade, pois ser pai não significa apenas repassar a carga genética a alguém, ao contrário, a paternidade é uma função na qual está inserida a construção de uma relação paterno-filial calcada no amor, pois mais importante que esclarecer a verdade biológica da paternidade é manter a legitimidade da pessoa que exerce a função social de pai.

Entendemos que a verdade socioafetiva não é menos importante do que a verdade biológica ou jurídica. A filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas, também, na realidade de afeto que une pais e filhos e se manifesta em sua subjetividade, perante o grupo social e à família.

A paternidade socioafetiva é exercício fático da autoridade parental com o escopo de edificar a personalidade de um filho, independente de vínculos consanguíneos.

Nesse contexto, a afetividade, elemento indispensável para o desenvolvimento saudável do ser humano e adaptação ao meio social, funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do Direito de Família.

Dessa feita, embora o sistema jurídico brasileiro não contemple a

posse de estado de filho como suporte fático para constituir a filiação, inexistindo título para comprová-la, caberá ao aplicador do direito acolher essa realidade, para, com base na jurisprudência, construir o meio que levará a normatização e integração desse instituto, uma vez que a posse do estado de filho serve como critério indicador da paternidade socioafetiva e este satisfaz o princípio constitucional da paternidade responsável.

Torna-se necessário que os operadores do Direito de Família compreendam a dimensão constitucional atribuída a esse ramo, buscando interpretá-lo à luz dos princípios constitucionais, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, bem como considerar as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que o interesse da criança deverá ser o fundamento de toda decisão que disser respeito à sua vida familiar.

Ao Estado caberá criar condições de equilíbrio nas relações familiares, promovendo o respeito aos direitos das crianças e adolescentes, considerando a verdade que melhor atenda aos seus interesses.

Assim, ao priorizarmos os interesses do menor, romperemos com as definições biológicas e formais da família tradicional e conceber-se-á o reconhecimento da família socioafetiva calcada na solidariedade, dedicação e assistência mútua, apta a declarar a verdadeira paternidade – a paternidade socioafetiva.

Portanto, na tentativa de provocar alterações legislativas e mudanças no olhar jurídico, desvinculando-se das amarras do conservadorismo preconceituoso que permeou as legislações anteriores à Constituição Federal de 1988, busca-se a verdadeira legitimidade da pessoa que exerce, de forma espontânea, a função social de pai e a verdadeira paternidade.

Portanto, as legislações infraconstitucionais devem ser atualizadas no sentido de adequarem-se à realidade social e ao conceito contemporâneo de família, onde pouco importa se um filho é ou não biológico, utilizando-se os princípios constitucionais como meio para solução de tensões e omissões legislativas para manter maior coesão do ordenamento jurídico. Colocando de forma expressa na lei o que a doutrina e jurisprudência já pacificaram: não há verdade biológica absoluta.

Com isso, objetiva-se enquadrar essa nova filiação na linha ideológica constitucional, com o exercício de uma paternidade responsável idealizada pela Lei, e reafirmar o AFETO como elemento determinante da verdadeira relação de paternidade.

Como bem explica Luís Edson Fachin⁷, o verdadeiro legado do testa-

⁷FACHIN, Luís Edson. Paternidade e ascendência genética. In: *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais*. Coord. LEITE, Eduardo de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.170.

mento paterno-filial se dá em vida, precisamente *quando pai e filho crescem mutuamente sob a lei mais relevante que é o amor*, na qual um para outro faz a diferença. Assim, a paternidade deve ser repensada em várias direções, devendo transcender e superar a visão exclusivamente patrimonial e sucessória.

Vale ressaltar que, embora o tema paternidade/filiação socioafetiva ainda suscite divergências doutrinárias e jurisprudenciais, nos dias atuais está sendo largamente reconhecido perante os Tribunais. Tal instrumento conduzirá à normatização e integração plena da posse de estado de filho no ordenamento pátrio, como meio de estabilizar as relações familiares e efetivar a verdadeira paternidade, a paternidade responsável.

Referências

ALMEIDA, Maria Christina. A Paternidade socioafetiva e a formação da personalidade: o estado e os estados de filiação. *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte, 2002, n.8, maio 2002.

ANDERLE, Elisabeth Nass. A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4520>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Édson (Coord). *Repensando Fundamentos do Direito civil Brasileiro Contemporâneo*. RJ: Renovar, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de família*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Código Civil anotado*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Édson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Paternidade e ascendência genética. In: *Grandes temas da atualidade :DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais*. Coord. LEITE, Eduardo de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p.170.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

HENNIFEN, Inês; GUARSCHI, Neuza Maria de Fátima. A paternidade na contemporaneidade: um estudo de mídia sob a

perspectiva dos estudos culturais. *Psicologia & Sociedade. Revista da Associação Brasileira de Psicologia Social*, v.14, n. 1, p.44-63, jan/jun. 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Família Monoparentais*. 2.ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?. Acessado em: 28 nov. 2009.

_____. A família enquanto estrutura de afeto. In: *A família além dos mitos*. Coord. BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. Belo Horizonte. Del Rey. 2008.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Editora Manole, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: Paternidade Psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direitos de Família e Sucessões*, jun./jul. 2009, Ano XI, nº 10, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 39, dez./jan. 2007.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho, *O conceito de família e suas implicações jurídicas*. Editora Elsevier, 2009.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direito de família*. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Teoria tridimensional do Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM ano X, n.08, fev./mar.2009.

O PROCESSO ELETRÔNICO E A IMPLANTAÇÃO DA LEI DE INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Ferdinando Holanda de Vasconcelos
Advogado

1 Introdução

Está-se vivendo um novo tempo na existência e no funcionamento do Poder Judiciário. A informatização da justiça brasileira vai crescendo e tornando realidade aquilo que antes parecia impossível. O caminho percorrido entre a iniciativa legislativa e a sanção da lei que instituiu o Processo Eletrônico pode ter sido longo, porém, a informatização do Processo Judicial já se tornou uma realidade.

A implantação do novo sistema está sendo rápida e contagiante. Dessa forma, deve-se ficar preparado para as mudanças que estão surgindo.

Existe um grande esforço por parte de doutrinadores e processualistas neste sentido e os tribunais de todo o país estão se organizando, através das ferramentas, treinamentos e outros meios instrumentais que dizem respeito à informática.

A aplicação da Lei de Informatização do Processo Judicial (Lei n.º 11.419 de dezembro de 2006), tema tão palpitante no novo mundo do Processo Civil, tem gerado enormes benefícios para o Poder Judiciário. Devido a vários problemas ocorridos com a atual prática processual, como a dificuldade de se consultar um processo, enfrentar filas nos fóruns ou carregar calhamaços de papéis, além do grande gasto com materiais para autuação dos autos, é que a lei de informatização surgiu para modernizar e simplificar o vigente sistema processual. O tempo perdido com os atos meramente burocráticos (como carimbar, classificar, transportar, armazenar e distribuir), torna a justiça morosa. Com a virtualização do processo, todos esses atos são automatizados, sem consumir tempo e, com isso, produzindo a desejável justiça mais célere e efetiva.

No meio processual, os avanços tecnológicos não param. Assim, a necessidade de desenvolver o processo se torna evidente, já que as informações chegam a lugares desconhecidos devido à velocidade com que se propagam. Nesse universo, porém, surgem problemas que, a partir de um novo sistema eletrônico vão se resolvendo. Como o assunto é considerado incipiente no meio jurídico, ainda sem muita exploração, será um dos instrumentos de estudo e aprofundamento para a demonstração de viabilidade de aplicações e busca de soluções para as possíveis dificuldades que vierem a surgir.

O presente trabalho compreenderá um estudo sobre o Processo Eletrônico e a aplicação da nova Lei de Informatização do Processo Judicial, Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dessa forma, far-se-á um parâmetro entre as vanta-

gens e desvantagens da aplicação dessa Lei ao sistema processual vigente, para que, assim, seja possível criar um senso crítico a respeito do Processo Eletrônico. Enfim, diante do ineditismo e contemporaneidade do assunto, espera-se que o estudo ora em desenvolvimento sirva, dentro das suas limitações, para fomentar o debate e servir de orientação aos estudiosos da matéria.

2 Pontos Positivos

A implantação da Lei de Informatização do Processo Judicial marcou o início do Processo Eletrônico no Brasil de forma concreta. Esse novo direito processual surgiu com o uso da tecnologia da informação e, seguramente, foi uma grande vitória para aqueles que acreditaram na modernização do direito processual.

De início, cumpre salientar que o número de vantagens do processo eletrônico se sobrepõe ao de desvantagens quanto à implantação da lei de informatização. O desenvolvimento tecnológico, aliado à morosidade e ineficácia da justiça, foram um dos motivos que levaram ao surgimento de um sistema processual virtual, isto é, sem o uso do papel.

Para José Carlos de A. Almeida Filho¹:

A morosidade do Judiciário, aliada às novas tecnologias da informação, impulsiona o Direito Processual para a era da informática. Antes os computadores no sistema judicial brasileiro não passavam de máquinas de escrever sofisticadas, com alguns bancos de dados e um sistema precário de informação através da Internet. A realidade não mudou muito, mas a idealização de um processamento eletrônico do processo se apresenta como um grande avanço.

O pontapé inicial para a informatização foi dado. A partir de agora, a tendência é que o desenvolvimento da tecnologia e da informática transforme o sistema processual de forma tal, que o acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional sejam as principais finalidades.

A informatização do processo judicial trouxe diversas vantagens para o direito processual e para o sistema judiciário como um todo. Dentre essas vantagens, podem-se citar aquelas que se acredita serem as mais benéficas para a Justiça brasileira: *celeridade processual, acesso à justiça, economia, redução de custos, preservação ambiental, garantia no armazenamento de dados, desburocratização do processo, publicidade, redução de pessoas nos fóruns, aumento da produtividade e efetividade na prestação jurisdicional.*

¹ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 04.

Como primeiro ponto positivo da lei, pode-se dizer que o novo sistema de informatização dos tribunais proporcionará mais *celeridade processual* como forma de agilização do processo. A comunicação dos atos processuais será feita on-line, garantindo a rapidez do recebimento das informações. Os procedimentos dentro dos tribunais ficarão mais velozes, devido à simplicidade dos atos praticados. Como exemplos práticos, podem-se citar: o sistema *push*, citado na introdução; a citação e intimação por meio eletrônico; e o e-mail, como ferramenta importantíssima no mundo virtual.

Conforme assegura George Marmelstein Lima²:

A comunicação dos atos processuais ocorrerá em tempo real. Tão logo uma decisão seja proferida, na mesma hora ela será disponibilizada na *internet*, e as partes interessadas receberão um *e-mail* comunicando a existência da decisão.

Assim que a contestação for apresentada, o autor já será, no mesmo momento, informado e poderá, se for o caso, apresentar réplica. Não haverá, em regra, citações, intimações e notificações no mundo "real". Tudo será pela *internet*. O correio eletrônico (*e-mail*) é infinitamente mais eficiente para comunicação dos atos processuais do que o correio convencional.

Assim, pode-se notar que a *celeridade processual* é pressuposto importantíssimo para o alcance do objetivo de justiça, através dos meios mais céleres e simples utilizados na informatização do processo judicial.

A luta pelo acesso ao Poder Judiciário é uma batalha que vem sendo travada desde antigamente. O *acesso à justiça*, por sua vez, é um ideal que vem tentando ser alcançado pelos operadores do direito há bastante tempo. Com a Lei de Informatização, isso será possível, pois ela facilitará o acesso dos advogados, magistrados, membros do Ministério Público, serventuários e partes em geral, aproximando a sociedade do sistema judiciário. Será possível o acesso aos autos virtuais de qualquer lugar e a qualquer hora, sendo necessário apenas um computador conectado à *internet*. A comodidade é, também, uma das grandes vantagens do sistema virtual, pois de casa ou do escritório os advogados poderão realizar vários atos processuais, a exemplo do peticionamento eletrônico, juntada de peças processuais, acompanhamento processual, dentre outros serviços.

Como bem denota o autor acima citado³:

²LIMA, George Marmelstein. *E-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>. Acesso em: 28 out. 2007.

³LIMA, George Marmelstein. Op. cit., Nota 02

Uma das maiores vantagens proporcionadas pela *internet* é a comodidade oferecida pelos serviços *on-line*. De seu escritório (que pode ser sua própria casa), o advogado pode elaborar uma petição sem precisar ir a uma biblioteca, pagar as custas processuais sem precisar se dirigir ao banco, e apresentar sua petição sem necessitar ir ao foro.

O Processo Eletrônico, indubitavelmente, proferirá redução dos gastos através dos cofres públicos. Assim, a economia e a redução de custos se tornam vantagens para o aparelho judiciário. E, desta forma, reduzir-se-ão os gastos com papel e outros materiais de expediente como: carimbos, tintas, clips, capas dos autos, impressoras, cartuchos de tinta, leitores de códigos de barra, dentre vários outros.

Do mesmo modo haverá redução de custos quanto ao deslocamento dos processos de uma entidade para outra, reduzindo-se o gasto com o transporte e o combustível para realizar tais funções.

De acordo com Marcelo Souccar⁴:

A nova Lei deverá pôr um fim às enormes pilhas de papel que hoje atravancam cartórios, gabinetes e escritórios de advocacia, incorporando um ganho ecológico. É bom lembrar que os escritórios e advogados que se modernizarem e atualizarem primeiro quanto ao uso da tecnologia deverão agregar uma grande vantagem competitiva para seus clientes.

Como consequência da economia com papel, tem-se a *preservação ambiental*, mesmo que de forma indireta, pois se evitarão muitas derrubadas de árvores. Portanto, a natureza também é beneficiada com a implantação do sistema de informatização do processo judicial cuja intenção é eliminar o papel.

A *garantia no armazenamento* de dados é outra vantagem trazida pela Lei de Informatização do Processo Judicial, pois se eliminará a possibilidade de perdas ou extravios dos autos e o arquivamento dos processos por meio digital proporcionará maior segurança, além da diminuição dos espaços físicos para guardar os processos. Como exemplos, podem-se citar: o caso em que o Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro sofreu incêndio e se perderam vários processos no meio das chamas⁵; ou no caso de retirarem, por má-fé, algum documento importante dos autos. Com o sistema informatizado, isso não acontecerá:

⁴SOUCCAR, Marcelo. *Processo digital*: papel não é mais a ferramenta de trabalho do advogado. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/57643,1>>. Acesso em: 30 out. 2007.

⁵BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=161&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 18 out. de 2007.

mesmo supondo que os computadores sejam destruídos pelo fogo, os dados estarão armazenados em um servidor externo, não havendo perigo de perda de dados.

A ideia da *desburocratização do processo* está intimamente ligada à simplicidade dos atos processuais praticados por meio eletrônico. Preza-se no Processo Eletrônico pela informalidade, com a intenção de facilitar o acesso ao sistema através de atos simples e rápidos na tramitação dos processos.

O Processo Eletrônico também aliviará a movimentação de pessoas nos fóruns. A partir da redução do número de pessoas, evitar-se-á tumulto nos cartórios, colaborando, conseqüentemente, para uma melhora no desempenho dos serventuários. A partir do momento em que os advogados e partes podem acessar todo o conteúdo dos autos, sem precisar se dirigir aos cartórios nem fazer carga como no processo comum, os cartórios trabalharão mais sossegados, sem os naturais congestionamentos presentes nos fóruns em que utilizam os procedimentos comuns.

A Ministra Ellen Gracie⁶ acredita que os jurisdicionados só tendem a ganhar com essas mudanças:

Eu creio que todos os usuários do sistema, especialmente os advogados, terão uma vantagem muito grande na utilização deste sistema porque qualquer profissional poderá ter acesso aos autos processuais eletrônicos a partir do seu escritório, ou quando estiver viajando. Também poderá acompanhar todo o andamento do processo que está a seu cargo, sem ter necessidade de comparecer ao foro e nem de ficar buscando informações em locais específicos.

O aumento da produtividade já é notável nos órgãos do Poder Judiciário que possuem o sistema de informatização do processo, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde os processos, que em média demoravam 526 (quinhentos e vinte e seis) dias para serem julgados, passaram a ser concluídos em 240 (duzentos e quarenta) dias com o uso do Processo Eletrônico. Isto é: quase a metade dos dias gastos no processo comum.

Quanto ao princípio da publicidade, deverá haver uma relativização quanto a sua aplicação no processo eletrônico. Contudo, a publicidade dos atos processuais, em regra, é um direito de todos e, com a informatização judicial, a transparência das informações ganharão força. Tudo o que ocorrer no processo, partes e advogados poderão tomar conhecimento na hora que quiserem.

⁶CERTISIGN. *Ellen Gracie elabora primeira decisão por meio de certificação digital*. Disponível em: <http://www.certisign.com.br/certinews/banco_noticias/2007/04/ministra-ellen-gracie-elabora-primeira-decisao-pormeio-de-certifi-cacao-digital>. Acesso em: 31 out. 2007.

Como último ponto positivo da Lei de Informatização do Processo Judicial, tem-se a efetividade da prestação jurisdicional do Estado. Há tempos que se tenta alcançar a efetividade do processo e não se consegue.

Agora, sim, isso será possível, a partir da implantação do sistema eletrônico dos processos, *cujo objetivo é não só tornar o processo mais célere*, mas também obter resultados satisfatórios para as partes.

Assim, pode-se considerar a informatização do processo judicial como sendo uma ferramenta contra a morosidade do sistema jurisdicional, que proporcionará mais rapidez e eficiência à prestação jurisdicional, ocasionando uma maior satisfação da sociedade aos órgãos do Poder Judiciário. Entretanto, a Lei 11.419/06 não trouxe somente benefícios para a sociedade, porque a informatização tem, também, seu lado negativo, conforme se passa a analisar.

3 Pontos Negativos

A tecnologia, aliada ao direito, proporcionou ao longo do tempo a criação do sistema de informatização do processo judicial, cuja normatização se deu através da Lei 11.419, de 2006.

Diante dos possíveis problemas que passam a existir com a implantação da Lei 11.419/06, surge a necessidade de se fazerem os seguintes questionamentos: os sistemas de segurança dos Tribunais para o uso da informatização do processo judicial serão suficientes para evitar ataques virtuais? A disciplina individual por cada Tribunal de normas internas proporcionará o desenvolvimento ou o retrocesso do aparelho judiciário na implantação do Processo Eletrônico? O Poder Judiciário está preparado para acolher as inovações trazidas pela Lei de Informatização do Processo Judicial?

Essas indagações são algumas das principais dúvidas quanto à aplicação do Processo Eletrônico à Justiça brasileira e que, portanto, levase a compreender o lado negativo de sua implantação.

Acredita-se que o quesito segurança é uma das principais preocupações na implantação da informatização do processo judicial no sistema jurídico brasileiro.

Nos dizeres de Petrônio Calmon⁷:

(...) Para o mundo jurídico é imprescindível saber qual o nível de segurança proporcionado pelos diversos sistemas, pois o que se almeja é que se possa utilizar da agilidade do sistema eletrônico, mas sob a condição de que seja imune a fraudes e à interceptação, ou seja, que sua adoção não seja um *jogo no escuro*, pois não se pode permitir que o

⁷ CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 12.

leigo seja obrigado a *acreditar cegamente* na técnica. Faz-se mister que os novos meios de comunicação eletrônica sejam facilmente compreensíveis, com o uso de terminologia acessível, e que sua adoção proporcione somente vantagens, sem que sejam perdidas as vantagens dos métodos tradicionais de comunicação. O que se teme é que, na substituição de métodos, substituam-se também as velhas deficiências por outras, novas e desconhecidas.

Nesse contexto são vários os casos de invasões a sistemas de informática no Brasil e no mundo, por meio da internet. É evidente a importância da instauração do Processo Eletrônico para a justiça, porém, o que não pode acontecer é implantar um sistema informatizado sem a devida segurança dos atos praticados.

Os programas utilizados pelos órgãos do Poder Judiciário estão vulneráveis a invasões de hackers e crackers. Assim, não existirá a certeza de segurança quando surge a preocupação com relação aos dados sigilosos, aos documentos e ao processo em si.

Apesar da utilização da assinatura digital, por meio de certificação digital fornecida pela Autoridade Certificadora credenciada, ainda assim, não se poderão evitar possíveis ataques aos sistemas dos Tribunais.

Outro problema inerente ao sistema de informatização do processo são as possíveis falhas técnicas que poderão comprometer a tramitação processual. Por exemplo, no caso do site do Tribunal ficar indisponível por falha técnica (apesar da nova Lei regulamentar essa hipótese), com certeza, atrapalhará o trabalho dos advogados e demais serventuários do Tribunal.

De acordo com Luiz Flávio Borges D'Urso⁸:

Nesse contexto, é positiva a Lei Federal 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial. Porém, falhas técnicas e conceituais poderão comprometer seriamente os seus objetivos, em especial se prevalecer tendência de alguns Tribunais, que incorretamente têm acreditado que a informatização é instrumento de sua exclusiva alçada, baixando normas e impondo soluções sem sequer ouvir os demais operadores do processo, especialmente os advogados e os membros do Ministério Público (MP).

Além de explanar sobre os erros que podem ocorrer no sistema, o citado autor traz à tona o problema do disciplinamento pelos tribunais em relação aos sistemas de informatização do processo, sobre o qual se questionou no início deste tópico. O autor chega a imaginar o caos processual se cada um dos mais de quarenta Tribunais do país pretenderem criar seus próprios sistemas e

⁸D'URSO, Luiz Flávio Borges; COSTA, Marcos da. *Problemas no caminho do processo digital*. Disponível em: <<http://www.alexandreatheniense.com.br/artigos/index.html>>. Acesso em: 31 out. 2007.

regramentos. Isso, realmente, caracteriza-se um ponto negativo se não for remediado logo.

De acordo com Alexandre Atheniense⁹, se isso acontecer, certamente acarretará um anacronismo processual:

Estou temeroso que a informatização processual possa tomar caminhos equivocados de forma que cada tribunal resolva criar suas próprias regras procedimentais para as rotinas criadas no meio eletrônico, por meio de seus regimentos internos próprios, sustentados na interpretação da nova redação do parágrafo único do artigo 154 do Código de Processo Civil, e, por conseqüência, sejam criados diversos sistemas diferenciados. Isto seria um retrocesso processual, pois o Poder Judiciário não tem poderes para regular os atos processuais inerentes a advocacia. Esta é uma atribuição do Poder Legislativo.

Concorda-se plenamente com o entendimento de Alexandre Atheniense, pois os Tribunais não possuem competência para legislar sobre procedimento em matéria processual, cabendo tal função à União, no que diz respeito às matérias de direito processual.

Petrônio Calmon¹⁰ acredita que:

(...) Não foi transferida essa competência legislativa para os tribunais. Quando se diz, então, que os *tribunais poderão disciplinar*, diz-se que os tribunais deverão alterar sua organização e seus métodos (O&M) e prover os meios para a implantação do processo eletrônico: verba, tecnologia e pessoal técnico treinado. Não pode a disciplina dos tribunais avançar sobre direitos e deveres das partes e dos procuradores, eis que esses somente podem ser estabelecidos pela Constituição Federal e pelas leis.

Percebe-se então, que a falha foi da instituição do parágrafo único do art. 154 do Código de Processo Civil, que permitiu aos Tribunais disciplinarem a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos. Contudo, tal regulamentação deve atender às normas constantes da Lei 11.419/06, que dispõe sobre todos os procedimentos inerentes à informatização do processo judicial.

Essa última questão suscitada diz respeito à preparação dos tribunais para lidar com o processo digital. Segundo João Henrique¹¹:

⁹ATHENIENSE, Alexandre. *Judiciário digital*: informatização exige cautela para evitar apartheid. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53837,1>>. Acesso em: 31 out. 2007.

¹⁰CALMON, Petrônio. Op. cit., p. 9-10. Nota 07

¹¹REVISTA OAB. In foco. Junho de 2007. Ano II. Nº 07. Uberlândia - MG. p. 16. Disponível em: <http://www.quipus.com.br/Revista_OAB7.pdf>. Acesso em: 29 out. 2007.

(...) muito ainda haverá de ser feito em treinamento de pessoal e em aquisição de equipamentos para que se possa dar segura efetividade ao processo eletrônico, sem prejuízo do devido processo legal e do exercício regular do direito de defesa.

Esse é outro ponto negativo da Lei de Informatização do Processo Judicial, pois os Tribunais ainda não estão preparados para lidar, de imediato, com a implantação do Processo Eletrônico, carecendo de funcionários treinados, estrutura, equipamentos, investimentos etc.

Isso não quer dizer que o sistema não poderá ser implantado, pois já existem vários tribunais funcionando completamente por meio eletrônico.

É questão de tempo até que todos se atualizem e passem a exercer as mudanças ocorridas quanto à implantação do processo eletrônico, portanto, o Poder Judiciário necessitará de melhorias quanto ao seu sistema de funcionamento, preparando o terreno para as inovações, através de investimentos no treinamento de pessoal, equipamentos, estrutura, dentre outras necessidades.

Por fim, outro ponto negativo diz respeito à implantação da nova lei em relação às camadas mais pobres, exatamente aquelas em que o acesso aos equipamentos eletrônicos modernos não está ao seu alcance financeiro.

Conforme Alexandre Atheniense¹²:

Mesmo sendo amplamente favorável à implantação destas rotinas processuais pelo meio eletrônico por acreditar este seja um dos caminhos que poderá possibilitar uma maior celeridade processual, vejo que este novo cenário deverá ser construído com certas cautelas para que não haja risco de segregar determinados grupos que podem enfrentar naturais dificuldades para acostumar a estas novas práticas. Estou me referindo àquelas pessoas em localidades de menor poder aquisitivo que não têm condições financeiras de se aparelhar imediatamente ou aquelas que por natural dificuldade pelem com o manuseio do computador.

A ideia do Processo Eletrônico é proporcionar o acesso à justiça para o povo e não impedir tal fato. A partir do momento em que parte da população, por razões de ordem social ou econômica, não tem acesso à prestação jurisdicional do Estado, está-se diante da inacessibilidade à justiça e não do acesso à justiça.

4 Conclusão

Ante a apresentação dos pontos positivos e negativos da Lei de Informatização do Processo Judicial, pode-se dizer que o Processo Eletrônico possui mais vantagens do que desvantagens e que, no nosso entendimento,

¹²ATHENIENSE, Alexandre. Op. cit., Nota 09

proporcionará a tão sonhada efetividade da prestação jurisdicional. Contudo, o processo de adaptação deve ser tratado com bastante cautela, devido à novidade que se instaura no sistema jurídico nacional.

Isso posto, pode-se dizer que a Lei n.º 11.419/06 (Lei de Informatização do Processo Judicial), embora apresente muitos problemas, é considerada como um dos maiores avanços para o mundo jurídico, destacando-se as vantagens trazidas, a exemplo de: peticionamento eletrônico; economia de tempo; redução dos custos; preservação do meio ambiente; celeridade; efetividade do processo, dentre várias outras e, indubitavelmente, revolucionará para melhor o funcionamento do Poder Judiciário.

Referências

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ATHENIENSE, Alexandre. *Judiciário digital: informatização exige cautela para evitar apartheid*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53837,1>>. Acesso em: 31 out. 2007.

BRASIL. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=161&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 18 out. 2007.

CALMON, Petrônio. *Comentários à lei de informatização do processo judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CERTISIGN. *Ellen Gracie elabora primeira decisão por meio de certificação digital*. Disponível em: <http://www.certisign.com.br/certnews/banco_noticias/2007/04/ministra-ellen-gracie-elabora-primeira-decisao-por-meio-de-certificacao-digital>. Acesso em: 31 out. 2007.

D'URSO, Luiz Flávio Borges; COSTA, Marcos da. *Problemas no caminho do processo digital*. Disponível em: <<http://www.alexandreatheniense.com.br/artigos/index.html>>. Acesso em: 31 out. 2007.

LIMA, George Marmelstein. *E-Processo: uma verdadeira revolução procedimental*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3924>>. Acesso em: 28 out. 2007.

REVISTA OAB. In foco. Junho de 2007. Ano II. Nº 07. Uberlândia - MG. p. 16. Disponível em: <http://www.quipus.com.br/Revista_OAB7.pdf>. Acesso em: 29 out. 2007.

SOUCCAR, Marcelo. *Processo digital: papel não é mais a ferramenta de trabalho do advogado*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/57643,1>>. Acesso em: 30 out. 2007.

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA: INSTRUMENTO NECESSÁRIO E ÚTIL À JURISDIÇÃO?

Raquel Duarte das Neves
Bacharela em Direito

1 Introdução

O que fazer quando decisões judiciais contra as quais não caibam mais quaisquer recursos, e sequer ação rescisória, contrariam a ordem natural das coisas ou princípios constitucionais de primeira grandeza? Não obstante a indelével existência jurídica desses provimentos, seria fisicamente possível realizá-los? E seria justo e desejável que isso fosse feito? Por outro lado, como garantir a eficácia necessária aos provimentos jurisdicionais se o comando neles expresso puder ser a todo tempo questionado? A possibilidade de quebrar a coisa julgada não atingiria a própria essência do Poder Judiciário, como ente responsável por dizer o direito no caso concreto, compondo o litígio de forma definitiva? Haveria outros meios de se garantir a prevalência da justiça nas decisões judiciais?

Tais questionamentos têm sido alvo de muitas preocupações para os juristas modernos, pois a relativização da coisa julgada surge em meio a um conflito entre princípios constitucionais de capital importância para o Estado Democrático de Direito, quais sejam, a segurança jurídica, consubstanciada na garantia da preempção das decisões judiciais, e a justiça como valor maior da atividade jurisdicional.

Passemos, então, a debruçarmo-nos sobre o tema.

2 A teoria da relativização da coisa julgada

A maioria da doutrina reconhece que a coisa julgada é garantia que recebe proteção constitucional¹. Isso, porém, não impediu que se formulasse a teoria da relativização da coisa julgada.

Com efeito, há muito a doutrina constitucional brasileira acolheu a tese de inexistência de direitos, princípios ou garantias absolutos². Vislumbrou-se

¹CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. Palestra proferida em 25 out. 2003. Disponível em: http://www.cacofnd.org/upload/relativizacao_coisajulgada.rtf. Acesso em: 10 jan.2007. DINAMARCO, Cândido Rangel. "Relativizar a coisa julgada". In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003; GRECO, Leonardo. *Efi cácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 10 jan.2007.

²Para Cândido Rangel Dinamarco "Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam.". V. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit.

ai uma “primeira onda de relativização dos direitos fundamentais”³, caracterizada pela consciência de que a Constituição deva ser interpretada de modo a dar às suas disposições, de acordo com as exigências do caso concreto, a maior aplicabilidade possível, sem eliminar completamente uma ou outra norma constitucional que se apresente em aparente antinomia.

A partir daí, entendeu-se autorizada a edição de leis que previam situações concretas nas quais fosse permitida a mitigação de garantias constitucionais. Surgiria, assim, a “segunda onda da relativização dos direitos fundamentais”. Essa fase, ao invés de simplesmente vulgarizar o tema, trazendo-o ao plano infraconstitucional, acabou por restringir a liberdade outorgada na primeira fase ao intérprete da Constituição. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a garantia da coisa julgada, quando a lei passou a prever hipóteses específicas de cabimento da ação rescisória, pois isso excluiu a possibilidade de outras fontes de direito estatuírem a relativização dessa garantia.

Já a chamada “terceira onda” propõe a possibilidade de relativização ao alvedrio do julgador quando se encontrar em situação excepcional de total perplexidade com relação aos efeitos da coisa julgada sobre os parâmetros de justiça que legitimamente se espera alcançar com a atividade jurisdicional ficando dispensado qualquer instrumento rescisório.

O germe dessa teoria brotou a partir de dificuldades sentidas em casos como as ações de investigação de paternidade julgadas antes do advento do exame de DNA e em dissonância com o seu resultado. Também foi sentido esse desconfortável confronto entre o comando contido na decisão judicial e a realidade dos fatos em ações de desapropriação nas quais, por equívocos de processamento, a coisa julgada se formou no sentido de impor ao erário uma indenização manifestamente desproporcional ou mesmo uma dupla indenização, pelo imóvel, de fato, já pertencer ao ente expropriante.

Assim é que surge, por meio do célebre, pragmático, paradigmático e polêmico artigo “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas”, de José Augusto Delgado, a “primeira voz potente e autorizada, a conclamar a necessidade de relativizar a carga imperativa da coisa julgada”⁴. A partir de então, abriram-se as portas das discussões doutrinárias acerca da tese.

³PORTO, Sérgio Gilberto. “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”. In: *Revista Jurídica*, n. 304, fev.2003.

⁴SILVA, Ovídio A. Baptista. Coisa julgada relativa? Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2007.

A maioria dos juristas brasileiros⁵ tende a aceitar que uma decisão judicial transgressora de valores caros à humanidade possa vir a ser, com maiores ou menores restrições, judicialmente questionada, ainda que contra ela já não caiba mais recurso algum, nem mesmo ação rescisória. Baseiam-se na ideia que Dinamarco⁶ traduziu em poucas palavras: *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*.

No lado oposto, há um grupo menos numeroso, mas igualmente ilustrado, de juristas dispostos a ir de encontro a esse levante que se constrói no cenário jurídico brasileiro. E suas críticas iniciam-se pela indefinição do que vem a ser a injustiça, ou grave injustiça, que determinaria a relativização da coisa julgada⁷. Marinoni⁸ afirma que a falta de critérios seguros e racionais para a aplicação da teoria conduz, na verdade, a uma verdadeira desconsideração⁹ da coisa julgada, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça social. Ovídio Baptista¹⁰ aponta grave atecnia na teoria ao exigir que o magistrado rejeite a objeção de coisa julgada que eventualmente oponha o demandado (e é muito provável que o faça, dada nossa cultura de alegações preliminares) num juízo de mera delibação. Ademais: se a coisa julgada for levada novamente a juízo, a questão haverá de ser resolvida por meio de uma nova decisão judicial, em tudo semelhante àquela primeira; então, o que protegerá essa segunda decisão de ser alvo de uma nova controvérsia judicial? José Maria Tesheiner¹¹ descortina outra impropriedade: a adoção da teoria pode levar a que um juiz singular de primeira instância venha a modificar o julgamento de um processo que, por interposição de Recurso Extraordinário, obteve

⁵ A essa conclusão também chegou Alexandre Freitas Câmara, consoante explicitado na palestra “Relativização da coisa julgada material”, proferida em 25/10/2003. Disponível em: <http://www.cacofnd.org/upload/relativizacao_coisajulgada.rtf>. Acesso em: 10 jan. 2007.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit.

⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. “Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 448, 28 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

⁹ A expressão também é adotada por Nelson Nery. V. NERY JR, Nelson. e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 7. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 1.156.

¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit.

¹¹ TESHEINER, José Maria. “Relativização da coisa julgada”. In: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, Ribeirão Preto, (23): 11-7, nov.2001.

pronunciamento do Plenário do STF¹² em total contradição com a estrutura hierarquizada do Judiciário posta na Constituição.

Também os nossos tribunais, vez ou outra, têm a oportunidade de se pronunciar a respeito da matéria. O Supremo Tribunal Federal já o fez, notadamente, ao interpretar o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, bem como ao analisar os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo em face de provimentos jurisdicionais transitados em julgado contrários a essa declaração. Num caso ou noutro parece que a tendência é pela relativização da coisa julgada¹³.

No Superior Tribunal de Justiça, o que tem prevalecido é o respeito à coisa julgada, independentemente da justiça da decisão, ao menos até que esta venha a ser rescindida pela via adequada (RSTJ 113/217). Os Tribunais de Justiça dos Estados, apesar das insistentes investidas dos advogados pela relativização, apresentam certa resistência à adoção da teoria. Quando muito, sinalizam admitir o exame de DNA, antes inacessível, como documento novo para efeito de manuseio de ação rescisória de sentenças dadas em ações de investigação de paternidade (TJMG – Emb.Inf.em AR 10000.00.266361-5/001(1). 2º Grupo de Câmaras Cíveis. Rel. Des. Cárccio Lopardi Mendes. j. 04/10/2006. DJ 24/11/2006).

Como se percebe, doutrina e jurisprudência pátrias ainda se encontram divididas quanto à adoção ou não da teoria da relativização da coisa julgada.

3 Relativização: instrumento útil?

No princípio era a justiça privada. Por meio dela, os particulares resolviam seus conflitos, seja mediante acordos, seja pelo uso da força, normal-

¹²Registre-se, por lealdade científica, posição doutrinária esposada por Sérgio Gilberto Porto, em palestra proferida em 16 de março de 2005, intitulada “Jurisdição Constitucional”, no sentido de que o controle difuso pelo STF não tem de per si capacidade de gerar coisa julgada no que tange à declaração de inconstitucionalidade, pois que incidental, servindo apenas como fundamento da decisão do caso concreto (art. 469 do CPC). Maxima venia, somos da opinião de que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo, ainda que em sede de controle difuso, é apta a gerar coisa julgada, pois há que se considerar que o recurso extraordinário abarca em si uma ação declaratória incidental, em face da competência funcional do STF, como intérprete máximo da Constituição Federal, bem como do restrito âmbito de devolutividade do recurso extraordinário, o qual tem por objeto, especificamente, o exame da matéria constitucional. Essa mesma conclusão, embora sem os fundamentos, infere-se da leitura do artigo de Teori Alblino Zavascki, intitulado “Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado”. Disponível em: <www.abdpc.org.br/artigos.htm>.

¹³Cite-se, por exemplo, o recentíssimo julgado, atinente aos requisitos legais para a concessão de alguns benefícios previdenciários em que o relator, Ministro Gilmar Mendes, sinalizou, sem maiores pudores, a possibilidade de o plenário da Corte Suprema ter que enfrentar novamente a questão da constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, já definitivamente declarado constitucional pelo próprio Supremo (Reclamação nº 4374 MC/PE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão veiculada no Informativo/STF nº 454, de 07/02/2007).

mente prevalecendo esse último recurso. Em geral, predominava a vontade e o interesse do mais forte, que somente às vezes coincidia com a noção de justiça vigorante no momento. Para um Estado que se quer de Direito, porém, isso não basta; é preciso que o resultado do conflito, além de ajustar a relação travada entre as partes, reproduza o que é socialmente esperado, pois somente assim esse resultado torna-se capaz de gerar a estabilidade desejada. E não só: é necessário, ainda, que a solução encontrada garanta o fim da contenda e o almejado restabelecimento da paz, o que, de resto, ficava seriamente comprometido, naquela justiça primitiva, pela sempre possível retomada do embate, seja pelo vencido, que, por adquirir maior prestígio ou força, buscava o revide, seja pelo próprio vencedor, que, permanecendo em situação de superioridade, resolvia impor maiores sacrifícios pela mesma e única questão.

Foi em face de todas essas dificuldades que o Estado chamou para si a obrigação de compor os litígios, assumindo, a partir de então, com a função jurisdicional, o compromisso de assegurar a aplicação do Direito objetivo, mediante a criação e a realização da norma concreta, bem como por dar às partes conflitantes a garantia da fruição do que lhes fora conferido na decisão, exterminando, com isso, o estado de litigiosidade (ainda que potencial) em relação à questão trazida a júízo.

Não por outra razão os doutrinadores costumam colocar como atributo singular e caracterizador da atividade jurisdicional a aptidão para pôr um fim definitivo aos conflitos, sendo, pois, um meio de pacificação social¹⁴.

Podemos, assim, tomar como certa a ideia de que a segurança jurídica e a estabilidade social são a causa primeira e a finalidade última da função jurisdicional. Mas: se por eficácia entende-se a aptidão para a realização dos objetivos desejados, facilmente se conclui que a eficácia da jurisdição pode ser expressa, em termos gerais, justamente no alcance da pacificação social¹⁵.

Daí que a norma contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, quando afirma que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, em verdade está a garantir a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, tomando-se por efetividade justamente a capacidade de o provimento

¹⁴FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 313. Apud LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. . *A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada como instrumento de efetividade da jurisdição*. João Pessoa: JB, 2004. pp. 25 e 26; THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 11.

¹⁵A essa percepção também chegou o eminente Pontes de Miranda no seu Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões. Campinas: Bookseller, 1998. pp. 76 e 77. Apud LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. Op. cit. p. 25.

jurisdicional gerar resultados úteis, no sentido de realizar o Direito e afastar com firmeza o estado de litigiosidade que sobre o bem da vida se instaurara.

Ao discorrer sobre o tema, Marinoni¹⁶ observa que a compreensão do direito de ação – construída em contrapartida à proibição da autotutela – como mero direito à sentença de mérito não pode ter vida longa, vez que o julgamento somente adquire importância – como deveria ser óbvio – se o direito material envolvido no litígio for, além de reconhecido pelo Estado-Juiz, concretamente realizado. Assim, a efetividade jurisdicional deve ser proclamada como o mais importante dos direitos, por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

Ademias, a eficácia da jurisdição não pode ser encarada apenas sob o aspecto da celeridade processual ou da necessidade de que o processo chegue ao fim; isso seria restringi-la ao âmbito formal. As decisões judiciais só serão eficazes na medida em que produzirem alguma utilidade¹⁷, contribuindo para a pacificação social, o que exige que o processo consiga gerar resultados até certo grau justos¹⁸. Por isso, a ideologia processual contemporânea ergue-se na busca do processo civil de resultados¹⁹. Não se pode perder de vista, porém, que a utilidade das decisões em muito depende da sua vocação para se consolidar e, com isso, estabilizar a relação jurídica de direito material, pois de muito pouco serve o provimento judicial quando, não obstante sua existência, a situação litigiosa permanece efervescente.

Por outro lado, apesar de o processo ser inequivocamente instrumental²⁰, essa percepção não pode ser extremada a ponto de conduzir a interpretações de normas processuais que provoquem a desestabilização social, visto que a segurança jurídica e estabilidade, sendo objetivos do próprio Direito, considerado em sua inteireza²¹, atendem também ao direito material a que serve o processo, e não somente a esse.

¹⁶MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 10 jun. 2007.

¹⁷WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003. p. 178.

¹⁸Essa – a busca incessante pela justiça – uma das preocupações que levaram Dinamarco a adotar a teoria da relativização, consoante exposto no artigo “Relativizar a coisa julgada”. In: NASCIMENTO, 2003.

¹⁹CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. Palestra proferida em 25/10/2003. Disponível em: <http://www.cacofnd.org/upload/relativizacao_coisajulgada.rtf> Acesso em: 10 jan. 2007.

²⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

²¹Calmon de Passos, por exemplo, assevera que a função do Direito é emprestar o máximo de racionalidade, segurança e previsibilidade às opções sócio-político-econômicas institucionalizadas pelo grupo social. Ver PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 61. Apud LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. Op. cit. p. 17.

Destarte, a tutela esperada de um Estado que se propôs a resolver os conflitos jurídicos tem que ir além da declaração, e alcançar a realização do Direito material, de forma razoavelmente justa e célere, mas sempre definitiva.

De tudo o que até agora foi exposto, percebe-se facilmente uma vinculação basal entre coisa julgada e efetivação do provimento judicial resultante do processo. Até mesmo Cândido Dinamarco²², cujas palavras de apoio à relativização da coisa julgada se tornaram célebres, destaca a íntima relação do instituto com a segurança e a paz. Nesse sentido, pode-se dizer que a coisa julgada se coloca como pressuposto para a efetividade da jurisdição, na medida em que é requisito para o único modo de cumprimento de sentença que proporciona a segurança e tranquilidade que o jurisdicionado legitimamente espera quando recorre ao Judiciário. Sim, porque antes de sua formação, embora se admita algum tipo de cumprimento da decisão judicial (tutelas de urgência e execução provisória), não existe estabilidade.

De fato, somente o respeito absoluto à coisa julgada possibilita a execução do julgado com a segurança de que o comando contido na decisão não mais poderá ser alterado, tornando a Justiça mais eficaz, na medida em que capaz de realizar – e não apenas afirmar – o direito aplicado ao caso concreto.

Posta a questão nesses termos, é intuitivo pensar que uma teoria que se propõe a trincar a estabilidade proporcionada pela coisa julgada atingirá fatalmente um dos sustentáculos da eficácia do provimento jurisdicional. Uma vez aberta a janela da relativização da coisa julgada, ainda que a pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, em verdade, todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido.

Então, o “vírus do relativismo”²³ contaminará todo o sistema judiciário, á que nenhum veto, a priori, barrará o vencido de desafiar o resultado do processo.

É bem verdade que a efetividade do provimento jurisdicional, por implicar em modificação na realidade fática, impõe a assunção de riscos. Só que entre as possibilidades com que se depara – comprometer a segurança da vida social ou consentir na eventual cristalização de injustiças – o ordenamento claramente prefere rechaçar a primeira²⁴. E isso não apenas pela óbvia razão de que a busca pela realização social da justiça deva prevalecer sobre contingentes injustiças pontuais, mas também porque, ao menos em tese, erros na decisão final devem ser encarados como situações de raríssima ocorrência.

²²DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit.

²³ASSIS, Araken de. “Eficácia da coisa julgada inconstitucional”. In: *Revista Jurídica*, n. 301, nov.2002.

²⁴MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”. In: _____. *Temas de Direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97- 109. Apud LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. Op. cit. p. 147.

Sergio Gilberto Porto²⁵ comunga desse entendimento, ao afirmar que, apesar do forte apelo axiológico da teoria da relativização, o choque de opções representado de um lado pela injustiça concreta e de outro pela segurança jurídica não pode resultar na ruína da justiça social. Com efeito, “*o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (rectius: desconsideração) da coisa julgada.*”²⁶.

Não se trata, como pode parecer a alguns, de menosprezar ou simplesmente suplantiar direitos subjetivos de caráter fundamental postos em confronto com a coisa julgada. Na verdade, esse embate sequer ocorre diretamente, visto que a coisa julgada se situa em outra dimensão, constituindo elemento de funcionalidade do processo e, portanto, pressuposto para sua capacidade de garantir a plena fruição do direito subjetivo reclamado (a isso, aliás, é que se costuma dar o nome de efetividade processual). A esse respeito já ensinava o mestre Pontes de Miranda, ao afirmar que o interesse social de paz, de estabelecimento de um fim às discussões, reverenciado pela coisa julgada, põe-se acima da própria ordem jurídica, das próprias regras e, por que não dizer, da própria justiça da decisão²⁷.

Até mesmo a Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão supranacional de defesa de direitos individuais de caráter fundamental, destaca a importância do respeito à coisa julgada no Estado Democrático de Direito²⁸, reconhecendo-a como uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva²⁹.

Como direito fundamental que é, a eficácia da jurisdição não pode ser encarada somente sob a perspectiva do direito subjetivo da parte em obter a solução mais justa, pois, embora se admita a subjetivação do direito à efetividade processual, isso não significa que ele passe a referir-se somente a um determinado sujeito, mas sim a todos os sujeitos que fazem parte da sociedade, como valor ou fim³⁰. Daí porque não basta que se busque a eficiência de um

²⁵PORTO, Sérgio Gilberto. “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”. In: *Revista Jurídica*, n. 304 fev.2003.

²⁶NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; v. 21. p. 45.

²⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 127. Apud: LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. t.V. Op. cit. p. 148.

²⁸Conforme notícia em nota de rodapé Luiz Guilherme Marinoni, no artigo O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 10 jun.2007.

²⁹GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. acesso em: 10 Jan. 2017.

³⁰MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

determinado provimento jurisdicional na realização da justiça; o princípio da efetividade da jurisdição se volta principalmente à eficácia do sistema jurisdicional como um todo, o que pressupõe, sem sombra de dúvidas, a pacífica cação social promovida pela coisa julgada.

No ambiente do Estado principiológico de Direito com que convivemos hodiernamente, é, pois, o valor da segurança jurídica que deve informar o desate da questão sobre a relativização do caso julgado, pois do contrário resultaria a perpetuação das dúvidas geradas pelo conflito intersubjetivo, esvaziando por completo o escopo da tutela jurisdicional, comprometido que é com a segurança e a estabilidade sociais³¹.

Ademais, a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente favoreceria a eternização dos conflitos, colaborando para o agravamento da hoje quase insuportável demora da justiça. Ora, apesar de nossa tradição jurídico-processual em abominar a ideia de decisões irrecorríveis, de há muito se constatou que a existência de recursos demais em nosso ordenamento emperra a tramitação processual³². O que dizer, então, quanto à dispensa de qualquer recurso ou ação autônoma de impugnação para desconstituir sentença já transitada em julgado?

Em verdade, como a problemática da eficácia da jurisdição não se restringe à celeridade processual, abrangendo ainda a exequibilidade da decisão e a idoneidade dos resultados alcançados após o trâmite judicial, a ordem jurídica procura compor um *“harmonioso equilíbrio entre certezas, probabilidades e riscos”*³³. Ou seja, se, por um lado, o processo busca favorecer a plenitude das discussões e das possibilidades probatórias das partes, de modo que a causa possa ser bem decidida, por outro, o sistema se preocupa também em finalizar o conflito com razoável rapidez e a um custo suportável³⁴.

Para tanto, existe um particularmente copioso rol de oportunidades recursais, a mostrar que, até o trânsito em julgado, o sistema processual é regido pelo princípio da justiça, com maior vigor nas instâncias ordinárias e perdendo intensidade na medida em que se vai distanciando do juízo da causa. Até que, em nome da estabilidade social, chega um momento (com o trânsito

³¹ Considerações semelhantes fez o Ministro Luiz Fux, no voto condutor do acórdão do Recurso Especial nº 671.182, julgado pela 1ª Turma do STJ, em 05/04/2005.

³² TESHEINER, José Maria. “Relativização da coisa julgada”. In: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência. Ribeirão Preto. (23): 11-7, nov.2001.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit.

³⁴ JAMES JR., Fleming; HAZARD JR, Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. Civil Procedure. Boston-Toronto-Londres: Little, Brown & Co, 1992 (em coop.). p. 579. Apud: DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit.

em julgado) em que a balança se inverte, fazendo prevalecer o princípio da segurança jurídica, que somente pode ceder em casos excepcionais abarcados no próprio ordenamento. Pode-se, assim, afirmar que entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o ordenamento constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais³⁵, fez opção consciente pelo segundo, que se traduz na segurança jurídica da coisa julgada³⁶.

Não há que se negar pertinência à preocupação quanto à constitucionalidade da coisa julgada, dada a carga de valores contidos nos preceitos constitucionais, que devem ser respeitados por todos, inclusive pelo Poder Público, em suas diversas manifestações. Ocorre que o reconhecimento da necessidade desse controle não implica necessariamente o acolhimento da teoria da relativização da coisa julgada. Com efeito, a previsão de recursos, dentre os quais, inclusive, um especificamente destinado à análise de supostas violações à Constituição (nosso Recurso Extraordinário ao STF), já serve a um controle prévio ou preventivo da constitucionalidade da coisa julgada que um dia se erguerá sobre o provimento jurisdicional. E mais: após a formação da coisa julgada, as oportunidades para a realização dessa fiscalização, é verdade, se escasseiam, mas não deixam de existir, como é o caso da ação rescisória e do §1º, do art. 475-L do CPC (antigo parágrafo único do art. 741 do CPC).

Assim, ao que parece, os exemplos trazidos pelos relativistas para demonstrar a necessidade do uso de sua teoria são, em verdade, casos de exceção que não justificam a criação de regra que venha a vulnerar o Estado Democrático de Direito.

4 Relativização: instrumento necessário?

O mestre Dinamarco, apesar de, como vimos, ser um dos principais asseclas da teoria da relativização da coisa julgada, enfatiza a importância de, na generalidade dos casos, buscar no próprio sistema processual a resolução das dificuldades encontradas na aplicação da legislação em vigor³⁷.

³⁵MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 214. 5v Apud: MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

³⁶NERY JR, Nelson. Op. cit. p. 39.

³⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 266 e 267. Apud: LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. *A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada como instrumento de efetividade da jurisdição*. João Pessoa: JB, 2004. p. 113.

Com relação à coisa julgada, a solução não pode ser outra: a decisão definitiva somente pode ser revista em razão e dentro do que previsto na lei³⁸. Com efeito, imaginar diferentemente, no atual estado jurídico seria, no mínimo, violar a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), a qual é da essência do Estado Democrático de Direito³⁹. Mas o ordenamento pátrio, nos moldes em que se encontra atualmente, poderia apresentar meios que, bem ou mal, solucionassem os casos recorrentemente apontados pelos relativistas como provas cabais de que o sistema processual possui graves falhas?

Em se tratando do paradigmático caso de investigação de paternidade, em que uma ação é manejada para fins de suplantar o que decidido em outra, julgada anteriormente ao advento e disponibilidade do exame de DNA, há quem entenda que as sucessivas ações seriam distintas, pela diversidade de causa de pedir, o que impediria a objeção da coisa julgada (RSTJ 137/419; JSTJ 136/74)⁴⁰. A maioria propugna, contudo, pela utilização da ação rescisória, com fundamento no inciso VII, do art. 485 do CPC, dando uma interpretação flexível ao termo “documento novo”, sendo que o biênio do art. 495 do CPC deveria contar da data em que o exame se tornara acessível à parte, não obstante a dificuldade prática de identificar-se esse momento⁴¹.

Marinoni⁴² adverte que a abertura indefinida para discussão da filiação não teria a conclamada virtude de apaziguar transtornos familiares; ao revés, somente instigaria a eterna desconfiança dos envolvidos, a comprometer seriamente o desenvolvimento de uma relação salutar entre pai e filho. Não se nega, obviamente, que a evolução tecnológica figura como importante ferramenta para a descoberta da relação de filiação, mas é importante perceber que sua inadequada utilização, ao contrário do que os relativistas defendem, não assegura os efeitos pacificadores pretendidos.

Já na hipótese das ações de desapropriação, várias possibilidades se apresentam, de acordo com o que se observar no caso concreto. Pode ser que a exorbitância da indenização seja fruto de conluio entre participantes do processo e autoridades do poder público expropriante. O sistema, então, oferece

³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. “Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 448, 28 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 10 jan.2007.

³⁹PORTO, Sérgio Gilberto. “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”. In: *Revista Jurídica*, n. 304 fev. 2003.

⁴⁰NERY JR., apesar de sinalizar pela deficiência do argumento, aponta essa solução como um modo de não se precisar recorrer à tese da relativização para adequar a prestação jurisdicional à realidade dos fatos.

⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

⁴²Idem. Ibidem.

mecanismos exoprocessuais (punição civil, penal e administrativa para os faltosos) e endoprocessuais (recursos e ação rescisória)⁴³.

Já em caso de o laudo pericial ter se apoiado em prova falsa, seja quanto ao valor do imóvel, seja quanto à sua idoneidade para ser desapropriado, Marinoni⁴⁴ aponta que a ação rescisória, tal como prevista atualmente, poderá ser utilizada para desconstituir o julgado, com fundamento no inciso VI, do art. 485 do CPC, porquanto a prova falsa, aí, dá constituição à própria perícia em que a sentença se fundou para chegar à indenização imposta à Fazenda e a seu respectivo valor.

Para as hipóteses de indenização exacerbada em virtude de valorização posterior do imóvel, aferida em sucessivas atualizações monetárias, após o trânsito em julgado da sentença, tem-se que, na verdade, essas atualizações, ao tomarem como parâmetro o bem desapropriado, ferem o comando contido na decisão de desapropriação, considerando que ela converte o direito ao bem no direito à quantia equivalente ao tempo da prolação da sentença. Com efeito, a condenação refere-se a valor em dinheiro, pois, a partir desse momento, o expropriado não possui mais nenhum vínculo com o imóvel, restando-lhe apenas o direito ao recebimento da indenização no montante estipulado na condenação, corrigido monetariamente segundo índices financeiros oficiais, e não à cotação do bem no momento do efetivo pagamento⁴⁵. Em assim sendo, constituem francas violações à coisa julgada e não devem ser admitidas pelo sistema. Já Ovídio Baptista⁴⁶, propugna que, na verdade, a decisão homologatória de cálculos não faz coisa julgada, podendo, por isso, ser modificada.

Por fim, mas sem pretensões de finalizar o tema, impende falar sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade superveniente à decisão.

Quanto ao futuro da sentença transitada em julgada, é o caso, certamente, de aplicar-se as teorias sobre mudanças no pressuposto jurídico das decisões que versam sobre relações jurídicas permanentes, à semelhança do que ocorre com a revogação da lei em que se baseou a coisa julgada.

Teori Albino Zavascki⁴⁷ assim explica o fenômeno:

⁴³ NERY JR, Nelson. Op. cit.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

⁴⁵ NERY JR, Nelson. Op. cit.

⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Coisa julgada relativa?* Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2007.

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado.* Disponível em: <www.abdpc.com.br>. Acesso em: 20 maio 2007.

(...) a Resolução do Senado, suspendendo a execução de norma inconstitucional irradia seus efeitos, imediatamente, sobre as relações jurídicas de trato continuado (duradouras e sucessivas), mesmo quando declaradas por sentença que as apreciou em demanda individualizada. (...) tanto a Resolução do Senado, quanto a sentença do STF têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a partir da data em que entram em vigor, acarretando, com isso, modificação do *status quo ante*. (...) prevalecem, a partir de então, para todos os efeitos e independentemente de qualquer formalidade ou sentença de rescisão ou de revisão, sobre as relações jurídicas futuras e os desdobramentos futuros das relações jurídicas de trato continuado no tempo (relações jurídicas permanentes e sucessivas).

Com relação ao passado, porém, há que se considerar que, embora a inconstitucionalidade já existisse, desde o nascedouro da lei, até o julgamento pelo STF não existia pronunciamento que apontasse com segurança para esse grave vício. Daí, não se poder falar em vinculação dos magistrados àquela impronunciada inconstitucionalidade. Ao revés, a lei gozava de presunção de constitucionalidade, o que mais ressalta a boa-fé daqueles que dela se utilizaram, a justificar que as situações jurídicas já consolidadas somente sejam destruídas por força de um novo e específico pronunciamento judicial com eficácia retroativa, ou seja, através da rescisão do julgado (art. 485, V, do CPC).⁴⁸

Contra esse pensamento, é verdade, erigem-se algumas vozes como a de Marinoni⁴⁹, para quem o fato de admitir que o surgimento de nova interpretação constitucional implique em violação de lei para efeito de ação rescisória conduz, necessariamente, à negação de tudo que a coisa julgada pretende garantir, que é a estabilidade da decisão e a segurança do cidadão. Conclui o jurista, com Gilmar Mendes, que, ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão⁵⁰.

⁴⁸ Isso, claro, considerando que à decisão do STF tenha sido atribuído o efeito *ex tunc* que normalmente a acompanha. É que não se pode aqui olvidar que, com a edição da Lei nº 9.868/99, abriu-se à Corte Suprema a prerrogativa de aprovar, por maioria de dois terços de seus membros, a declaração prospectiva da ineficácia da lei inconstitucional, justamente para evitar vazios legislativos e incertezas, ou, nos termos da exposição de motivos do projeto de lei que originou o referido diploma, para impedir que a declaração de nulidade da lei acabe por “distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”.

Na hipótese de uso dessa modulação de efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade, então, não será possível, sequer por ação rescisória, a desconstituição dos efeitos que a sentença produziu antes do marco temporal definido pelo Supremo como termo a quo para a eficácia de sua decisão.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 280. Apud MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

Rachel Moreira Leitão expõe que a possibilidade de o juiz da execução vir a considerar o título judicial inexecuível, com base na inconstitucionalidade da coisa julgada (que subjetivamente acredita ter ocorrido) pode criar um estado de instabilidade social e descrença na atividade jurisdicional do Estado, em prejuízo para a efetividade jurisdicional⁵¹.

Assim também parece se posicionar o tributarista Enrico Marcos Diniz de Santi⁵², citado pelo Ministro Luiz Fux em voto no qual defendeu, com êxito, a intangibilidade da coisa julgada em face de posterior declaração de inconstitucionalidade da lei na qual se baseara a decisão transitada. Segundo aquele autor, uma vez decorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, tem-se por operada a decadência, cuja firmeza não pode ficar eternamente sob suspeita, aguardando uma atuação do Tribunal Constitucional, da qual, em verdade, não se tem sequer certeza de ocorrência.

Não obstante a força de tais argumentos, ousamos discordar da posição neles fundada. E nosso entendimento, ao que parece, coincide com a orientação que vem prevalecendo no STF (ADI 396-8/RS. Tribunal Pleno. Rel. originário: Min. Maurício Corrêa. Relator p/ o acórdão: Min. Gilmar Mendes. j. 27/05/2004. DJ 05/08/2005; ADI 930-3/MA. Tribunal Pleno. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. j. 27/06/2002. DJ 23/08/2002), ao dar por prejudicado o julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade quando a norma impugnada sofre modificação substancial ou mesmo é revogada, o que indica que os efeitos pretéritos não constituem, nem estão, em princípio, abrangidos no objeto das ADIs.

Em todo caso, porém, rechaçamos a afirmação relativista de que a rescisória não seria necessária⁵³. Embora a inconstitucionalidade traduza a nulidade absoluta do preceito normativo, com indiscutível eficácia *ex tunc*⁵⁴, o efeito vinculante decorre de um ato superveniente, de modo que sua eficácia, sobre ser também *ex tunc*, tem seu termo inicial desencadeado pelo ato que declarou a inconstitucionalidade, e não pela entrada em vigor da norma inconstitucional. Assim, a sentença,

⁵¹ LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. Op. cit. p. 141 e 142.

⁵² SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Decadência e prescrição no direito tributário. São Paulo: Max Limonad, 2000. pp. 271/277. Citado por Luiz Fux, no acórdão do Recurso Especial nº 671.182, julgado pela 1ª Turma do STJ, em 05/04/2005.

⁵³ Ver: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003. p. 43; THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

⁵⁴ Ao menos em princípio, dada a possibilidade de, por dois terços de seus membros, O STF realizar a chamada “modulação dos efeitos” da declaração de inconstitucionalidade (art. 27, Lei nº 9.868/99).

embora fundada em preceito inconstitucional, não esteve subordinada ao posterior comando vinculante da decisão do Supremo, universalizado pela Resolução do Senado⁵⁵, de modo que os efeitos dela decorrentes já produzidos somente serão anulados se sobrevier comando jurisdicional de cunho rescisório⁵⁶.

Ressalte-se, todavia, que a utilização do inciso V, do art. 485 do CPC, com base em interpretação de lei consolidada por jurisprudência posterior à sentença rescindenda, somente é aceita em face de questões constitucionais, ante a pujança de que goza a Carta Magna⁵⁷ e, conseqüentemente, os pronunciamentos do STF⁵⁸. Nos demais casos, incide a Súmula nº 343 do STF (“*não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.*”).⁵⁹

Como demonstrado, os casos a que a doutrina relativista recorre para justificar a urgente necessidade de se superar, desregradamente, a coisa julgada, encontram, na verdade, soluções satisfatórias na simples utilização dos instrumentos processuais de que já dispomos atualmente, agregados, é certo, a uma interpretação sistemática, teleológica e, muitas vezes, extensiva. Absolutamente dispensável, assim, a aplicação de teorias que podem vir a pôr em risco a estabilidade social, um dos principais objetivos da jurisdição e do próprio Direito.

5 Conclusões

A questão da aplicação ou não da teoria da relativização da coisa julgada é de grande importância dado o valor atribuído ao instituto da coisa julgada, de um lado, e a crescente busca pela efetividade da prestação jurisdicional, de outro.

Partindo do enfoque desse embate, vimos que a possibilidade do Judiciário emitir decisões contrárias à realidade dos fatos, à lei ou mesmo à

⁵⁵ Como se percebe, o autor se refere, neste trecho, apenas ao controle difuso, o que não impede a aplicação do mesmo raciocínio em relação às decisões emanadas do controle concentrado. Aliás, aplica-se-lhe com maior facilidade, visto que, para Zavascki, a Resolução do Senado Federal, universalizando a vinculação decorrente do pronunciamento do STF, a qual até então atingia apenas os litigantes, equipara os efeitos de ambos os sistemas de controle de constitucionalidade. Ou seja, não haveria diferença, no tocante à essência da vinculação, entre as espécies de controle, diferindo apenas quando ao alcance subjetivo, o que é superado com a atuação senatorial.

⁵⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit.

⁵⁷ São palavras de Humberto Theodoro Júnior as seguintes: “nada obstante a segurança e certeza serem suficientes a justificar a validade da coisa julgada ilegal, o mesmo já não se pode dizer a respeito da coisa julgada contrária à Constituição.” THEODORO JUNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. Op. cit.

⁵⁸ A nosso entender, somente os emanados do plenário desta Corte, visto que as decisões das Turmas, podendo ser divergentes entre si, sujeitam o resultado do processo à contingência da sua distribuição.

⁵⁹ Essa a interpretação de há muito conferida ao verbete, tanto pelo STF como pelo STJ. Ver STF - RE nº 103.880/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ. 22/02/1985; STF - RE-AgR 328.812/AM 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 11/04/2003, p. 42; STJ - Resp 479.909 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 23/08/2004; e RSTJ 96/150.

justiça não pode ser vista como fundamentação idônea a justificar a relativização da coisa julgada, uma vez que o próprio sistema processual, embora construído sobre a ideia de que o julgador não decidirá de modo equivocado, não ignora que isso possa vir a ocorrer, e por isso prevê vastas oportunidades recursais, e ainda possibilidades excepcionais de superação da coisa julgada por meio de instrumentos rescisórios, previstos taxativamente em lei.

Assim, entre os riscos que se apresentam após o trânsito em julgado da decisão judicial – o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças –, o ordenamento claramente prefere assumir o segundo, por isso que instituiu a soberania da coisa julgada. Após todos os recursos, fase em que ainda se objetiva alcançar a sentença mais justa possível, há necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando a decisão imutável⁶⁰.

Vale registrar aqui nossa inquietação com a possibilidade de, a todo tempo e por invocação dos mais diversos argumentos, a lide ser novamente levada a juízo, comprometendo seriamente a autoridade e conseqüente funcionalidade do Judiciário.

De tudo se conclui que os exemplos trazidos pelos relativistas para demonstrar a necessidade do uso de sua teoria são, em verdade, casos de exceção que não justificam a criação de regra que acabe por quebrantar o Estado Democrático de Direito, fundamento constitucional da própria república brasileira (art. 1º, caput, CF). A realização social da justiça deve prevalecer sobre contingentes injustiças pontuais.

O sistema processual, é verdade, não é perfeito. Urge que se modifiquem algumas disposições legais, acrescentando outras tantas, para que situações até então carentes de previsão na lei sejam nela expressamente contempladas. Enquanto isso, as soluções devem ser buscadas dentro do que já existe legislado, mesmo porque o ordenamento, nos moldes atuais, já nos dá mostras de que pode ser melhor explorado nesse sentido, sem precisar violar princípios fundamentais, sem pôr em risco o próprio Estado Democrático de Direito, de cuja existência a coisa julgada é elemento fundamental⁶¹

⁶⁰ GRECOFILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 246. 2v.

⁶¹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1997. p. 133. Apud LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada como instrumento de efetividade da jurisdição. João Pessoa, Gráfi ca JB, 2004. p. 99; NERY, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; v. 21); MARINONI, Luiz Guilherme. “Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 448, 28 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 10 jan. 2007.

Referências

ASSIS, Araken de. “Efi cácia da coisa julgada inconstitucional”. In: *Revista Jurídica*, n. 301 nov./2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. Palestra proferida em 25/10/2003. Disponível em: <http://www.cacofnd.org/upload/relativizacao_coisajulgada.rtf> Acesso em: 10 jan.2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 2v.

GRECO, Leonardo. *Efi cácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 10 jan. 2007.

LEITÃO, Rachel Ferreira Moreira. *A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada como instrumento de efetividade da jurisdição*. João Pessoa: JB, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 10 jun.2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 448, 28 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5716>>. Acesso em: 10 jan.2007.

NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2004. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 21v.

NERY JR, Nelson. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”. In: *Revista Jurídica*, n. 304, fev.2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Coisa julgada relativa?* Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br/>>. Acesso em: 20 maio 2007.

TESHEINER, José Maria. “Relativização da coisa julgada”. In: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto. (23): 11-7, nov.2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em <www.abdpc.com.br>. Acesso em: 20 maio 2007.

TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR: A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE URGÊNCIA

Sâmia Cristiane Moura da Conceição
Bacharela em Direito

1 Introdução

O presente trabalho analisará as tutelas de urgência, dando enfoque para as tutelas antecipadas e tutelas cautelares, no que tange à aplicação do princípio da fungibilidade entre as mesmas.

Para isso, é necessário fazer uma abordagem das transformações ocorridas no Direito Processual Civil desde a fase sincretista, onde o processo dependia do direito material, passando pela fase autonomista, que se destacou pela separação do direito material do direito processual, até a fase atual da instrumentalidade, que busca a efetividade, a celeridade e a economia processual.

Como forma de alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional, começou-se a aplicar acentuadamente o artigo 798 do Código de Processo Civil para obter uma tutela sumária satisfativa, devido à falta de previsão de um instituto mais adequado, pois era necessário antecipar uma decisão diante de fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito do litigante. Assim, passou-se a utilizar o art. 798 do CPC para solucionar essas situações, sendo denominados de medidas cautelares satisfativas.

Esse problema foi resolvido com a reforma processual de 1994, por meio da Lei 8.952/94, que instituiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, alterando a redação do art. 273 do CPC. O novo dispositivo conferiu maior poder ao juiz para, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, com natureza satisfativa.

Porém, a grande mudança ocorreu com a reforma processual de 2002, através da Lei 10.444, que dentre as várias providências, introduziu o §7º, no art. 273 do CPC, instituindo o Princípio da Fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Mediante tais mudanças, começaram a surgir inúmeros questionamentos em torno da aplicação do princípio da fungibilidade das tutelas de urgência, dividindo os posicionamentos doutrinários, diante da interpretação do novo § 7º, do art. 273 do CPC, uma vez que referido parágrafo prevê apenas a possibilidade da fungibilidade regressiva, ou seja, a troca de uma tutela antecipada por uma cautelar, não prevendo o sentido inverso, que seria a fungibilidade progressiva. Uma parte da doutrina vislumbra o enfraquecimento, ou até mesmo a perda da utilidade do processo cautelar, sob o argumento de que todas as medidas de natureza cautelar podem agora ser requeridas no processo de conhecimento como medida incidental.

2 Considerações históricas das tutelas de urgência

2.1 Evolução da teoria processual: fase sincrética, autonomista e instrumental

Ao estudar sobre a tutela de urgência, faz-se necessário saber sob qual prisma será encarado o processo, tendo em vista que este, como instrumento de aplicação do direito material, precisa se adaptar à realidade do ordenamento jurídico de maneira a alcançar os melhores resultados no plano fático. Ou melhor, tentar aproximar o direito processual das regras de condutas estabelecidas pelo legislador para que ele possa melhor se adequar aos anseios sociais.

Com isso, torna-se oportuno analisar, brevemente, a evolução da teoria processual, onde é constatado que a primeira fase do direito processual foi a procedimental (sincrética). Nessa fase, o processo era visto como mero apêndice do direito civil, sendo considerado como forma e procedimento. Os civilistas davam mais importância ao direito material, ao passo que o processo era tido como simples conjunto de formalidades, isto é, meros procedimentos para a atuação prática do direito material. Não havia a preocupação com os institutos processuais, e muito menos para se afirmar a existência de uma ciência processual.

Superada a fase sincrética, dá-se início a fase da autonomia. Nesta, verifica-se a ruptura do direito processual com o direito material, propiciando-se o estudo aprofundado do direito processual, sendo marcada pelas construções científicas (teorias) do direito processual.

Na obra *Die Lehre von die Processuereden und die Processvoraussetzungen* (Teoria dos pressupostos processuais e das exceções processuais), de 1868, o jurista alemão Oskar von Bülow¹ publicou suas ideias, que foram essenciais para referida fase. A obra é considerada o marco inicial do estudo da ciência processual.

Na citada obra, o jurista sistematizou a ruptura do direito processual com o direito material e admitiu a existência de uma relação jurídica diferente daquela levada a exame da atividade jurisdicional.

Portanto, nascia o processualismo científico, que defendia, essencialmente, a compreensão do direito processual como parte autônoma da ciência jurídica e que se caracterizou por um período de intenso desenvolvimento e de estudo da ciência processual.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC, vigente) reflete claramente a influência da concepção científica autônoma da escola processual italiana, a depuração técnica perseguida pela comissão de juristas nomeada pelo então

¹Apud, TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26.

Ministro da Justiça da época, Alfredo Buzaid, que recebeu influência de Eurico Tullio Liebman.

Verifica-se que o tecnicismo da fase autonomista rompeu em demasia o processo do direito material. Logo, os ideais de um processo civil afastado do direito material não atendem mais os anseios da sociedade atual, pois com o surgimento dos novos direitos foi necessário que o processo se adaptasse aos mais novos rumos da realidade social.

Assim, a fase autonomista se encontra ultrapassada, muito embora não se possa negar sua contribuição essencial para o desenvolvimento e ascensão do direito processual como ciência.

Inicia-se, então, a fase atual da instrumentalidade do processo. Pensar no processo sob a perspectiva instrumental é pensar num mecanismo que objetive efetivar o direito material.

O que se observa, hodiernamente, é a reaproximação entre o direito material e processual, ou seja, um retorno ao sincretismo e uma concepção de processo menos distante do direito material, que possa melhor se adaptar às necessidades sociais existentes na aplicação dos novos e diferentes direitos materiais. Nessa fase atual, reconhece-se que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas sim um instrumento voltado a servir à sociedade e ao Estado.

Cândido Rangel Dinamarco foi um dos disseminadores das ideias de assumir a instrumentalidade do processo, contribuindo decisivamente com sua obra “A instrumentalidade do processo”.

Segundo Dinamarco apud Destefenni:

A ação é um direito subjetivo instrumentalmente conexo a uma situação concreta. É preciso não perder de vista o binômio ‘direito-processo’, nem esquecer que todo o sistema processual vale, afinal, como método destinado à efetivação do contexto apresentado pelo direito objetivo material e pelos valores que lhe estão à base. No Estado-de-direito, a possibilidade de proteção judiciária dos direitos é uma inerência inafastável, despontando o Poder Judiciário como última cidadela das pessoas e das comunidades mais ou menos organizadas, para a defesa contra os males sofridos e injustiças advindas, quiçá, do próprio Estado. A ação é assegurada pela Constituição, mais o devido processo legal e o juiz natural, com vista à ‘efetiva realização judicial do direito’. É preciso atender ‘a necessidade de relacionar a ação com o direito material que através dela se faz valer’, sob pena de perder-se o verdadeiro sentido instrumental dos institutos processuais².

²DINAMARCO apud DESTEFENNI, 20006, p. 312.

2.2 A tutela jurisdicional dos direitos

Há que se compreender o significado da tutela jurisdicional, que vem sendo entendida pela doutrina como o resultado efetivo que a jurisdição proporciona à realidade vivida pelas partes. Ou melhor, é a efetiva proteção que a função jurisdicional atribui àquele cujo bem da vida se ampara pelo direito material.

Segundo Câmara apud Cruz, “tutela jurisdicional é uma modalidade de tutela jurídica, através da qual o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem”.

Prossegue Câmara informando:

(...) o Estado só presta verdadeira tutela jurisdicional quando esta é adequada a proteger o direito material lesado ou ameaçado de lesão. Isto porque, como se sabe, a todo direito deve corresponder uma forma de tutela jurisdicional (‘ação’, como dizia o art. 75 do Código Civil de 1916, e dizem os art. 80, I, e 83, II e III, o Código Civil de 2002) capaz de assegurá-lo³.

Dessa forma, para se obter proteção real, o ideal é que os mecanismos de solução das controvérsias deduzidas em juízos sejam adequados ao direito material não atendido. Essa é a concepção de instrumentalidade que deve objetivar o estudo do direito processual, principalmente, das tutelas de urgência.

Ressalta-se que o resultado efetivo, no âmbito processual, é garantia conferida pela Constituição no art. 5º, inc. XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, significando que qualquer pessoa, indistintamente, tem o direito de se dirigir ao Estado para pleitear suas demandas. Além disso, todos têm direito a um processo com duração razoável, e mais, com prestação jurisdicional eficiente, capaz de ser atendida no menor tempo possível e atuar por diferentes técnicas.

Nesse sentido informa Marinoni:

O slogan que vem caracterizando esta moderna forma de pensar o processo é tomado de Chiovenda, pois na perspectiva de quem afirmar ter um direito a ser tutelado, nada melhor do que a lembrança de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Nessa perspectiva, a técnica processual assume grande relevo, uma vez que, para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos, é imprescindível o correto manejo das técnicas da cognição, da antecipação, das sentenças e da atuação dos direitos⁴.

³ CÂMARA apud CRUZ, 2006, p. 31.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. 2008.

Porém, muitas vezes pode ocorrer que o lapso temporal acabe prejudicando o andamento do processo, e a demora na entrega da prestação jurisdicional poderá provocar risco para a efetividade do próprio processo.

Segundo Bedaque:

para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria⁵.

Assim, para atingir a efetividade da prestação jurisdicional é necessário implementar técnicas adequadas que possibilite ao juiz interferir no mundo fático antes de proferir sua sentença. Para isso, são adotadas na legislação processual algumas técnicas como a de tutela antecipada e cautelar, ou seja, as chamadas tutelas de urgência.

2.3 Panorama das tutelas de urgência

Doutrinariamente, costuma-se dividir as tutelas jurisdicionais basicamente em duas categorias: a) tutelas definitivas, fundadas na ideia de certeza, produzindo a coisa julgada material; e b) tutelas provisórias de urgência, tendo por objetivo uma prestação mais célere, destinadas a assegurar a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional principal, sem, contudo, produzir a coisa julgada material.

Segundo o entendimento de Bedaque apud Cruz⁶, as tutelas de urgência “são destinadas a solucionar o litígio com maior rapidez, ainda que com limitações à atividade cognitiva do juiz, ou apenas a assegurar condições favoráveis à obtenção desse resultado pelas vias normais.”

A partir disso, pode-se dizer que as tutelas de urgência são indispensáveis ao sistema processual, tendo em vista que a urgência, em determinados casos, requer maior celeridade na prestação jurisdicional.

Se não existisse a tutela de urgência, somente se decidiria com a cognição exauriente, isto é, com vista à solução definitiva baseado num juízo de certeza. As tutelas de urgência são baseadas em juízos de verossimilhança,

⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.13.

⁶BEDAQUE apud CRUZ, 2006, p. 37.

ou melhor, as decisões ficam limitadas a afirmar o provável, sendo essas decisões baseadas na técnica da cognição sumária. Cita-se como técnicas de cognição sumária a técnica do título executivo extrajudicial, o julgamento antecipado da lide em caso de revelia, a tutela monitoria e as tutelas de urgência (cautelar e antecipatória).

Surge, então, um conflito entre a segurança e a efetividade. De um lado, tem-se a cognição exauriente que propicia tal segurança jurídica e, de outro, a possibilidade de o juiz proferir decisões hábeis que façam com que o processo siga a nota da efetividade, através de decisões provisórias baseadas em juízo de verossimilhança, por meio das técnicas de tutelas de urgência.

A segurança jurídica, portanto, dá espaço ao anseio de fazer justiça por meio de técnicas que possibilitam ao magistrado realizar com efetividade o direito material, adiando para momento posterior o contraditório e a ampla defesa.

Oportunas as ponderações de Bedaque acerca da importância das tutelas de urgência:

Importa, na verdade, compreender a função da tutela de urgência no sistema processual, independentemente do conteúdo conservativo ou antecipatório da providência urgente. Pouco adiantaria a garantia constitucional de acesso à justiça para obtenção de tutela cognitiva, visando à formulação de regra de direito material para situação concreta, ou executiva, destinada à atuação prática da norma, não houvesse meio processual de assegurar ao possível titular do direito a efetividade de tal proteção, afastando os riscos causados pela duração até mesmo fisiológica do processo⁷.

3 Tutela antecipada e tutela cautelar

3.1 Tutela antecipada e cautelar: semelhanças e diferenças

Faz-se necessário entender o que seja tutela antecipada e tutela cautelar, a fim de verificar suas semelhanças e diferenças, para não cair no erro de confundi-las. A literatura especializada sobre o assunto mostra vários posicionamentos acerca dos conceitos, características e distinções de tutela antecipada e tutela cautelar.

De acordo Nery Junior:

tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito é espécie de gênero *tutelas de urgência*, é providência que tem natureza jurídica *mandamental*, que se efetiva mediante *execução* lato sensu, com o

⁷Ibidem, p. 167. Nota 5.

objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento⁸.

Segue o autor informando que a tutela antecipada não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor.

Medida cautelar tem por objetivo assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor.

Por sua vez, Marinoni esclarece a diferença básica entre tutela sumária satisfativa e tutela cautelar, da seguinte forma:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado⁹.

Referido autor faz importantes considerações acerca da introdução do instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil, advertindo que:

a tutela antecipada foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que a doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar, que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução. Melhor explicando: como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da ‘antecipação da tutela’, e essa ‘antecipação’ – segundo a jurisprudência – não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de “fundado receio de dano” e de “abuso de direito de defesa”¹⁰.

⁸NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 523.

⁹MARINONI, Luiz Guilherme, 2008, p. 107.

¹⁰Idem. Ibidem. p.200.

Didier (2009, p.458) aponta como característica comum da tutela cautelar e antecipada o pressuposto do perigo (urgência). Porém, o autor alerta que nem sempre isso acontece, citando o caso da tutela antecipada fundada no inciso II, do art. 273 do CPC, que indica uma tutela punitiva e dispensa o pressuposto do “perigo”.

Além disso, Didier ainda informa o significado da tutela de urgência:

Diz-se que a tutela é urgente quando se estiver diante de uma situação fática de risco ou embaraço à efetividade do direito, o que se dá: i) quando há risco de dano ao direito, ii) quando há risco de ineficácia da efetivação do direito, iii) quando o réu, abusando do seu direito de defesa ou lançando mão de estratégias protelatórias, põe obstáculos ao andamento do processo, comprometendo o oferecimento da tutela jurisdicional¹¹.

Outra distinção que pode ser apontada diz respeito aos requisitos gerais para concessão da tutela cautelar que se diferenciam da tutela antecipada.

A Cautelar tem como pressuposto o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo da demora). O primeiro significa a verossimilhança do direito afirmado pelo demandante ou a aparência do bom direito ou, ainda, a plausibilidade do direito. Já o *periculum in mora*, representa aquela situação de risco em que o direito a ser acautelado se encontra em situação de perigo, ou seja, na iminência de não ser alcançado os resultados práticos que dele se espera e não pode esperar a tutela exauriente do processo de conhecimento ou de execução. Essa iminência de dano irreparável ou de difícil reparação é tradicionalmente chamada de *periculum in mora*.

Já os pressupostos da concessão da tutela antecipada estão previstos na redação do caput do art. 273, ao afirmar que o juiz poderá antecipar a tutela “desde que, existindo *prova inequívoca*, se convença da *verossimilhança da alegação*” e tenha “fundado receio de dano irreparável” e “abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu”.

Acerca das diferenças dos pressupostos para concessão da medida cautelar e da medida antecipatória, assevera Dinamarco apud Tardin:

Constitui tarefa árdua, na prática, imprimir a diferença dos graus de cognição na análise do pleito cautelar e antecipatório. É uma tarefa “bizantina”. Na verdade, não é tarefa simples perquirir em análise ao caso concreto o grau de profundidade da cognição. A corrente doutrinária predominante aponta o *fumus boni iuris* do processo

¹¹DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p.458. 2v.

cautelar como a *probabilidade* de existência do direito material, ou seja, é conceito próximo ao juízo de probabilidade que deve estar presente no momento de concessão da antecipação dos efeitos da tutela¹².

3.2 Distinção da antecipação dos efeitos da tutela e julgamento antecipado da lide

Questão que merece ser comentada brevemente nesse trabalho é a distinção entre tutela antecipada e julgamento antecipado da lide, tendo em vista que ambas não se confundem, apesar de terem semelhanças no que toca a natureza satisfativa, pois ambas voltam-se à satisfação de direitos materiais discutidos.

Enquanto a tutela antecipada é verdadeira técnica de cognição sumária e espécie de tutela de urgência ao lado da tutela cautelar, sendo insuscetível de imunizar-se pela coisa julgada material; o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 330 do CPC, é uma das hipóteses de julgamento, conforme o estado do processo é decisão que certifica, com base em cognição exauriente, o direito discutido, podendo ser acobertado pelo manto da coisa julgada.

O julgamento antecipado da lide apresenta duas situações: a primeira, prevista no inciso I, do art. 330, do CPC, que possibilita esse tipo de procedimento “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”; a outra situação encontra-se no inciso II, do mesmo artigo, “quando ocorrer a revelia” (art. 330).

Acerca da distinção, informa Didier:

A tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória (precária e temporária), urgente (em certas situações) e fundada em cognição sumária. Satisfaz antecipadamente o direito deduzido. Prestigia os valores da efetividade e celeridade. O julgamento antecipado da lide é a decisão que concede tutela jurisdicional definitiva (padrão), fundada em cognição exauriente. Esse julgamento diz-se antecipado, tão-somente, pelo fato de a atividade cognitiva necessária ser mais restrita, dispensando fase de instrução¹³.

Portanto, diante das distinções apresentadas, pode-se resumir que o julgamento antecipado da lide antecipa o próprio provimento final, enquanto a tutela antecipada apenas adianta os efeitos do provimento final.

¹²DINAMARCO apud TARDIN, 2006, p. 101.

¹³Ibidem, p. 479. Nota 11.

3.3 Histórico da tutela antecipada satisfativa: O poder geral de cautela e o poder geral de antecipação

Oportuno esclarecer a distinção entre o poder geral de cautela e o poder geral de antecipação a fim de compreender, hodiernamente, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência (satisfativa e cautelar), previsto no §7º, do art. 273, do CPC.

Didier esclarece a diferença entre os referidos institutos, ao conceituar:

O poder geral de cautela é aquele atribuído ao magistrado para que conceda medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, mesmo não previstas expressamente em lei, desde que presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Trata-se de previsão legal de atipicidade da tutela cautelar. Já o poder geral de antecipação é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a satisfação do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais (art. 237 e §3º do art. 461 do CPC). Cuida-se de positivação da atipicidade (generalização) da tutela antecipada (satisfativa)¹⁴.

Ocorre que, por muito tempo, se tinha apenas a previsão do poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC, que atribuía ao juiz o poder de determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, ou seja, possibilitou a concessão de medidas cautelares atípicas. Porém, não existia, até então, a previsão do poder geral de antecipação satisfativa, ficando o juiz restrito à possibilidade de concessão das medidas antecipatórias expressamente previstas na lei, como nas ações possessórias e no mandado de segurança.

A omissão no Código de Processo Civil da concessão de medidas antecipatórias satisfativas ocasionou a utilização demasiada do poder geral de cautela, ou seja, desviou-se a finalidade essencial das cautelares, que têm por fim apenas assegurar a viabilidade da realização de um direito, sem caráter de satisfatividade. Como forma de suprir a lacuna, começou-se a utilizar o poder geral de cautela para conceder medidas antecipatórias satisfativas como se cautelares fossem, criando-se as chamadas “cautelares satisfativas”.

Segundo Marinoni:

inefetividade do antigo procedimento ordinário transformou o art. 798 do CPC em autêntica “válvula de escape” para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva. De fato, a tutela cautelar transformou-se em

¹⁴ Idem. Ibidem. p. 465.

técnica de sumarização do processo de conhecimento e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente poderia ser concedida ao final¹⁵.

Diante disso, o Código de Processo Civil sofreu significativas alterações por meio da Lei 8.952/1994, que introduziu a tutela antecipatória, prevista nos artigos 273 e 461, §3º. Os motivos dessas alterações foram que a demora do procedimento comum não era mais suportável e era necessária a criação de tutela sumária satisfativa, bem como a maioria dos doutrinadores e dos tribunais não aceitavam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada como ação cautelar inominada.

Acerca do assunto, destacam-se as lições de Didier.

Se de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da *forma normativa* do princípio da adequação: diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento do estudo da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria¹⁶.

De acordo com os artigos 273 e 461, § 3º do CPC, *in verbis*:

Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
1. I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
2. II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;

(...)

Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

(...)

§ 3º - Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificadíssimo receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada¹⁷.

¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme, 2008, p.198.

¹⁶Ibidem, p. 466. Nota 11.

¹⁷Ibidem, p. 523 - 671. Nota 8.

Observa-se que o §3º, do art. 461 destina-se à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, e o art. 273 cuida da antecipação dos efeitos da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e de prestações pecuniárias. Portanto, a utilização de “ações cautelares satisfativas” não mais se justifica.

4 Aplicação do princípio da fungibilidade no direito processual civil brasileiro

4.1 A fungibilidade no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Civil, no art. 85, estabelece o conceito de coisa fungível nos seguintes termos: “são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

Verifica-se, pelo dispositivo acima, que a fungibilidade está ligada à ideia de substituição de alguma coisa por outra, sem que haja prejuízo.

Essa é a ideia preliminar da fungibilidade, na seara do direito privado.

No âmbito processual, a fungibilidade é um mecanismo bastante empregado. Como observado nas ações possessórias que são fungíveis, conforme o disposto no art. 920 do CPC, onde dispõe: “a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados”.

Acerca da fungibilidade, oportunas as considerações de Destefanni (2006, p. 315), que informa: “a fungibilidade minimiza a regra da estrita adstrição da decisão judicial ao pedido da parte, dando maior poder ao magistrado para determinar, ao caso concreto, uma providência mais adequada do que a solicitada pela parte.”

Aplica-se também o princípio da fungibilidade no âmbito dos recursos, que no Código de Processo Civil de 1939 era expressamente previsto no art. 810, nos seguintes termos: “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviado à câmara, ou turma, a que competir o julgamento”. Hodiernamente, não há mais essa previsão no Código de Processo Civil, porém, a maioria dos doutrinadores entende tratar-se de manifestação do princípio da instrumentalidade das formas.

Nesse diapasão, aplica-se o princípio da fungibilidade aos recursos cíveis para aceitar, ante a existência de dúvida objetiva, a interposição de recurso incorreto como se correto fosse.

Outra situação que se aplica o princípio da fungibilidade se refere à

tutela específica da obrigação de fazer ou de não fazer, como demonstrados pelos artigos 84, §3º do CDC (Código de Defesa do Consumidor) e o 461 do CPC, estabelecendo que o juiz concederá a tutela específica da obrigação de fazer e não-fazer ou determinará o resultado prático equivalente, ou melhor, determinando medidas mais adequadas à satisfação do direito material. Como por exemplo: busca e apreensão; remoção de coisas e pessoas; desfazimento de obra; impedimento de atividade nociva, entre outras.

4.2 Fungibilidade entre as tutelas de urgência e o §7º, do art. 273 do CPC

A Lei 10.444/2002, dentre as várias modificações introduzidas no Código de Processo Civil, acrescentou o §7º, no art. 273 do CPC, instituindo a fungibilidade entre a tutela antecipada e a tutela cautelar. Nos exatos termos do §7º estabelece que: “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Nesse sentido, Bedaque esclarece:

Tal regra tem nítida inspiração no princípio da instrumentalidade das formas. Muitas vezes o próprio legislador prever expressamente a possibilidade de adoção, pelo juiz, de técnica processual distinta daquela pretendida pela parte, por considerá-la mais adequada à situação¹⁸.

Segundo a exposição dos motivos da Lei 10.444/2002, que introduziu o §7º, no art. 273, foi para evitar a necessidade de requerer nova medida cautelar, obedecendo, desta forma, o princípio da economia processual.

Como sugeriu o Ministro Athos Gumão Carneiro apud Bedaque (2009, p. 417) ao justificar tal medida: “a redação proposta para o §7º atende ao princípio da economia processual, com adoção da fungibilidade do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso”.

Alguns doutrinadores defendem que além dos requisitos gerais para concessão da tutela cautelar, *fumus boni iuris e periculum in mora*, um outro deve ser também preenchido para que tenha aplicabilidade da regra da fungibilidade, qual seja: que haja dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza. Em outras palavras, só seria permitida a aplicação do dispositivo em hipóteses excepcionais, quando existisse fundada dúvida acerca da medida de urgência

¹⁸Ibidem, p. 417. Nota 5.

correta e adequada para o caso, ficando excluída a medida se a parte incorrer em erro grosseiro.

O que se observa é que se acirraram discussões doutrinárias em torno da aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

Alguns defendem apenas a fungibilidade de mão única (regressiva) nos exatos termos da lei; outros defendem a aplicação da fungibilidade de mão dupla (progressiva). Acerca do assunto vejamos alguns posicionamentos.

Parte da doutrina entende que o §7º, do art. 273 não é muito claro e, como os pressupostos da tutela antecipada são mais fortes que os da tutela cautelar, não haveria possibilidade de via inversa, ou seja, não há viabilidade da fungibilidade progressiva. Dentre os adeptos desse entendimento cita-se Theodoro Júnior, que defende:

o que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio¹⁹.

Contudo, há posicionamentos contrários como o de Marinoni, que defende em situações excepcionais a fungibilidade em sentido duplo, conforme esclarece:

o fato de ser possível pedir tutela cautelar no processo de conhecimento não tem relação direta com a possibilidade de concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido solicitada cautelar, ou com a ideia de fungibilidade (presente no art. 273, §7º). A concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente²⁰.

Dinamarco apud Destefenni (2006, p. 316) explica a razão da fungibilidade entre as referidas tutelas de urgência: “Cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo”. Esclarece ainda Dinamarco que “não há fungibilidade em uma só direção, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto pode substituir um por outro, como outro por um”. No mesmo sentido, se posiciona Destefenni ao defender a fungibilidade em mão dupla:

¹⁹THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.421.1v.

²⁰Ibidem, 2008, p. 229. Nota 4.

Tais tutelas, pelo fato de serem distintas, são fungíveis por expressa determinação legal. A fungibilidade opera no duplo sentido, e demonstra a diferença entre as tutelas, pois se fossem a mesma coisa não seriam fungíveis. Além disso, é importante observar que a tutela cautelar está relacionada à efetividade do processo principal, ao passo que a tutela antecipada interessa às partes, antecipando o momento satisfativo da pretensão²¹.

Portanto, observa-se que os doutrinadores não chegaram a um consenso se há ou não a possibilidade de se estender a aplicação do princípio da fungibilidade previsto no § 7º, do art. 273 do CPC, ou seja, se poderá alterar o pedido de tutela cautelar para tutela antecipada, tendo em vista que a lei apenas dispõe expressamente a fungibilidade regressiva. Há que se observar também que a aplicação do referido princípio possibilitou que a tutela cautelar ocorresse no bojo do processo de conhecimento, sem a necessidade de interpor o processo principal.

Mas o que se observa, na verdade, é que a fungibilidade expressa no § 7º, do art. 273, do CPC, vai além dos fundamentos apresentados na referida exposição dos motivos, qual seja: economia processual. Percebe-se uma maior possibilidade de flexibilização e ampliação da aplicação das técnicas cautelares e antecipatórias, simplificando a aplicação das tutelas de urgência, em detrimento do rigor na diferenciação entre as referidas tutelas.

5 Conclusão

Após os fundamentos acima expostos acerca da evolução da teoria processual, constata-se que a concepção de processo deva ser considerada sob o aspecto instrumental. Ou seja, é imprescindível aproximar o direito processual do direito material.

A partir disso, houve significativos avanços na seara processual, com valorização dos direitos humanos pautados nas garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e, principalmente, da necessidade de tratar o processo como instrumento de acesso à ordem jurídica justa.

No tocante ao processo civil, este passou por expressivas mudanças com a finalidade de agilizar e efetivar as decisões judiciais. Para tanto, foi necessário implementar algumas técnicas, como, por exemplo, as tutelas de urgência, para atingir a efetividade da prestação jurisdicional, em casos de lesão grave ou de difícil reparação.

²¹DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.317. 1v.

A Lei 10.444/2002 representou um grande avanço, pois, dentre as várias modificações no Código de Processo Civil, instituiu-se a fungibilidade entre as tutelas de urgência, ao acrescentar o § 7º, no art. 273, reforçando a necessidade de aproximar as tutelas cautelares e antecipatórias.

Tendo em vista a necessidade de prestar uma tutela jurisdicional realmente efetiva, constata-se que a fungibilidade estampada no § 7º, do art. 273, do CPC possibilita uma maior flexibilização e ampliação da aplicação das técnicas cautelares e antecipatórias, simplificando, dessa forma, a utilização das tutelas de urgência, em detrimento da diferenciação entre as mesmas, bem como dos formalismos que sempre nortearam o processo civil.

Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 1v.

_____. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 3v.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. *As tutelas de urgência e a fungibilidade de meios no sistema processual civil*. São Paulo: BH, 2006.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v.

DIDIER JR, Fredie; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. 2v.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da tutela de urgência*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Antecipação da tutela*. 10.ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 .1v.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO



**1920 - Praça Pedro Américo - João Pessoa-PB
(Acervo Arion Farias)**

A INTERVENÇÃO FEDERAL NO DISTRITO FEDERAL (IF 5.179/DF): INSTRUMENTO DE RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO FEDERATIVO E DE HARMONIZAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Gustavo Farias Alves
Advogado

“O sonho de todo jardineiro é um jardim sem ervas daninhas”
(John Le Carré – O Jardineiro Fiel)

1 Introdução

O presente trabalho trata de questões da ordem do dia, quais sejam as denúncias de corrupção no Distrito Federal e de como o mecanismo excepcional da Intervenção Federal pode ser utilizado para a garantia dos princípios sensíveis insertos na Constituição Republicana.

Analisaremos os pressupostos da Intervenção Federal no Brasil e como eles são atendidos no caso concreto da IF 5.179/DF, levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República.

O prisma jurídico é o utilizado – apesar da natureza também política da decisão que permite ou não a intromissão de um ente da federação em outro.

O caso concreto tratado é emblemático, pois demonstra com maior relevo as repercussões de atos, fatos ou mesmo da omissão de governantes locais no contexto da República. As denúncias de corrupção no Distrito Federal interessam diretamente a todos os brasileiros, pois tributos de todos são destinados a um fundo mantenedor daquele ente federado.

Com base na doutrina e na jurisprudência nacionais, com abalizadas opiniões, inclusive de Ministros do Supremo Tribunal Federal, buscou-se demonstrar a necessidade e utilidade de intervir no Distrito Federal, como forma de assegurar o Estado Democrático de Direito, reequilibrando a federação e harmonizando as funções estatais locais.

Por fim, mostraremos que os pressupostos definidos na Constituição da República para a decretação da Intervenção Federal, com a devida nomeação de interventor por meio de *decreto interventivo*, foram peremptoriamente preenchidos na *representação* formulada pelo Procurador-Geral da República, mas o julgamento pelo STF leva em conta questões outras, de cunho político, que fogem das nossas possibilidades de análise.

2 Forma de estado, forma de governo e regime de governo

Traçamos, de forma sucinta, os conceitos gerais da forma de Estado, forma de Governo e regime de Governos adotados no Brasil, para que sirvam

de parâmetro a posterior análise dos pressupostos da *representação interventiva*, ante o Distrito Federal, que ora está sob análise do Supremo Tribunal Federal.

2.1 A federação (“divisão” espacial do poder)

Uma das características da federação é a descentralização político-administrativa, pois Estado Composto.

Na descentralização administrativa, outros centros, e não apenas um, prestarão serviços, exercendo prerrogativas, competências e deveres públicos de natureza administrativa, para bem atender ao interesse público.

Na descentralização política há outros polos *capazes* politicamente, ou seja, polos com capacidade legislativa, esta estabelecida na constituição.

Porém, atente-se para o fato de que se houver possibilidade de revogação da descentralização política, através da vontade única e exclusiva de um ente, estar-se-á ante um Estado Unitário, isto é, não basta a descentralização político-administrativa, é necessário que haja uma fixação dessa dupla descentralização na Constituição do Estado (Estado como ente reunidor das vontades dos membros que o compõe) – no sentido de Constituição Federal.

Há, pois, na federação, como “forma de Estado”, a unidade Jurídica do todo, integrada por normas com diferentes âmbitos espaciais de validade.

Vem ao caso, então, as ideias de soberania e autonomia. A primeira como expressão da unidade de uma ordem, pois poder de império na ordem interna e independência na ordem internacional. E aqui não cabe a discussão se a “divisão espacial do Poder” fere ou não a soberania Estatal, pois se não estaríamos a tratar de uma Confederação de Estados.

E a autonomia, o que ora mais nos interessa neste trabalho, diz respeito à ordem interna. A comportar as graduações já citadas: autonomia administrativa e autonomia política. É a autonomia do ente federado que é atingida quando da adoção da intervenção seja da União nos estados ou no DF (ou em municípios localizados em território federal), seja dos estados nos municípios. É a autonomia, assegurada constitucionalmente, fator preponderante do Estado Federal. Mas não só. Necessita ele também da participação da vontade das partes na vontade geral, através do Senado, e da autoconstituição das unidades parciais, através das constituições locais, estabelecedoras, inclusive, dos órgãos legislativo, executivo e judiciário próprios (TEMER: 2008, p. 65).

Assim sendo, o Distrito Federal caracteriza-se como ente da federação autônomo devido a sua capacidade de (MORAES: 2008, p. 287):

- Auto-organização: através da Lei Orgânica¹ e das leis distritais (art. 32 da Constituição da República);
- Autogoverno: através das eleições para Governador, Vice- Governador e Deputados Distritais;
- Auto-administração: através do exercício das competências administrativas, legislativas e tributárias (art. 25, §1º da Constituição da República).

São esses os elementos caracterizadores do Distrito Federal, que o concebem como ente autônomo e possibilitam a Intervenção da União em seu governo, administração e organização.

2.2 A República

Como forma de Governo, a República se impõe no Brasil, mesmo que para muitos apenas formalmente, desde 15 de Novembro de 1889.

Para Aristóteles, em sua definição clássica, a República se contrapõe aos conceitos de Monarquia e de Aristocracia. Já para Maquiavel, ou os Estados são Repúblicas ou Principados (Monarquias), inclusive o constituinte de 1988 corrobora esta ideia no art. 2º do ADCT, ao estabelecer a escolha, através de plebiscito, da forma de governo, dentre essas duas opções.

É na bifurcação de Maquiavel que vamos no ater, caracterizandoas sinteticamente: na Monarquia há hereditariedade e vitaliciedade do chefe de Estado, já na República há a sua eletividade periódica.

No Brasil, a República é princípio fundamental (art. 1º da CRFB), ensejando, inclusive, intervenção federal no ente que o desrespeitar (art. 34, VII, *a* da CRFB).

Porém, o fator mais importante na definição da forma de Governo não é o da hereditariedade ou não do chefe de Estado, mas sim o de sua responsabilização ante o Povo, pois no Império há imunidade absoluta a beneficiar o Imperador. Quebrado esse dogma quando tratamos de República.

Como assevera José Afonso da Silva, “[a República] se opõe a toda forma de tirania” (SILVA: 2000, p. 106) e é ela o mecanismo que define que toda a *res* (coisa) é do Povo, dando meios para a implantação de uma Democracia e não de um regime ditatorial, pois, convenhamos, é muito mais prático para o chefe de Estado assentar um regime de exceção quando o seu Poder se apoia em outros meios que não o Poder popular.

¹Com *status* de Constituição Estadual.

Assentando o conceito do princípio republicano temos que não só o chefe de Estado deve se portar em proveito do Povo, mas também assim deve agir o chefe de Governo, pois com entendimento contrário estaríamos a não dar importância ao dispositivo constitucional que permite a intervenção (art. 34, VII, *a* da CRFB) no ente federado que o desrespeitar. Temos, então, que a *res pública* é suprema e indisponível, ensejando comportamento conforme a vontade popular, inclusive dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal.

Geraldo Ataliba sintetiza bem essa forma de Governo, que deve decidir “à luz da responsabilidade, eletividade e temporariedade”, sendo a responsabilidade o “penhor da *idoneidade* da representação popular” (ênfase acrescida) (ATALIBA *apud* LEWANDOWSKI: 1994, p. 108).

Como assevera Comparato, baseado em Montesquieu, “o espírito da república é viverem os cidadãos segundo a virtude”, e esta consiste “em que todos os cidadãos se considerem iguais” (COMPARATO: 2006, p. 619).

Parece que alguns agentes políticos do DF se consideram acima das Leis e da Constituição, como veremos adiante, ferindo de morte este princípio sensível.

2.3 Democracia: o governo em proveito do povo

Finalmente chegamos ao conceito do regime de Governo adotado no Brasil, qual seja, o regime democrático. Vivenciamos um Estado *Democrático* de Direito (art. 1º da CRFB).

Sob este aspecto, é patente a evolução de um Estado meramente formal (Estado de Direito) para um Estado material (Estado Democrático de Direito), pois agora o conteúdo alia-se à forma para garantir ao indivíduo e à sociedade o princípio maior do Direito Constitucional, que se irradia para todo o ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade humana. A intenção deste regime de Governo é incorporar cada um do povo no próprio Governo: “como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo no mecanismo do *controle das decisões*” (ênfase acrescida) (SILVA: 2000, p. 122).

Assim, o próprio Povo atua na defesa da *res pública*. É assim que vemos que os conceitos de República e Democracia estão imbricados.

Nas palavras de Comparato: “A democracia constitui, pois, o complemento necessário da república” (COMPARATO: 2006, p. 636). Sem olvidar que há Monarquia constitucional, a exemplo da Britânica, materialmente mais democrática que a nossa pobre República.

Num sistema semidireto, como o nosso, onde os parlamentos, os chefes do Executivo, ou mesmo os membros do Judiciário² devem representar o Povo temos que “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e *em proveito do povo*” (ênfase acrescida) (SILVA: 2000, p. 130).

Não cabe, pois, na Democracia um governo que exerça o poder em proveito dos próprios governantes. A corrupção, por exemplo, mostra-se como deturpadora dos princípios democrático e republicano.

Não há espaço, em um Estado que se guie por estes princípios, para governantes que se locupletem à custa dos contribuintes.

Vemos então que a Democracia não se consubstancia na simplista ideia de eleições periódicas. São princípios fundamentais ou primários da Democracia (SILVA: 2000, p. 135):

- A soberania popular;
- A participação, direta ou indireta, do povo no poder.

Fere a soberania popular o governo corrupto. Mesmo que tais governantes desonestos não sofram as consequências devidas e mesmo que durem no poder, não obstante a lição de José de Alencar: “Terá longevidade na política aquele que nela ingressa para servir, e não para servir-se”.

Age, pois, o Ministério Público, para evitar o colapso, com o povo reivindicando e atuando conforme a própria soberania, já que “o povo, embora proclamado soberano oficial, é, na prática, despido de todos os poderes ativos” (COMPARATO: 2006, p. 640). A Procuradoria-Geral da República, através do pedido da Intervenção Federal, atua como instrumento da própria soberania popular!

3 As funções estatais (“divisão” orgânica do poder)

Temos a exata noção de que o Poder é uno, pois atributo do Estado. Assim, quando nos reportamos à “repartição” do Poder, ou “tripartição” do Poder, conforme doutrina de Montesquieu, referimo-nos à repartição das Funções do Estado.

Referimo-nos, então, a apenas uma das três acepções da palavra Poder na ordem constitucional vigente (TEMER: 2008, p. 120), segundo elucidação do Ministro do STF, Carlos Ayres de Britto, quais sejam:

²Na Itália isto é visto mais facilmente, pois toda sentença é dedicada ao povo italiano, em nome do qual é pronunciada.

- Revelação da soberania (parágrafo único do art. 1º da CRFB), no sentido de “governo”;
- Órgãos do Estado (art. 2º da CRFB): órgão Executivo, órgão Legislativo e órgão Judiciário;
- Funções Estatais (arts. 44, 76, 92 da CRFB): função Assim, cada órgão desempenha funções Estatais distintas, classificadas como típicas ou atípicas, a depender do maior ou menor grau de atuação de cada órgão com cada uma das funções – tudo definido constitucionalmente.

Tal doutrina surge como meio de retirar as funções estatais das mãos de única pessoa. Sua finalidade é evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, através da limitação de poderes (pois “dividir” é limitar) para garantir o Estado *Democrático* de Direito, onde impera a responsabilidade dos gestores públicos, pois *República* (MORAES: 2008, p. 402), diferindo-se do Estado onde há centralização do Poder.

Tal doutrina fundamenta-se na especialização funcional – em cada órgão prepondera uma função – e na independência orgânica – cada órgão é independente (SILVA: 2000, p. 113). Constituindo-se como “princípio fundamental da organização política liberal” (MORAES: 2008, p. 402).

No dizer de Paulo Bonavides “precisava-se sepultar nos espíritos a Idade Média, o corporativismo, a feudalidade e seus privilégios, o absolutismo do rei e sua contradição com a realidade moderna” (BONAVIDES: 2009, p. 66).

Como “corretivo à técnica separatista” (BONAVIDES: 2009, p. 74) premente se fez a elaboração do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), onde cada órgão desempenha função distinta e, ao mesmo tempo, a atividade de cada qual caracteriza-se como forma de contenção da atividade de outro órgão do poder, isto como mecanismo de harmonização entre os órgãos desempenhadores de funções estatais, conforme art. 2º da Constituição Republicana.

Outrossim, a doutrina da “tripartição de poderes”, de cunho notoriamente político (segundo Jellinek) serviu para “fundar o Estado constitucional” e para “amparar e explicar a organização do Estado federal” (BONAVIDES: 2009, p. 76).

No Brasil é notória a hipertrofia do Executivo, mas tal relevo desta função estatal encontra limites na própria constituição. Não pode o chefe do Executivo se utilizar de meios ilícitos para se sobrepor aos outros “órgãos do Estado”.

De vital importância é a lição do grande constitucionalista e cientista político cearense, Paulo Bonavides, no sentido de relativizar o dogma da “tripartição de poderes”, pois a sua observação nunca foi cumprida a contento, a harmonia ou a cooperação devem ser sempre buscadas a todo instante:

“Sua simples presença no corpo das Constituições presidencialistas não fez nosso homem mais livre. Como nunca se praticou a contento e os mais de cem anos da existência republicana estão, hoje, a repudiá-lo, o que dele recebemos não foi jamais a lição da liberdade, que ele nunca nos pôde ministrar, senão a prepotência ditatorial dos governos que tiveram sempre a assiduidade de contraditá-lo, *humilhando e enfraquecendo o Poder Legislativo, afogando-o em crises periódicas*, de que os últimos acontecimentos de nossa vida constitucional dão, aliás, triste cópia” (ênfase acrescida)³.

4 A intervenção Federal no Brasil

Com base no princípio federativo temos que a regra é a da autonomia dos entes federados (“cabeça” dos arts. 34 e 35 da CRFB). A intervenção é exceção. Não trataremos no presente trabalho da intervenção dos estados-membros nos municípios, nem da intervenção da União nos estados-membros ou nos municípios localizados em território federal, mas tão só da intervenção da União no Distrito Federal.

Tal medida política origina-se, historicamente, com a aprovação da *Lei Hamilton*, em 1791, pelo Congresso dos Estados Unidos da América (BULOS: 2008, p. 617).

Na Constituição da República, o tema é tratado no Título III (Da Organização do Estado), Capítulo VI (Da Intervenção), nos arts. 34 (estabelece os *pressupostos materiais* para a intervenção federal) e art. 36 (estabelece os *pressupostos formais* para a intervenção federal).

Como nosso Estado é do tipo federal temos a figura da União, como pessoa jurídica de direito público, com capacidade política. Nesse sentido, a União se manifesta pela Federação, no plano interno, quando intervém nos estados-membros ou no Distrito Federal (TEMER: 2008, p. 80). A União faz valer a vontade de todos os entes da federação, trata-se da conjugação das vontades, pois, quando formado o Estado Federal, os seus membros abdicam da soberania, permanecendo apenas com a autonomia, como já explicado.

A intervenção federal afasta, temporariamente, a autonomia estadual ou distrital, ou parcela desta, visando a manter a integridade dos princípios basilares da Constituição da República (TEMER: 2008, p. 80).

³BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 88.

O rol elencado no art. 34 é taxativo e não permite que outros pressupostos materiais sejam considerados para efeito de intervenção federal.

A intervenção federal configura-se como a sanção politicamente mais grave em um Estado Federal, visando a manter o equilíbrio federativo (MORAES: 2008, p. 268), sendo decretada por ato privativo do chefe do Executivo (MORAES: 2008, p. 312).

Através da intervenção federal pode-se apenas suspender a execução do ato impugnado (§ 3º do art. 36 da CRFB) ou também afastar as autoridades estaduais (ou distritais) de seus cargos, nomeando-se interventor, para cuidar do ente federado, administrativa e politicamente, legislando através de decreto.

José Afonso da Silva define a intervenção federal como ato político, nos seguintes termos: “incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta” (SILVA: 2000, p. 486).

Para chegar a tal extremo, todo o procedimento foi delineado constitucionalmente, passando por três fases, sendo uma delas variável de acordo com cada hipótese de intervenção: iniciativa; fase judicial (presente nas hipóteses do art. 34, VI e VII); decreto interventivo; controle político (ausente nas hipóteses em que ocorrer a fase judicial).

No caso da IF 5.179 temos: iniciativa do PGR; fase judicial: apreciação da *representação* pelo STF; decreto interventivo: do Presidente da República. Neste caso, não se apresenta a figura do controle político, pelo menos num primeiro momento, pois o decreto interventivo estará vinculado à decisão proferida pelo STF.

Como, em hipótese, temos um caso de requisição judicial, vale reproduzir a lição do Ministro do STF, Ricardo Lewandowski:

“tratando-se de requisição judicial, não poderia o Legislativo obstá-la, sob pena de vulnerar o princípio da separação dos poderes. Entretanto, existindo qualquer vício de forma ou eventual desvio de finalidade na decretação da intervenção, o Congresso Nacional poderá suspendê-la, a qualquer tempo, com fundamento no art. 49, IV, da Constituição em vigor.” (ênfase acrescida) 162⁴.

4.1 O caso concreto da intervenção federal no Distrito Federal (if 5.179/df)

Neste caso concreto há o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República e apresentado ao Supremo Tribunal Federal, que no seu julgamento dará ou não provimento ante a avaliação do preenchimento dos pressupostos formais e materiais estabelecidos constitucionalmente de forma taxativa.

⁴LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 162.

Há que se levar em conta que parte da doutrina fala, quando da ação proposta pelo PGR nesses casos de Intervenção Federal, como *ação direta de inconstitucionalidade interventiva*. A despeito da Constituição da República falar em *representação* do PGR:

“Art. 36 A decretação de intervenção dependerá:

“III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de *representação* do Procurador-Geral da República, *na hipótese do art. 34, VII*, e no caso de recusa à execução de lei federal;” (ênfase acrescida)⁵.

Nesse sentido, Uadi corrobora as palavras de Alfredo Buzaid, quando afirma que a *representação* possui a mesma natureza jurídica da *ação*, pois se trata do “poder de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato arguido de inconstitucionalidade” (Alfredo Buzaid apud BULOS: 2008, p. 626, 627). A despeito desses ensinamentos, e levando-se em consideração que a *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* possui dupla finalidade, a saber:

- 1) “Uma jurídica (declarar a inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual ou distrital);
- 2) “Outra política (decretar a intervenção federal no Estado membro ou no Distrito Federal)” (BULOS: 2008, p. 623).

Veremos que a atuação da PGR, *in caso*, não atende à finalidade jurídica da ação. O que o chefe do Ministério Público fez, atendendo-se ao rigor jurídico dos conceitos, foi mesmo *representar*, no sentido de ato do Ministério Público junto ao Poder Judiciário com o objetivo da decretação de intervenção federal no Distrito Federal, mas com único e exclusivo intento de nomeação de um interventor, ou seja, preservando apenas a finalidade política do ato.

1.2 Pressupostos Formais da Intervenção no Distrito Federal

É no art. 36 da Constituição da República que encontramos os pressupostos formais da Intervenção Federal no Brasil. Neste caso sob análise, o pressuposto estabelecido pelo inciso III do referido artigo, supracitado, dá legitimidade ao Procurador-Geral da República da *representação* no caso de violações aos princípios constitucionais sensíveis arrolados nas alíneas de “a” a “e”, do art. 34, VII.

⁵BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

Esses princípios ditos sensíveis são “indispensáveis para a identidade jurídica da federação” (MENDES: 2009, p. 855). São sensíveis, pois estão enumerados na Constituição, mas também porque essa sensibilidade “em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso, é a intervenção nos Estados [ou no Distrito Federal], exatamente para assegurar a sua observância” (SILVA: 2000, p. 596).

A legitimidade do PGR, no caso, é incontestável, ou seja, o pressuposto formal foi devidamente atendido. Resta saber se atendidos estão, também, os pressupostos materiais, nas alegações feitas, para os fins de Intervenção Federal no Distrito Federal. A força material das alegações é que permitirá o provimento da representação pelo STF, que requisitará ao Presidente da República a edição de *decreto interventivo*.

Mesmo ainda pendente de julgamento pelo STF (IF 5.179/DF) passaremos à análise dos seus pressupostos materiais. E das implicações políticas de tal ato, caso seja deferido, no contexto político atual.

4.3 Pressupostos Materiais da Intervenção no Distrito Federal

Passaremos, então, a expor os fatos e os fundamentos jurídicos, em apertada síntese, elencados pelo Procurador-Geral da República quando da petição inicial e que levariam, em tese, à adoção da medida excepcional da Intervenção Federal no Distrito Federal.

4.3.1 Dos fatos embaixadores da Intervenção no ente distrital

Quanto aos fatos temos que: por causa da “Operação Caixa de Pandora” deflagrada pela Polícia Federal, mostrou-se comprometido com esquemas de corrupção tanto o Governador do DF, José Roberto Arruda, quanto o Vice-Governador, Paulo Octávio, além de Secretários e Deputados Distritais que formam a “base” de sustentação ao Governador na Câmara Legislativa.

O caso foi denominado pela imprensa como “mensalão do Partido Democratas”. Pois o Democratas era o Partido Político do Governador, do qual ele se desfilou para evitar a expulsão, não podendo ser candidato nestas eleições de 2010, pois o prazo para novas filiações já estava esgotado.

Naquele ente federado investigam-se atos de fraude a procedimentos licitatórios, formação de quadrilha e desvio de verbas públicas. Além do pagamento a pessoas integrantes da base aliada ao governo, por intermédio das mesmas empresas beneficiadas nas licitações supostamente fraudadas.

Foram divulgados vídeos – obtidos com autorização judicial que demonstravam nitidamente o recebimento de dinheiro por parte, inclusive, do

Governador, tornando evidentes os fortes indícios da prática de corrupção no DF, dando ensejo a que a seccional da OAB em Brasília protocolasse pedido de *impeachment* do Governador e do Vice-Governador e de afastamento dos Deputados Distritais envolvidos no escândalo por quebra de decoro parlamentar.

Porém, houve absoluta inércia da Câmara Legislativa do DF na apuração das responsabilidades dos agentes envolvidos. Com afronta patente aos princípios regentes da Administração Pública: “20. [...] não obstante haja norma de reprodução obrigatória – constante da Lei Orgânica do Distrito Federal – para apurar, processar e julgar os que não tenham agido na conformidade dos princípios regentes da Administração Pública” (p. 8 da petição inicial na IF 5.179/DF).

Além do abuso de poder sobre servidores ocupantes de cargos comissionados, obrigando-os a participar de manifestações pró-Arruda, desviando, inclusive, a finalidade de bens públicos em prol do Governador investigado (p. 9 da petição inicial na IF 5.179/DF).

A coação de testemunha, que ensejou a prisão do Governador, determinada pelo STJ e mantida pelo STF quando do julgamento e da denegação do pedido de ordem, em medida liminar no HC 102.732/DF, foi outro ponto elencado pelo PGR como fato notório da deturpação dos princípios sensíveis naquele ente federado.

O controle ilícito dos parlamentares da Câmara Legislativa também foi evidenciado na inicial, pela PGR, mas apenas para fortalecer a argumentação, no sentido de demonstrar a necessidade da Intervenção Federal. Já que a Intervenção Federal que vise a restabelecer a harmonia das funções estatais, segundo a Constituição Republicana, só pode se operar segundo solicitação do poder coato ou impedido (pressuposto formal estabelecido no art. 36, I da CRFB). Em outras palavras, para “garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação” (art. 34, IV) e, no caso concreto, para garantir o livre funcionamento da Câmara Legislativa, a intervenção só se operaria caso a própria CL do DF deliberasse no sentido de buscar o remédio da Intervenção Federal (atendendo ao pressuposto formal do art. 36, I para assegurar o pressuposto material do art. 34, IV).

Despiciendo dizer que tal atitude não foi tomada pelo Poder Legislativo local, porque a maioria dos parlamentares daquela casa encontra-se sob investigação, envolvidos, direta ou indiretamente, no escândalo de corrupção. A base do governo, nesse sentido é muito coesa, visando a uma autoproteção e à proteção do Governador investigado, tudo de forma indevida, a desrespeitar os princípios republicano e democrático.

Cumprе salientar, ademais, que os problemas de corrupção no DF dizem respeito a toda a Federação, e não é só por um sentimento de solidarieda-

de, é porque do orçamento do DF em 2009, de um total de R\$ 19,6 bilhões, R\$ 7,6 bilhões (ou seja, 38,8 %) são frutos do Fundo Constitucional do DF, onde tributos de todos os brasileiros se somam para fornecer a este ente federado as condições de auto-organização.

Não houve, até o momento, o julgamento político, necessário e previsto na Lei Orgânica do DF. Não houve sequer a autorização para a instauração do processo contra o Governador e o Vice-Governador (conforme art. 60, XXIII da Lei Orgânica do DF). Muito menos haverá um julgamento equidistante e imparcial como se faz necessário, visto que a maior parte dos integrantes daquele parlamento encontra-se sob o manto da suspeição, gerando insegurança institucional, por quebra de princípios como os do devido processo legal, da celeridade, da eficiência e da moralidade administrativa (p. 13 da petição inicial na IF 5.179/DF).

Assim, afigura-se naquele governo local a sua completa ilegitimidade, tanto objetiva como subjetiva. A primeira porque as instituições daquele ente não se encontram em conformidade com um conjunto de princípios e regras de comportamento (COMPARATO: 2006, p. 593) constitucionalmente estabelecidos. A segunda porque a maioria do povo do DF aprova a utilização da IF para normalizar o estado atual de coisas. Ou seja, findou-se o elemento subjetivo da confiança do povo em seu governo (idem, p. 594).

4.3.2 Do Direito embaixador da intervenção no ente Distrital

Quanto à legitimidade para o PGR atuar no caso não resta dúvidas, como visto no ponto que tratou dos pressupostos formais da Intervenção Federal. Também não há dúvidas quanto à competência do STF para prover ou não o pedido de IF e do seu poder para requisitar ao Presidente da República que decrete a Intervenção.

Os princípios sensíveis que, segundo o PGR, foram atingidos estão inseridos na alínea “a” do inciso VII, do art. 34 da Lei Maior. A saber: a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático.

Cabe aqui uma reiteração: a Intervenção Federal no Distrito Federal poderia dar-se com fundamento no art. 34, inciso IV, ou seja, como instrumento garantidor da harmonia entre as funções estatais. Porém, como já se demonstrou, a própria Câmara Legislativa deveria solicitar tal medida excepcional, inclusive essa previsão é repetida no art. 60, IX de sua Lei Orgânica.

A atuação no Ministério Público neste caso, apesar de *imediatamente* atender ao fundamento da *restauração do equilíbrio federativo*, *mediatamente* atende também, à *harmonização das funções estatais* do ente federado. Claro está que o pedido do MP não poderia basear-se apenas e tão somen-

te neste fundamento, sob pena de indeferimento da *representação*, mas olvidar que este fim será atendido é desconhecer as próprias repercussões do ato de intervenção.

Ademais, no aditamento à petição inicial o PGR esclarece que o pedido de Intervenção compreende os Poderes Executivo e Legislativo. Corroborando a ideia de subordinação indevida deste àquele, por meio de ilegalidades que se tornaram públicas através de vídeos gravados com autorização da justiça. Com isso temos a materialização da busca constante da harmonia e cooperação lícita entre os “órgãos de Estado”, impedindo a usurpação indevida do Poder pelo Executivo local, pondo termo à subordinação e humilhação do Legislativo.

Assim nomear-se-á interventor para cuidar de ambos os órgãos estatais (Executivo e Legislativo): “Se [a intervenção] for em ambos, o interventor será também necessário para assumir as funções executivas e legislativas” (SILVA, 2000, p. 488).

O princípio republicano deve ser assegurado neste ente federado, não pode o Administrador Público, que se configura como mandatário, não ser responsabilizado por seus atos criminosos porventura praticados. Deve haver apuração de responsabilidades também no DF, pois essa pessoa jurídica não se encontra em nível superior às outras, a aplicação efetiva das normas é consubstanciadora do Estado de Direito, e o princípio republicano deve ser alcançado através dos mecanismos legais à disposição. A medida ora solicitada tem total fulcro nos princípios da razoabilidade, adequação e proporcionalidade, pois:

“que *esgotadas* as inúmeras medidas tendentes a recompor a ordem e a conferir legitimidade às decisões da Câmara Legislativa do Distrito Federal no curso da apuração das responsabilidades e a restaurar um mínimo de compostura numa administração distrital em que Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado aparecem envolvidos nos crimes, *alternativa não resta senão a intervenção da União no Distrito Federal*, no intuito de assegurar a observância do princípio republicano.” (ênfase acrescida) (p. 15 da petição inicial na IF 5.179/DF)⁶.

Nem mesmo o legalismo vazio hoje está a ser cumprido no DF. Nele, não há Estado de Direito, muito menos Estado Democrático de Direito, pois, para que haja, é necessário que os princípios sensíveis sejam efetivamente postos em prática em qualquer ente da federação, isso no ensina LEWANDOWSKI (p. 108), citado pelo PGR.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal nº 5.179/DF*.

Além de tudo, ministros do próprio Supremo já se manifestaram no sentido de aceitação da Intervenção da União em Estados ou no Distrito Federal com base em *situações fáticas* ou em *omissões*.

Não é apenas um ato inconstitucional que pode ensejar a IF. Até porque já vimos que a *representação* tem uma finalidade meramente política, diferindo da *ação direta de inconstitucionalidade interventiva* que possui dupla finalidade, uma jurídica e outra política.

Assim se pronunciou o Ex-Ministro Sepúlveda Pertence na IF 114⁷ (p. 24 da petição inicial na IF 5.179/DF):

“para a representação interventiva, que, no passado, era exclusivamente uma representação por inconstitucionalidade de atos *serva, hoje, à verificação de situações de fato*. É claro que isso imporá adequações, se for o caso, do procedimento desta representação à necessidade da verificação, não da constitucionalidade de um ato formal, mas da *existência de uma grave situação de fato atentatória à efetividade dos princípios constitucionais*, particularmente, aos direitos humanos fundamentais” (ênfase acrescida)

E o Ministro Gilmar Mendes⁸ assim ensina:

“Dessarte, restou *assentado*, com boas razões, na *jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* que não só os atos normativos estaduais, mas também atos administrativos, atos concretos *ou até omissões* poderiam dar ensejo à representação interventiva no contexto da Constituição de 1988” (ênfase acrescida).

Outro princípio sensível da Constituição Federal vulnerado pelas omissões, ou mesmo pelas graves situações fáticas existentes no DF, foi o princípio democrático, tendo em vista, *in caso*, a inobservância à soberania popular (art. 14 da CRFB), pois o voto dos eleitores domiciliados naquele ente foi desrespeitado a mais não poder. Como bem conceituado, pois, essa forma de governo se dá com o “controle das decisões” pelo povo, e os Deputados Distritais como representantes do povo se omitiram dos seus deveres, além de se caracterizar como governo “em proveito do povo”.

Claro está que a ofensa a tais princípios (e mesmo à separação dos poderes, de forma mediata) induz, indubitavelmente, à medida excepcional da Intervenção Federal no ente em questão, com o objetivo de resgatar a normalidade e a credibilidade institucional e de fazer valer os princípios mencionados.

O STF modulará, quando do julgamento da IF 5.179/DF, a amplitude

⁷ PERTENCE, Sepúlveda apud Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 27-09-1966, RTJ 160 1/3.

⁸ Idem apud Ministro Gilmar Mendes

do *decreto interventivo*, no caso, toda a área territorial que compreende o DF, o prazo da intervenção (que para o PGR deve ser até o fim do ano de 2010) e as condições de execução, ou seja, os limites de atuação do interventor (art. 36, §1º da CRFB). Cabe aqui a lembrança de que o STF constitui-se em corte também de cunho político e que o ato da IF, sobremaneira no caso em tela, é também de julgamento político, pois não é irrelevante a colocação de que a IF no DF, caso seja deferido o pedido do PGR, levará ao obstáculo disposto no §1º do art. 60 da CRFB: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”

Ao governo federal, mesmo que de coloração partidária diversa da do governo local, não interessa o obstáculo da proibição de emendar a constituição, mormente em ano eleitoral. Caberá aos excelentíssimos ministros do Supremo a melhor decisão política para o caso concreto em análise, sem olvidar que todos os requisitos jurídicos para a adoção do ato foram devidamente preenchidos.

5 Conclusão

Por oportuno, no presente trabalho, buscou-se a conceituação da forma do Estado brasileiro para assim entender como atua o mecanismo da intervenção da União no Distrito Federal, pois instrumento típico do Estado do tipo Federal.

Conceituou-se, outrossim, a forma de Governo e o regime de Governo. Desta feita, pudemos perceber que são princípios sensíveis insertos na Constituição Federal o republicano e o democrático, que buscam dar substância ao Estado.

A afronta a tais princípios é vedada pela ordem constitucional vigente, e a Intervenção Federal é instrumento hábil, apesar de excepcional, para a restauração do equilíbrio federativo.

Urge, como exposto, a preservação da identidade da federação, do Estado Democrático de Direito. O ato político da intervenção no Distrito Federal tem como finalidades a consecução do princípio republicano, com a responsabilização dos gestores públicos, e do democrático, como governo que se exerça em proveito do povo e não dos próprios governantes.

A “divisão” orgânica dos poderes foi tratada para demonstrar que há também a possibilidade da Intervenção Federal no Distrito Federal para preservar este princípio do Estado Liberal, para que as funções estatais permaneçam harmônicas naquele ente federativo, sem a hipertrofia ilícita e, por óbvio, inconstitucional, do Executivo ante o Legislativo local e que, mesmo de forma mediata, esse fim é alcançado pela IF 5.179/DF, proposta pelo PGR.

Foram apresentadas as linhas mestras da Intervenção Federal no Brasil, seus pressupostos materiais e formais, verificando-se a perfeita compatibilidade da *representação* do chefe do MP com os pressupostos insertos na Lei Maior.

A IF 5.179/DF, segundo o prisma jurídico, é perfeitamente admissível.

Um interventor nomeado pelo Presidente da República para assumir as funções executivas e legislativas assegurará, por certo, os princípios constitucionais sensíveis, reequilibrando o sistema federativo e harmonizando as funções estatais do Distrito Federal. Politicamente, essa análise só poderá ser respondida pelos Ministros do STF.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal nº 5.179/DF*. Relator Ministro Presidente do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3833652>>. Acesso em: 16 abri. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

A NOVA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: RAÍZES, DESENVOLVIMENTO E SUPERAÇÃO DO MODELO TEÓRICO-PRÁTICO DE HANS KELSEN

Carlos Romero Lauria Paulo Neto

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba
Professor do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ

1 Introdução

O presente ensaio lança luzes sobre os pressupostos históricos e teóricos, assim como sobre os elementos de implantação e desenvolvimento do modelo de Justiça Constitucional idealizado por Hans Kelsen e experimentado, pioneiramente, pela práxis do constitucionalismo austríaco do início do século XX. Colima-se adquirir uma compreensão sobre o percurso e a chegada do caminho evolutivo da Justiça Constitucional, para, ao cabo, configurar o perfil institucional e funcional que alcançou nos dias de hoje.

As origens, o desenvolvimento e até mesmo a superação do modelo teórico-prático concebido pelo prócer da *Escola de Viena* consubstanciam elementos fundamentais que conformam a espinha dorsal da Teoria da Justiça Constitucional.

As concepções de supremacia normativa constitucional e de engajamento do terceiro poder na garantia da constituição, já assentadas na América do Norte com mais um século de antecedência, tardaram a germinar na Europa, muito em razão de, durante todo o século XIX, candentes e persistentes “*mitos liberais*”¹, como os da superioridade do Parlamento, da separação ortodoxa de poderes e da perfeição e plenitude da lei, haverem imposto limitações incapacitantes ao poder judiciário, negando-lhe qualquer habilitação à censura sobre a obra do legislador.

O presente estudo procurará demonstrar que o modelo de Justiça Constitucional austríaco assentava em uma concepção de constituição ainda assaz impregnada por formalismos liberais, acomodados entre as premissas do positivismo normativista de Kelsen, de modo que o seu advento, longe de significar romper com o liberalismo, foi, na verdade, reflexo da então peculiar estrutura composta do Estado austríaco², que favoreceu a afirmação da supremacia da constituição nacional sobre as legislações parciais dos entes-membros.

Assim, em primeira aproximação, adiante-se que o modelo de Justiça Constitucional de Kelsen não resistiria ao ocaso definitivo da concepção liberal-formalista da constituição, perante a consolidação do Estado Social de Direito ao longo do século XX, sendo forçado a definitivas demudações evolutivas.

¹A respeito dos “mitos liberais” e confi gurando a sua superveniente “erosão”, v. OTERO, 2007:152 ss.

²Sobre o assunto, com maior extensão, v. JIMÉNEZASENSIO, 2005: 127-132.

Na esteira dessa desfiguradora evolução, paradigmas do modelo kelseniano originário – como o papel de mero *legislador negativo* reservado ao Tribunal Constitucional e, até mesmo, o caráter estritamente concentrado e abstrato do controle sobre a constitucionalidade das leis, marcado pelo alijamento do juiz no caso concreto da jurisdição constitucional (“*desconfiança em relação aos juízes*”) e pela não interferência dos fatos no controle de normas e na interpretação jurídica em geral – foram sendo cada vez mais deixados de lado.

2 Origens da Justiça Constitucional na Europa continental

No ambiente europeu-continental, antes do século XX, nenhum intento original de estabelecer um controle de constitucionalidade das leis alcançou efetividade ou sequer chegou a ser implantado. Dois modelos precursores dignos de registro são: no plano teórico, a célebre concepção do *jury constitutionnaire*, atribuída a Emmanuel Joseph Sieyès (1795) e, no plano da práxis, o sistema de proteção contra infrações à constituição, previsto na Constituição espanhola de 1812.

A propósito do primeiro, mencione-se que o modelo teórico de um *jury constitutionnaire*, o qual personificaria um guardião da Constituição, já assumia, como pressuposto, em moldes assemelhados ao que preconizava o então incipiente modelo norte-americano de *judicial review of legislation*³, a possibilidade de infração à constituição, para, por conseguinte, afirmar a necessidade imperiosa de se a fazer obedecer⁴.

Quanto ao segundo, o modelo espanhol do início do século XIX, não se tratava, na verdade, de um autêntico controle sobre a constitucionalidade das leis, mas de um sistema de proteção da constituição deduzido do Art. 373, da Constituição de 1812, cujo mecanismo consistia na tipificação, por via legal, de delitos que traduziam hipóteses de atos contrários à constituição⁵.

Pois bem. Os antecedentes continentais de menos remota referência e de maior ligação de pertinência e ascendência histórica frente a um efetivo e

³ A propósito, apontando a influência da doutrina federalista norte-americana, principalmente de Alexander Hamilton, sobre SIEYÈS, v. WEBER, 1986: 50.

⁴ “Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse donde residirá el guardián, la magistratura de ese código [...] Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer” (Apud PRIETO, 2003: 61)

⁵ Sobre o modelo, v. PÉREZ (1985: 63-5), que conclui o seguinte: “[N]o cabe pensar en que exista um atisbo de control de constitucionalidad de las leyes sino solo de actos contrários a la Constitución tipificados por la ley como delitos”.

autêntico *controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis*, somente deveras implantado no entreguerras do século XX, concernem e remontam aos conflitos justiciáveis entre as legislações federal e dos estados-membros nos incipientes Estados nacionais de estrutura composta (federal) de fins do século XIX, dos quais são exemplos marcantes a Alemanha e a Áustria⁶.

Na Alemanha, a Constituição de 1871, além de estabelecer uma repartição de competências entre os entes territoriais (*Länder*) e a Federação (*Bund*), estatuiu um princípio de primazia, ou cláusula de prevalência, do Direito federal sobre o Direito dos estados-membros (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), ao mesmo tempo em que favorecia, uma vez que não vedava, o poder de os juízes e tribunais exercerem o controle sobre leis e outros atos públicos estaduais, sob o parâmetro de sua conformidade com as leis federais. Não havia distinção entre o direito ao exame judicial (*richterliches Prüfungsrecht*) e o controle de normas, o que somente viria a suceder, primeiro na Áustria e depois na Alemanha, com a futura autonomização conceitual e funcional deste último (*Normenkontrolle*), de que se encarregaria a justiça constitucional especializada e concentrada em um tribunal *ad hoc*⁷.

Tratava-se, é certo, de um controle mais de legalidade ordinária do que propriamente de constitucionalidade⁸. No entanto, o parâmetro constitucional, embora circunscrito às normas – de sede constitucional – que demarcavam os lindes da distribuição de competências entre os entes territoriais e o ente central, já estava inculcado no desempenho de tal controle normativo.

A jurisdição constitucional propriamente dita ainda não se manifestara até 1920, mas a prática dos tribunais no manejo, não obstante indireto, do parâmetro da constitucionalidade já sinalizava para uma mudança de paradigmas.

Nesse diapasão, decisões de tribunais superiores⁹, entre os quais o Tribunal do Estado para o *Reich*, sob a Constituição de Weimar, ao longo dos

⁶Só arrolar-se, em doutrina, para o fim de ilustração histórica, também o caso da Suíça, sob a Constituição de 1874, igualmente um Estado de estrutura composta (confederação) que conheceu um controle normativo sobre as leis cantonais, sob o parâmetro da distribuição de competências conformado, a um só tempo, pela constituição e pelas leis federais. Contudo, trata-se de um caso à parte, mesmo nos dias atuais, uma vez que não evoluiu para um controle de constitucionalidade de bases essenciais coincidentes com as do restante do Velho Continente, não tendo, por um lado, alcançado sequer a proclamação do princípio da supremacia da constituição senão sobre a legislação dos entes territoriais, tampouco a ideia de rigidez constitucional, e, por outro, lançando mão de instrumentos peculiares como o “referendo legislativo”. Para um estudo do modelo suíço, v., entre outros, ACOSTA, 1998: 230-245.

⁷Tal somente viria a ser implementado a partir da Lei Fundamental de Bonn, de 1948, com a criação do Tribunal Constitucional Federal, cabendo a este o controle normativo, enquanto aos juízes e tribunais (ordinários) o chamado direito ao exame judicial. A esse respeito, v. extensivamente HECK, 1995: 46-7 *et passim*.

⁸Nesse sentido, v. MUÑOZ, 2004: 54.

⁹Atribui-se a decisão pioneira a uma das Salas do Tribunal Financeiro do *Reich* (*Reichsfinanzhof*), de 23 de março de 1921. Nesse sentido, v. MUÑOZ, 2004: 56; SCHMITT, 2007: 23.

anos 1920, passavam a reconhecer um direito de exame das normas legais, já não apenas as dos entes territoriais, mas as do próprio *Reich*, o que se caracterizaria como abertura à possibilidade de um controle jurisdicional de constitucionalidade a ser exercido de forma difusa, por todos os tribunais¹⁰.

Com efeito, o *Staatsgerichtshof* da República de Weimar, mediante a célebre Sentença de 4 de novembro de 1925¹¹, já não deixava dúvidas a esse respeito, ao afirmar, ante o silêncio da constituição, a competência dos juízes e tribunais para controlar a constitucionalidade de todas as leis, nos seguintes termos:

[Que o juiz esteja subordinado à lei – artigo 102 da Constituição do Reich –] não exclui o fato de que ele possa privar de validade uma lei ou suas determinações particulares, contanto que estejam em contradição com outros preceitos que as precedem e a serem observados pelo juiz¹².

(...) Posto que a própria Constituição do *Reich* não contém nenhum preceito segundo o qual a decisão acerca da constitucionalidade das leis do *Reich* fosse subtraída aos tribunais ou transferida a outra instância, há que se reconhecer o direito e o dever do juiz de controlar a constitucionalidade das leis do *Reich*¹³.

Na mesma sentença, identifica-se, ademais, irrefutável adesão à ideia de rigidez constitucional, ao asseverar: (...) os preceitos da Constituição do *Reich* só podem ser anulados por meio de uma lei de emenda constitucional que se realize de maneira regular¹⁴.

Paralelamente, na Áustria, mesmo que, diferentemente do que sucedia na Alemanha, não se adotasse a cláusula de prevalência da legislação federal sobre a dos estados-membros (*Länder*)¹⁵, os potenciais conflitos de competên-

¹⁰ v. MAUS, 2000: 194.

¹¹ *Jurisprudência civil do Reich*, 111, p. 322 (Apud SCHMITT, 2007: 23).

¹² Excerto da mencionada sentença transcrita por SCHMITT: 2007: 23.

¹³ Tradução livre a partir de outro excerto da sentença em alusão, transcrito em língua espanhola, por MUÑOZ, 2004: 56. Este autor realça opinião doutrinária que atribui a esse precedente importância histórica, localizada embora, semelhante à de que desfruta a Sentença do *justice* Marshall, de 1803, em *Marbury vs. Madison*.

¹⁴ Apud SCHMITT, 2007: 24.

¹⁵ A propósito, referindo-se à Carta de 1920 e destacando que “[a] Constituição austríaca não expressou o princípio ‘o direito nacional prevalece sobre o direito estadual’, v. KELSEN, 2007b: 22. Este autor (austríaco), a propósito, em outro escrito (2007a: 185) chega mesmo a apontar tal cláusula como “um dos paradoxos da teoria do Estado federativo”, recusando peremptoriamente que se a identifique como correspondente à essência do Estado federativo ou como justificativa da necessidade de uma jurisdição constitucional.

cia ínsitos à estrutura federal do Estado também estiveram relacionados ao incipiente controle de constitucionalidade ali concebido, mas somente a partir da Constituição de 1920¹⁶.

Até então, os conflitos entre as leis federais e estaduais eram resolvidos pelos tribunais ordinários, assim como pelos órgãos executivos, mediante a adoção do princípio da *lex posterior*¹⁷, sem ainda, por conseguinte, qualquer consideração relacionada a um parâmetro de constitucionalidade.

Sob a nova Constituição concebeu-se um tribunal *ad hoc*, denominado Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), de cuja decisão dependia, em cada caso de conflito internormativo, a definição das normas que deviam prevalecer sobre outras, agora sob a consideração do parâmetro constitucional de repartição de competências. Segundo Hans Kelsen, “o verdadeiro respeito à ideia federalista, que encontrou sua expressão na Constituição total do Estado, requer que nem o direito federal prevaleça sobre o direito estadual, nem o direito estadual sobre o direito federal, e que ambos sejam, em suas relações recíprocas, igualmente julgados de acordo com a Constituição total que delimita seu respectivo domínio”¹⁸.

Por outro lado, a extensão do parâmetro de constitucionalidade para além da reserva competencial do *Bund* e dos *Länder* e, conseqüentemente, a promoção do tribunal constitucional a mais do que meramente árbitro das controvérsias competenciais entre estes, tiveram na Constituição austríaca de 1920 um expresso e inequívoco paradigma, mediante a atribuição de iniciativa *ex officio* à Corte para analisar a constitucionalidade das leis *tout court* que devesse aplicar em outro contexto. Como aponta a doutrina¹⁹, com remissão às atas da subcomissão constitucional, tal paradigma se deveu à interferência do próprio Hans Kelsen, que insistiu em ampliar, mediante termos genéricos, aquele parâmetro manejável pelo Tribunal Constitucional. Com efeito, a evidência de tal extensão se entremostra à luz do complemento constante da parte final do apartado 1º, do Art. 140 da Constituição Federal austríaca (1920), assim:

¹⁶Antes, na Áustria, o controle jurisdicional sobre as leis se circunscrevia a um controle sobre a existência da lei, concernente à sua adequada *publicação* e entrada em vigor. O modelo introduzido pela Constituição de 1920 preserva o controle sobre a existência (a devida publicação) da lei, entregue aos tribunais ordinários, e passa a contemplar o incipiente Tribunal Constitucional com um controle sobre a validade (formal e material) da legislação (leis e certos decretos) frente à constituição. A respeito, v. KELSEN, 2007b: 21.

¹⁷v. KELSEN, 2007b: 21.

¹⁸Ibidem, 2007a: 185.

¹⁹v., por todos, ÖHLINGER, 2006: 3.

Art. 140, 1. O Tribunal Constitucional conhece da inconstitucionalidade das leis de *Land* a instância do Governo Federal; da inconstitucionalidade das leis federais a instância de um Governo de *Land*, assim como de ofício, na medida em que uma dessas leis seja pressuposto de uma sentença do Tribunal Constitucional²⁰

Assim, no primeiro pós-guerra, em ambas as experiências, tedesca e austríaca, o parâmetro da constitucionalidade incorporava-se ao controle normativo exercitável, tanto sobre as leis federais, quanto sobre as leis territoriais. Todavia, enquanto na Alemanha o Tribunal do Estado para o *Reich* não concentrava o controle judicial normativo, adotava-se pioneiramente, na Áustria, um controle judicial concentrado em um tribunal *ad hoc*.

A concepção desse modelo, implementado a partir da Constituição austríaca de 1920, é devida à contribuição teórica e à colaboração nos trabalhos legislativos de Hans Kelsen.

3 O modelo de justiça constitucional austríaco-kelseniano

Como defendia Kelsen, a específica atividade tocada ao tribunal constitucional, por um lado, não se diferencia, em essência, da desenvolvida por um tribunal judiciário propriamente dito, uma vez que a atuação jurisdicional aplicadora de normas jurídicas a fatos materiais concretos se identificava com a atividade do tribunal constitucional, na medida em que esta não consistia senão em aplicar a norma constitucional ao fato material concreto da produção legislativa²¹. Ora, segundo o professor austríaco, o controle de constitucionalidade sobre uma norma implica subsumir o fato de sua produção legislativa à norma constitucional que há de lhe fornecer, sob pena de incompatibilidade vertical, o respectivo fundamento de validade, de sorte que o vício normativo capaz de provocar a anulação da lei se identifica no ter sido elaborada em desacordo com a norma constitucional definido-ra de procedimento ou de conteúdo.

Ainda que a função do tribunal constitucional não diferisse em essência da desempenhada pelos demais tribunais, o que inclusive justificava a organização e o funcionamento procedimental²² daquele em moldes assemelhados aos destes, a *Escola de Viena* – e, no particular, Kelsen à frente – teve o

²⁰ Apud ÖHLINGER, *ibidem* (tradução livre).

²¹ v. KELSEN, 2007c: 255-7 e 263.

²² Kelsen, aliás, discorrera, enfaticamente, em sua célebre réplica a Carl Schmitt, a favor da independência, em moldes análogos à judiciária, para os membros do tribunal constitucional e do “caráter judiciário”, ou “dialético”, ou “litigioso”, do procedimento perante o tribunal constitucional. v. KELSEN, 2007c: 253 e 264-265.

cuidado de concebê-lo como um tribunal *ad hoc*, destacado e separado dos tribunais judiciais, encarregando-o, concentrada e especialmente, dos misteres inerentes à jurisdição constitucional.

Fê-lo adotando solução, nesse particular aspecto, diametralmente oposto à solução norte-americana (jurisdição constitucional *difusa*), como deliberada reação neopositivista (positivismo normativista) a um contexto histórico e político, vivido no mundo germânico do início do século XX, marcado por um positivismo legalista desacreditado e pela crescente e vigorosa afirmação doutrinária e política de dogmas da chamada *Escola do Direito Livre*.

Tal corrente do pensamento jurídico²³ pregava, no que aqui interessa, em suma, o voluntarismo da decisão jurídica concreta e, em último termo, da decisão judicial, no sentido de que a realização do direito devia basear-se na vontade de seu aplicador de alcançar um “direito justo”, orientando-se por uma valoração prática permeada por fatores axiológicos, emocionais e teleológicos, não estando atreito, portanto, aos quadros lógico-formais fixados pelas leis, uma vez que nestas não se confinava e com elas não se confundia o direito²⁴. Com esse movimento professado, embora pela esquerda política e acadêmica, no que pregava a liberdade dos juízes frente à lei, convergiam interesses corporativistas conservadores da Associação dos Juízes Alemães, em um momento histórico de confrontação do judiciário com o fortalecido Parlamento pós-Bismarck, sobretudo após o advento do Código Civil de 1900 e da legislação extravagante, considerada de teor político-partidário²⁵. Os juízes, então, engajavam-se em uma redefinição prática do postulado da “vinculação à lei”, atuando crescentemente como censores do Parlamento e de *legibus solutus*.

O cenário histórico europeu, notadamente no ambiente e adjacências germânicas, onde originariamente medrou a proposta da jurisdição constitucional especializada e concentrada em um tribunal *ad hoc*, separado dos tribunais judiciais, era, portanto, o de indisfarçável “*desconfiança em relação aos juízes*”²⁶, sobretudo ante a preocupação em se evitar o chamado “*governo dos juízes*”. Riscos à segurança jurídica – alicerçada pela legalidade – já potenciali-

²³Dada a sua índole polêmica e militante, não sistematicamente organizada, qualificando-a como “movimento”, v. NEVES, 1984: 1022.

²⁴Analicamente, sobre a *Escola do Direito Livre*, v., entre outros, LARENZ, 2005: 77-83, e NEVES, 1984: 1021-32.

²⁵v. MAUS, 2000:195.

²⁶Associando a “desconfiança em relação aos juízes” do kelsenianismo à da época da Revolução Francesa, v. LÓPEZ, 1981: 1442.

zados pela propensão ao arbítrio judicial favorecida, por sua vez, por correntes teóricas, como a do Direito Livre, seriam ainda mais maximizados e não contidos, se se concedesse a todos os juízes e tribunais o poder de anular leis por contrariedade à constituição.

Logo, a *Escola de Viena* – buscando reabilitar o positivismo, no que concerne a uma aplicação lógica e controlável do Direito, e, nesse sentido, conciliar a controlabilidade, a um só tempo, do juiz e do próprio legislador – concebe um modelo institucional em que a vinculação imediata à lei submete aquele e a vinculação imediata à constituição subordina este²⁷, de modo que somente o tribunal constitucional, independente e apartado do poder judiciário, tem o poder de anular as leis por inconstitucionalidade.

Deveras, o tipo de controle de constitucionalidade proposto por Hans Kelsen confiava somente a uma corte especializada e independente o poder de declarar inconstitucionais as leis, com eficácia geral *erga omnes* e sob instância das autoridades públicas superiores ou supremas chamadas a aplicar o direito.

Sob a Constituição austríaca de 1920, foi instituído o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) independente dos demais poderes do Estado e competente para julgar sobre o respeito à constituição, notadamente no que concernisse às competências repartidas entre o *Bund* (Federação) e os *Länder* (estados federados). Tratava-se de uma jurisdição *concentrada* e exclusiva, porque exercida enquanto função *especializada* de um único tribunal, separado dos demais e chamado a pronunciar-se sobre questões estritamente jurídico-constitucionais, com total abstração dos conflitos de interesses que subjazessem, enquanto suporte fático, tanto às normas questionadas como aos concretos casos de aplicação das mesmas.

Embora, por um lado, sob o aspecto de essência – na concepção kelseniana, como referimos acima – as atividades do tribunal constitucional e da jurisdição ordinária não discrepem, por implicarem ambas a aplicação do direito a suportes fáticos materiais, por outro, estremam-se, quando se considera que, enquanto esta produz norma jurídica *individual*, porque destinada a reger o caso concreto de aplicação deduzido por partes subjetivamente interessadas, aquele, aproximando-se mais, neste aspecto, da atividade legislativa, produz norma *geral*, dotada de eficácia *erga omnes*, uma vez que “a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração”²⁸.

Em boa medida, o aspecto definidor do *modelo kelseniano* residia na

²⁷ A propósito, afirmando que “a Constituição (...) está acima da legislação porque define o procedimento legislativo e, em certa medida também o conteúdo das leis; do mesmo modo que a legislação está acima da assim-chamada execução (jurisdição, administração), eis que regula a formação e – em medida bastante ampla – o conteúdo dos respectivos atos”, v. Kelsen, 2007c: 261. Nota 8.

²⁸ v. Kelsen, 2007a: 152.

rigorosa exclusão do conhecimento de fatos por parte do juiz constitucional. Sua tarefa quedava, assim, rigorosamente circunscrita a um juízo de compatibilidade lógica entre dois enunciados normativos perfeitamente cristalizados, mas carentes de qualquer referência fática à constituição e à lei. A via processual mais adequada, segundo tal construção teórica, era o recurso direto, interponível por certos órgãos legitimados que provocam a deflagração de um processo objetivo destinado a resolver em abstrato, sem qualquer referência a nenhum caso concreto, sobre a adequação ou inadequação à constituição de um certo preceito legal. Como é bem de ver, o paralelismo com o procedimento legislativo é evidente²⁹.

Com efeito, o tribunal constitucional austríaco-kelseniano exercia um controle *abstrato* sobre a constitucionalidade, uma vez que se limitava a controlar a compatibilidade entre dois níveis de normas abstratas: a constituição, de hierarquia superior, e as leis e decretos que da primeira devessem retirar imediatamente o seu fundamento de validade. Segundo Hans Kelsen, seja por desobedecer a requisitos de procedimento de elaboração legislativa constitucionalmente definidos, seja por contrariar aspectos de conteúdo fixados pela constituição, o vício normativo se identifica no desacordo entre a produção do ato legislativo (inferior) e a norma constitucional.

Não obstante remetesse o vício normativo ao fato de sua produção legislativa³⁰, Kelsen defendia que a decisão de inconstitucionalidade somente geraria efeitos *ex nunc*, tratando-se, portanto, de ato *constitutivo* negativo que produziria a *anulação* da norma questionada, e não, a mera declaração de sua *nulidade* de pleno direito³¹. Ademais, Kelsen já especulava com a necessidade de uma certa modulação, no tempo – em regra³², *pro futuro* –, dos efeitos da sentença de inconstitucionalidade, propondo que, em certos casos, como na hipótese em que a elaboração de uma lei para regular o mesmo objeto daquela anulada requeresse um prazo muito longo, se previsse “a possibilidade de

²⁹ v. RUBIO, 1982: 40.

³⁰ A propósito, é da lição de Kelsen: “o controle de constitucionalidade de uma lei por parte de um tribunal constitucional sempre significa a solução da questão sobre se a lei surgiu de maneira constitucional, pois mesmo quando uma lei é inconstitucional porque tem um conteúdo inconstitucional, ela na verdade só o é por não ter sido adotada como lei que modifica a Constituição”, logo o “suporte fático (*Tatbestand*) que deve ser subsumido à norma constitucional, quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material (...)” (2007c: 256).

³¹ v. KELSEN, 2007a:171.

³² Na verdade, Kelsen admitia a “anulação retroativa”, contudo como exceção estrita, circunscrita à hipótese em que a norma anulada já tivesse sido ab-rogada no momento da decisão de inconstitucionalidade, mas ainda se aplicasse a fatos anteriores, concernentes a relações jurídicas de trato sucessivo no tempo, o que significava que ao tribunal constitucional caberia apenas “anular um resto de validade” (2007a: 162-4 e 173).

diferir a entrada em vigor da sentença de anulação até a expiração de certo prazo a contar de sua publicação”³³.

Verificamos que se cuidava de uma preocupação com o ideal da segurança jurídica, mas, ao mesmo tempo, de uma excessiva concessão formalista ao princípio da divisão de poderes. Para Hans Kelsen, em nome do primeiro, a nulificação retroativa do ato normativo comprometeria a eficácia dos atos jurídicos já produzidos e regulados pelo ato normativo amparado pela pendente presunção de constitucionalidade.³⁴ Sob a consideração do segundo princípio – o da divisão de poderes –, por sua vez, impunha-se respeitar a decisão do legislador, pelo menos no que concernisse à revogação do ato normativo sucedido pela lei inconstitucional, de modo que a anulação de uma lei pelo tribunal constitucional não devia produzir automaticamente, como regra, o restabelecimento do estado de direito anterior à sua entrada em vigor³⁵. No entanto, advertindo que disso resultaria um malfazejo “vazio jurídico”, propunha deferir ao tribunal constitucional não apenas o mencionado poder de diferimento da eficácia da sentença de inconstitucionalidade, mas também, alternativamente, um poder limitado de concessão *ad hoc* do efeito repristinatório, que, assim, seria analisado e decidido fundamentadamente caso a caso.

Kelsen, em 1928, em seu escrito sobre a garantia jurisdicional da constituição³⁶, alertara para a conveniência de uma ampliação no acesso à jurisdição concentrada por meio de uma via incidental ao curso de um processo subjetivo referido a um caso concreto de aplicação. Sob sua influência, a Constituição austríaca submeteu-se, em 1929³⁷, a importante revisão de seu texto, para admitir que o Tribunal Constitucional Federal pudesse conhecer – quer provocado por um juízo ordinário, quer *ex-officio*, nas hipóteses em que fosse chamado como foro originário a decidir imediatamente apenas a legalidade de certos atos jurídicos individuais – uma questão de inconstitucionalidade prejudicial, suscitada como incidente suspensivo de um processo subjetivo instaurado em face de um caso concreto. Tratava-se de uma importante “brecha” no sistema de fiscalização abstrata da constitucionalidade, a qual, em

³³ v. KELSEN, 2007a: 145 e 172.

³⁴ v. KELSEN, 2007a: 143 e 145.

³⁵ A propósito, a concessão ao princípio da divisão de poderes parece evidente na seguinte passagem do texto do autor: “O poder que seria conferido desse modo [por via de uma disposição geral] ao tribunal constitucional, de fazer as normas entrarem positivamente em vigor, acentuaria sobretudo o caráter legislativo da sua função, ainda que só se referisse a normas que já haviam sido postas em vigor pelo legislador regular” (v. KELSEN, 2007a: 172)

³⁶ v. KELSEN, Hans, 2007a: 175-176.

³⁷ v. WEBER, 1986: 67.

alguma medida, referenciava a norma questionada e a própria norma constitucional paradigma a uma hipótese concreta de sua aplicação, ainda que ao Tribunal Constitucional persistisse vedado conhecer especificamente do conflito material de interesses subjetivos em torno do qual tivesse surgido a questão abstrata de compatibilidade hierárquico-normativa.

Cedo após a inserção dessa abertura a um controle concreto, o Tribunal Constitucional austríaco, assaltado pelo nacional-socialismo, viria, em 1933, a paralisar suas atividades. Logo, ainda que tenha sido incorporada pelo próprio modelo-matriz austríaco, tal característica, com potencial para modificar substancialmente o controle normativo encarregado ao tribunal constitucional, não chegou a ser significativa e duradouramente testada e explorada no ambiente de sua concepção originária, o que somente viria a acontecer no pós-guerra por parte das novéis cortes constitucionais européias, descendentes do modelo austríaco, principalmente as implantadas na Alemanha federal e na Itália.

4 A demudação evolutiva da práxis da Justiça Constitucional

Verificam-se, no segundo pós-guerra, transformações relevantes na práxis da Justiça Constitucional que implicaram romper, ou, pelo menos, demudar significativamente, paradigmas do modelo kelseniano puro originário, como, de um lado, o que atine ao total alijamento do juiz ordinário do exercício de jurisdição constitucional e, de outro, o que diz com o caráter objetivo puro e abstrato do controle de normas.

Quanto ao primeiro aspecto, com efeito, ao juiz ordinário passou-se a reconhecer uma crescente e importante parcela do juízo cognitivo sobre a constitucionalidade da lei candidata a ter aplicação ao caso concreto sob julgamento no processo judicial subjetivo, uma vez que se lhe reconhece um poder-dever de pronunciar-se previamente sobre a questão de constitucionalidade. Essa questão pode levantar tanto *ex officio*, de forma fundamentada, remetendo-a ao tribunal constitucional, quanto mediante a provocação da parte interessada. Nesta última hipótese, na Itália³⁸, o juiz ou tribunal ordinário somente não a remeterá à *Corte Costituzionale* se for o caso de rejeitá-la por manifesta falta de fundamento (*manifesta infondatezza*); na Alemanha³⁹, desde que a entenda cumpridamente fundada, encaminha-la-á ao Tribunal Constitucional Federal.

No que concerne ao segundo aspecto, considere-se que o modelo europeu

³⁸ v. PIZZORUSSO, 2005: 117 ss.

³⁹ v. WEBER, 1986: 67.

de controle de normas, sob o parâmetro da conformação constitucional, nascera vincadamente caracterizado como um controle objetivo puro que, por ser herdeiro da *Staatsgerichtsbarkeit*, isto é, da jurisdição constitucional da tradição germânica de resolução de conflitos entre órgãos do Estado⁴⁰, somente habilitava determinados órgãos ou instâncias políticas para a sua iniciativa, ao passo que do seu conhecimento abstrato encarregava-se concentradamente o tribunal constitucional.

Ainda que mantido o caráter *concentrado*, à vista da preservada posição do tribunal constitucional, ressalvadas as concessões cognitivas ao juiz ordinário, por um lado, e de iniciativa a este (*ex-officio*) e às partes interessadas em uma lide subjetiva, por outro, propiciadas pelas aberturas evolutivas, respectivamente, tanto de uma via de acesso *incidental* à justiça constitucional quanto de acesso direto para a defesa *concreta* e *principaliter* de direitos fundamentais perante a justiça constitucional⁴¹, provocou-se uma agregação de elementos do controle concreto e subjetivo a sistemas derivados de um modelo exclusivamente objetivo e abstrato em sua origem⁴².

À medida que se conferem habilitações legitimadoras para a iniciativa dos próprios interessados nas posições de direitos subjetivos em disputa e, por outro lado, amplia-se o acesso ao tribunal constitucional para a defesa de posições subjetivas de direitos fundamentais, não há que negar estar-se diante de traços evolutivos que apontam para uma certa abertura à “*subjetivização*” do controle de normas. Todavia – advirta-se –, não significa, absolutamente, que os modelos derivados do tipo austríaco-kelseniano tenham abandonado o viés *objetivista*⁴³, uma vez que, mesmo quando o tribunal constitucional atua no exercício de autêntico controle concentrado e *concreto*, seja na resolução de questões prejudiciais de constitucionalidade – como é dominante na Itália⁴⁴,

⁴⁰Identificando tal causa, v. PÉREZ, 1985: 124.

⁴¹Mencionem-se os exemplos do *recurso de amparo* espanhol (Const. Espanhola, art. 53, § 2. “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”); e os *recursos constitucionais* alemão (Const. Alemã, art. Art. 93. “Compete ao Tribunal Constitucional Federal decidir: § 7 sobre reclamações constitucionais que podem ser interpostas por qualquer pessoa sob a alegação de ter sido lesada, por autoridade pública, em seus direitos fundamentais ou nos direitos consagrados no § 4 do artigo 20 ou nos artigos 33, 38, 101, 103 e 104;”) austríaco (*Beischeidbeschwerde*).

⁴²v. PEGORARO, 2004: 42-4.

⁴³“Diz-se *objetiva* [a fiscalização da constitucionalidade], quando à margem de tal ou tal interesse, tem em vista a preservação ou a restauração da constitucionalidade objectiva, quando o que avulta é a constante conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as normas constitucionais” (v. MIRANDA, 2005: 54).

⁴⁴Afirmando que “[e]l control incidental de constitucionalidad de las leyes es la más importante de las competencias de la Corte [italiana]”, v. PIZZORUSSO, 2005: 117. No mesmo norte, LIEBMAN, 1958: 412-3.

por exemplo –, seja em sede recurso de amparo⁴⁵, as suas decisões que impliquem pronúncia de inconstitucionalidade⁴⁶, são dotadas de força obrigatória geral e, em alguns casos, como na Alemanha e Espanha, efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público, inclusive os da justiça ordinária⁴⁷.

5 Aspectos da superação do modelo kelseniano de Justiça Constitucional:

5.1 Ancoragem do modelo kelseniano em uma concepção formalista de constituição

A desfiguração evolutiva do modelo de Justiça Constitucional concebido por Kelsen, como se acabou de ilustrar com a análise da praxis dos tribunais constitucionais europeus erigidos no segundo pós-guerra, deveu-se, como se passa a analisar, ao fato de que o modelo kelseniano, aferrado a uma concepção formalista de constituição, foi inclementemente afetado pela irreversível superação de tal concepção por parte do Estado de direito social e democrático que ressuscitou, na Europa, após a conflagração mundial.

Para Kelsen, cabia à constituição refigurar uma disciplina predominantemente formal dos poderes do Estado, regulando, sobretudo, os modos de produção normativa, sendo que determinações de cunho material tinham cabimento limitado sobre o conteúdo de leis futuras. A constituição, segundo tal concepção, era, pois, um corpo de normas referidas aos órgãos superiores do Estado e, ainda que limitadamente contemplasse também normas relativas às relações dos indivíduos com o poder estatal, tais normas não seriam senão mandamentos ou proibições dirigidos ao legislador, de modo que não seriam em nenhum caso diretamente aplicáveis pelo poder judiciário, uma vez que a este não caberia aplicá-las senão dê que mediadas pela lei.

Em tal concepção formalista de constituição ancorava-se, congruente-mente, o modelo kelseniano de justiça constitucional segundo o qual se habilitava um órgão jurisdicional *ad hoc*, especializado, a atuar meramente como *legislador negativo*.

⁴⁵A propósito, como destaca HÄBERLE (2005: 96) algumas das mais importantes sentenças do Tribunal Constitucional Federal alemão, com ingente repercussão na interpretação e aplicação do direito objetivo constitucional, foram adotadas em sede de “recursos constitucionais de amparo”, como as célebres decisões dos casos *Liith*, *Lebach*, *Farmácias* e a sentença do *numerus clausus* no acesso à universidade, entre outras.

⁴⁶Na Alemanha, mesmo as decisões de rejeição da inconstitucionalidade, por implicarem a pronúncia de constitucionalidade da norma questionada, têm essa eficácia. Por sua parte, o Brasil importou semelhante solução de eficácia, a partir da EC nº 3/1993, ampliada posteriormente pela EC nº 45/2004.

⁴⁷No mesmo sentido, afirmando, com relação ao tribunal constitucional alemão, que, como esse órgão “cuenta en este contencioso con poderes y libertad similares a los que tiene en el control abstracto, indudablemente el carácter objetivo se refuerza”, v. ACOSTA, 1998: 269.

Ora, Kelsen preconizava precisamente que disposições constitucionais vagas, a exemplo de disposições que enunciavam normas de princípio relacionadas a ideais de justiça, equidade, liberdade, moralidade etc., deveriam ser evitadas no texto constitucional, porque poderiam ser equivocadamente interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis e, assim, no extremo, suscetibilizar que leis fossem anuladas por serem reputadas injustas, o que, em última análise, significaria submeter a concepção da maioria do parlamento que votou a lei à “boa vontade” do tribunal constitucional. Segundo Kelsen, isso representaria um deslocamento de poder não desejado pela constituição – pelo menos sob a concepção que adotava – e contraindicado do ponto de vista político, uma vez que “a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável”⁴⁸.

O próprio Kelsen, como é bem de ver, estava consciente de que concepção de constituição distinta da que preconizava, contemplando enunciados de princípios dotados de vagueza semântica e alargando o conteúdo material do texto fundamental, traria implicações importantes, como, já à partida, distinta e muito mais ampla outorga de poderes ao tribunal constitucional. Logo, a constituição que contemplasse normas como as que Kelsen aludia inserir-se-ia em *modelo* significativamente diverso de constituição e de supremacia constitucional, o que, inevitavelmente, refletiria sobre o modelo de justiça constitucional que propugnara.

5.2 Abandono da concepção kelseniana sobre a natureza da constituição material: a constitucionalização do Direito

À concepção de constituição defendida por Kelsen como norma suprema organizativa e enunciativa de mandamentos ao legislador opôs-se, em sucessivo, no ambiente europeu-continental, um modelo de constituição como norma suprema conformadora de um sistema vinculado por determinadas decisões valorativas⁴⁹.

Tal dicotomia⁵⁰ de concepções opostas de constituição coincide com as alternativas identificadas por Guastini⁵¹ – com base no critério da diversidade de funções políticas desempenhadas pela constituição entre, de um lado, a

⁴⁸ v. KELSEN, 2007a: 169-170; e, ainda, 2007c: 262-263.

⁴⁹ Nesse sentido e precisando ter sido esta última a concepção de constituição adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, v. ZEIDLER, 1987: 56.

⁵⁰ Advirta-se, por oportuno, com MIRANDA (2003: 23), que dicotomias como esta, em verdade, abarcam um ciclo longo ou diversos ciclos de conteúdos constitucionais.

⁵¹ v. GUASTINI, 2001: 256-7.

constituição que responde a uma função de limitar o poder político e, de outro, a que se ocupa da função de modelar as relações sociais – e por Böckenförde⁵², entre *ordenamento-marco*, dedicado a organizar a vida político-estatal e a relação entre o Estado e o cidadão, e *ordem jurídica fundamental da comunidade* em seu conjunto.

À parte alguma diferenciação de abordagem, sob a primeira concepção alternativa de ambos os teóricos, entendem-se os direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade apenas, preordenados à defesa do indivíduo frente ao Estado. Admite-se que as normas constitucionais se dirigem somente aos órgãos constitucionais supremos, sendo estes os seus únicos intérpretes autorizados, de modo que aos juízes ordinários não cabe interpretá-las e aplicá-las diretamente. Sob a segunda concepção, marcada pela elevada densidade material do texto fundamental⁵³, a constituição contempla todos os princípios e diretrizes de conformação do ordenamento jurídico, dado que suas normas de direito fundamental assumem-se como normas objetivas que se suscetibilizam à interpretação e à aplicação direta por juízes comuns, à medida que se favorece, por um lado, a interpretação e aplicação da legislação ordinária, conforme a constituição, pressupondo prévia e necessária interpretação desta, e, por outro, o alcance de princípios e regras idôneos à disciplina direta de relações sociais.

A maioria das constituições ocidentais da segunda metade do século XX, a partir dos Estados constitucionais que emergiram da Segunda Guerra, consagrara expressamente, em seus textos, decisões valorativas que exprimissem inequívoca e irreversível adesão aos ideais de justiça, igualdade, liberdade, socialidade, entre outros, por meio de normas-princípio fundamentais encapadas por enunciados vagos, semanticamente abertos ou plurissignificativos e, não raro, ambíguos.

Tal evolução há de ser compreendida, deveras, como um deliberado abandono do primeiro modelo, identificado, a propósito, com a concepção kelseniana acerca da constituição material, todavia, advirta-se, no sentido de abandono de uma exclusividade de características de tal modelo⁵⁴. Com efeito, as constituições dos estados de direito democráticos não deitaram fora suas

⁵² v. BÖCKENFÖRDE, 1993: 137.

⁵³ v. PRIETO, 2000: 174.

⁵⁴ A propósito, retomando a divisão talhada por Böckenförde e refutando-a enquanto uma alternativa necessária, para defender que, de acordo com a teoria dos princípios, “una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco”, v. ALEXU, 2004: 31 *et passim*. Em sentido semelhante, sob a concepção de centralidade qualitativa da constituição, significando normas de orientação tanto da vida em comunidade quanto dentro do aparelho do Estado, v., também, GOUVEIA, 2005: 590. No mesmo sentido, qualificando a constituição como “el orden jurídico del Estado e de la sociedad” e que “abarca Estado y sociedad” e detalhando que “no significa solo limitación del poder estatal sino también autorización para ejercer el poder estatal”, v., por último, HÄBERLE, 2002: 155.

componentes liberais preordenadas à limitação do poder, como a afirmação de direitos fundamentais de defesa, a divisão de poderes e o princípio da legalidade, mas, à medida que incorporaram harmoniosamente conteúdos de expressão normativo-axiológica voltados à vida comunitária civil e política, tais componentes passam a demandar demudada e compatível interpretação.

Essa nova concepção de constituição espelha uma nova concepção de interpenetração Estado-Sociedade, propiciada pela democratização da vida política, fazendo com que os órgãos políticos sejam entendidos como uma projeção de toda a Sociedade, o que Rogério E. Soares⁵⁵ traduz de forma irretocável, ao afirmar que, “[quando se descobre que o Estado é apenas uma especial dimensão da sociedade, então a constituição, se quer ter sentido, há de voltar a ser pensada como ordenação de toda a comunidade”.

Por outro lado, o contexto histórico em que se completou a significativa viragem da concepção de constituição foi especialmente decisivo. Com efeito, tratava-se invariavelmente de regimes de ruptura institucional e política, e as constituições encerravam o propósito de deixar isso proclamado de forma veemente para as gerações de então e do porvir. De fato, Estados como a Áustria (1945), Itália (1948) e República Federal da Alemanha (1949), ressurgidos das cinzas dos regimes totalitários nazi-fascistas, assim como, mais tardiamente, Portugal (1976), Espanha (1978), Brasil (1988) e outros Estados europeus e latino-americanos onde a instabilidade política favorecera regimes de arbítrio e tirania, rompiam categoricamente com o passado recente de opressão às liberdades individuais e refundavam as garantias do Estado constitucional de Direito.

A preocupação com a efetividade das garantias e com a perenidade dos regimes de ruptura implantados favoreceu o incremento da *força normativa da constituição*, o que, aliado à substantivação do conteúdo das constituições pós-liberais, colocou o legislador na berlinda, ao mesmo tempo em que multiplicou os poderes da instância de controle preordenada à defesa da constituição e dos direitos fundamentais – o tribunal constitucional.

No novo modelo, à expansão dos conteúdos materiais⁵⁶ mediante a encampação normativa de valores, que já provinha do Estado social consolidado no entreguerras, agregavam-se a revigorada força normativa da constituição e o papel de defensor da ordem constitucional cometido a um tribunal *ad hoc*, compondo o fenômeno que se pode denominar, com Robert Alexy, “*constitucionalização material da ordem jurídica*”⁵⁷.

⁵⁵SOARES, 1987: 71.

⁵⁶Referindo-se a uma “ampliação do âmbito constitucional”, v. AJA, 1997: 40.

⁵⁷v. ALEXY, 2007: 72-4.

A propósito, no julgamento do caso *Lüth*⁵⁸, em 1958, o Tribunal Constitucional Federal alemão identificou os direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos de defesa (concepção liberal), mas, mais do que isso, como “normas de princípio decididoras de valores”, designadas também simplesmente “princípios”, dotados de força normativa. Além disso, o *Bundesverfassungsgericht*, interpretando o art. 1º, nº 3, da Constituição alemã, que sujeita os poderes do Estado aos direitos fundamentais, adotou posição favorável a uma eficácia ou dimensão objetiva destes, concluindo que, como as normas de direito fundamental são princípios e, demais disso, vinculam os três poderes, não há como se negar a “ubiquidade” dos direitos fundamentais, o que significa que irradiam “para todos os âmbitos do direito”.

Nesse diapasão, a constituição e notadamente as normas de direito fundamental assumem-se como definidoras não apenas da forma, mas também do conteúdo das atuações do Estado-Legislador, irradiando para todos os domínios do Direito (constitucionalização do Direito), assim como do Estado-Administração, impondo, no mínimo, a sua sujeição a valores, diretivas e fins constitucionais.

Dito de outro modo, reforça-se a função jurídico-objetiva⁵⁹ dos direitos fundamentais, a implicar uma irradiação vinculativa, não meramente formal, mas sobretudo material – de conteúdo –, fazendo-se incidente a normatividade constitucional sobre todo o ordenamento jurídico⁶⁰ e, por reflexo, sobre as atuações materiais do Estado – impondo-lhe deveres de proteção – e, até mesmo, as relações entre particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*).

Tais transformações evolutivas foram captadas e, ao mesmo tempo, construídas⁶¹ e difundidas amplamente pela prática do Tribunal Constitucional Federal alemão⁶². O terem sido aqui apresentadas como componentes conformadoras de nova concepção de constituição leva em conta esse fato, ao mesmo

⁵⁸Referência a esse marco jurisprudencial também em: DENNINGER, 1987: 183.

⁵⁹Relacionando o advento do Estado social de Direito e a acentuação da dimensão jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais, v., entre outros, HABERMAS, 2003: 311; GRIMM, 2006: 161-7; MIRANDA, 2000: 31-2; NOVAIS, 2003: 20-6; PEREZLUÑO, 2005: 20-6.

⁶⁰“La Constitución ya no es solo fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de Derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico.” (V. FARALLI, 2007: 85).

⁶¹Qualificando, de veras, o caso *Lüth* como palco de um “cambio constitucional”, mediante “nueva interpretación (material) de los derechos fundamentales” e detalhando que, por outro lado, “por la vía del desarrollo jurídico de Derecho constitucional, se há acabado por llegar a una ampliación interpretativa de esta (nueva) causalidad de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio”, v. BÖCKENFÖRDE, 2000: 192.

⁶²Em sentido crítico, topicamente, sobre contribuições do *Bundesverfassungsgericht*, v., por tantos, BÖCKENFÖRDE, 1993: 135-8; MÜLLER, 2003: 316 e 318-9.

tempo em que, contudo, não significa irrestrita e necessária adesão teórica, antes se justifica, em perspectiva pragmática, ante a vasta difusão e influência que premissas teóricas assumidas pela corte alemã acerca da constituição, como a eficácia objetiva e o caráter principiológico-objetivo dos direitos fundamentais, além dos métodos de trabalho adotados por essa corte, sobretudo a ferramenta concretizadora desses direitos – a ponderação de bens⁶³ –, alcançaram no cenário europeu-continental⁶⁴⁻⁶⁵ e até mesmo na América Latina.

Por outro aspecto, não se olvida que necessidades e influências contextuais colocam permanentemente em aberto esse processo evolutivo, sujeitando-o a diferentes conformações consoante o ambiente onde ocorram⁶⁶. Para uma ilustração disso, mesmo não sendo o nosso propósito detalhar a questão, mas reconhecendo a ingente importância para uma atualizada compreensão acerca da constituição com os seus inevitáveis reflexos na justiça constitucional, mencione-se que um princípio de primado do Direito comunitário da União Europeia coloca, nesse ambiente, desafios muito relevantes para a Teoria da Constituição, no que respeita primordialmente à supremacia e força normativa das constituições nacionais, trazendo à ribalta uma atual “crisis del principio de supremacía constitucional”⁶⁷.

6 À guisa de considerações finais: a nova Justiça Constitucional

Do quanto se analisou neste ensaio, conclui-se que o papel da Justiça Constitucional, superando as concepções teóricas de Hans Kelsen, assume um paradigma de constituição material instrumentalmente atrelado ao seu regime

³³ A propósito, identificando uma tríade de ideias – princípio, irradiação e ponderação – entrelaçadas estreitamente uma com a outra, v. ALEXY, 2007: 73.

⁶⁴ Ilustrando bem isso, mediante referências à influência da doutrina tedesca dos direitos fundamentais na doutrina francesa, no que concerne ao conceito de “la constitucionalización de todas las ramas del Derecho”, v. ACOSTA, 1998: 354: “El origen del concepto se encuentra en el derecho francés y se remonta al estudio de Michel Fromont sobre ‘los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania’, publicado em 1954’, utilizado por el profesor Favoreu para elaborar la nueva noción”.

⁶⁵ Sobre a adesão da Itália às mesmas concepções de força normativa constitucional imediata e irradiação de direitos fundamentais, v. ROMBOLI, 1996: 36.

⁶⁶ A propósito, alertando que o nascimento, a evolução e as modificações da jurisdição constitucional foram resultantes de necessidades contextuais, e não, de pura lógica, de modo que haverá sempre, seja quanto ao surgimento, seja quanto ao desenvolvimento da jurisdição constitucional em cada Estado, uma “explicação contextual”, v. ACOSTA, 1998: 372.

⁶⁷ A esse respeito, com percuciência, confi gurando já uma “fragmentação hierárquico-normativa da Constituição” e, ademais, que “cada processo de modificação da Constituição em conformidade com o Direito Comunitário” faz “uma farsa da força normativa da Constituição”, v. OTERO, 2007: 557 e 605, *passim*; e, ainda, IDEM, 2003: 31-4. Para o estado atual do problema, em profundidade, v. também os recentísimos estudos compilados em TAJADURA *et al.*, 2008: *passim*.

de garantias e significativamente afetado pela renovação da função política atribuída à constituição, enquanto ordem jurídica fundamental da comunidade, além do viés de uma ordem de limitação do poder político⁶⁸.

O tribunal constitucional, como instituição independente, passa a desempenhar o papel de “reforçar a atuação da constituição e de seus direitos fundamentais”⁶⁹ perante o agir dos três poderes constituídos.

Se a concepção de conteúdo da constituição defendida por Kelsen não foi seguida, o seu modelo de justiça constitucional, tampouco foi a rigor adotado, senão limitadamente, como uma fôrma vazia.

O doloroso aprendizado histórico de que, para refrear atentados ao Estado de Direito e à democracia, não bastava proclamar direitos e garantias fundamentais, sem assegurar mecanismos efetivos de controle jurisdicional sobre a atuação dos poderes constituídos⁷⁰, forneceu invariavelmente as bases de justificação para a (re)implantação da Justiça Constitucional nos estados constitucionais que ressurgiram no segundo pós-guerra⁷¹.

Portanto, o modelo institucional assentado em preocupações orgânicas atinentes à segurança jurídica, à estabilidade e ao equilíbrio entre distintas forças políticas ou os diferentes componentes territoriais, como as que inspiravam o tribunal *kelseniano*, calhou, em um primeiro momento, sendo certo que tais preocupações foram até potencializadas ante a debilidade constitucional verificada na fase inicial de implantação dos novos regimes. Aos tribunais constitucionais, portanto, aparentemente revivendo a corte austríaco-kelseniana paralisada em 1933, era requerido um papel de guardiões, concentrando a destacada tarefa de uma “defesa dramática” das novéis constituições, no sentido de que a posição de garante que estas lhes outorgavam significava preordená-los especificamente ao mister de refrear eventuais ataques à ordem constitucional e às liberdades dos indivíduos⁷².

Todavia, sob nova concepção de constituição e, portanto, manejando um parâmetro de constitucionalidade de muito mais larga extensão material,

⁶⁸ Nesse sentido, após asseverar que a constituição “abarca Estado y sociedad”, sustentando que “[l]a jurisdicción constitucional, en tanto fuerza política, actúa desde el comienzo más allá del dogma sobre la separación entre Estado y sociedad”, v. HÄBERLE, 2002: 155.

⁶⁹ v. CAPPELLETTI, 2003: 130.

⁷⁰ v. KRIELE, 1980: 150 e 160-1.

⁷¹ A esse respeito, CAPPELLETTI (2003: 131-2) enfatiza: “Realmente, parece que nenhum país da Europa, emergindo de alguma forma de regime não democrático ou de sérios conflitos domésticos, poderia achar uma melhor resposta à exigência de reagir contra pecados passados, possivelmente prevenindo uma recaída, do que introduzindo a justiça constitucional em seu novo sistema de governo”. Precisamente no mesmo sentido, v. LÓPEZ, 2000: 15-6.

⁷² Nesse sentido, v. PEREZ, 2003: 31-2; DAVID, 1998: 94.

essas cortes foram incumbidas de inovada função, ao mesmo tempo em que foram dotadas de poderes cognitivos incomensuráveis e, por arrasto, instrumental e modos de atuação muito diversos quando comparados à corte austríaca do entreguerras⁷³.

Por outro aspecto, a estabilização institucional a que cedo experimentaram os regimes democráticos reimplantados na Europa central, assim como, desde a década de 1980 os Estados ibéricos e, na atualidade, conquanto ainda sem o mesmo amadurecimento, alguns ordenamentos latino-americanos, com destaque para o Brasil, apontam para um novo estágio na evolução das funções da justiça constitucional e, em particular, das cortes constitucionais, apartando-se decisivamente do modelo kelseniano-austríaco, vincadamente formalista.

Com efeito, a práxis democrática consolidada nesses ambientes tem revelado que a defesa da constituição se “*desdramatiza*”⁷⁴ e se transmuda em uma tarefa de permanente depuração interpretativa e atualizadora dos conteúdos constitucionais. É dizer: já não está tanto em causa a sobrevivência do regime implantado quanto, este sim, o seu contínuo aperfeiçoamento⁷⁵.

Nesse novo contexto, a justiça constitucional, deparando com as limitações e inadequações do modelo de um mero *legislador negativo*, avança com a adoção frequente de técnicas de julgamento como, v. g., as de *interpretação conforme a constituição*, a *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*, ou recorrendo até mesmo a *sentenças aditivas* e *substitutivas*, passam crescentemente a lançar mão de *sentenças interpretativas* ou mesmo *integrativas*, as quais, como não se limitam a juízos positivo ou negativo sobre a inconstitucionalidade de certa norma ou disposição normativa perante a norma constitucional, consubstanciam as assim chamadas *sentenças intermediárias*.

De tal arte, a Justiça Constitucional é cada vez mais desafiada não já apenas a defender a constituição, mas principalmente a interpretá-la⁷⁶, assumindo compromisso capital com o desenvolvimento do Direito Constitucional.

⁷³Para o caso italiano, v., a propósito, ROMBOLI, 1996: 36, que sintetiza o seguinte: “La decisión a favor del carácter rígido de la Constitución de 1948 y la posterior calificación de ésta como fuente del Derecho, directa e inmediatamente eficaz en el plano de las fuentes y en el de las relaciones entre ciudadanos, lleva a la introducción en Italia de un sistema de justicia constitucional, hasta entonces desconocido en el ordenamiento constitucional italiano”.

⁷⁴A expressão é de PEREZ, *ibidem*.

⁷⁵No mesmo sentido, afirmando, à luz da atividade do Tribunal Constitucional alemão, que “a jurisdição constitucional não se exaure na guarda (protetora) da Constituição, que sinala o coroamento do Estado de Direito, mas também contribui para o desenvolvimento dos princípios constitucionais”, v. HECK, 1995: 167.

⁷⁶Contrapondo “la labor interpretativa frente a la puramente defensiva” da justiça constitucional, v. LÓPEZ GUERRA, 2000: 17-9.

Referências

ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Madri: Tecnos, 1998.

AJA, Eliseo, *Introducción al Concepto Actual de Constitución: estudio preliminar*. In: LASSALE, Ferdinand. *Qué es una Constitución?* Trad. esp. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1997.

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. bras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. esp. Madri: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst W. *Escritos sobre los Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____. Notas sobre el Concepto de Cambio Constitucional. In: _____. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Trad. esp. Madri: Trotta, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? a expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Trad. bras. *RF*, v. 366, março-abril, 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Trad. bras. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DENNINGER, E. *Principios constitucionales y derechos fundamentales como normas abiertas*. In: PINA, Antônio López (Org.). División de Poderes e Interpretación. Madrid: Tecnos, 1987.

FARALLI, Carla. *La Filosofía del Derecho contemporánea*. Trad. esp. Madri: Hispania Libros, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v.1

GRIMM, Dieter. *Constitutionalismo y Derechos fundamentales* . Trad. esp. Madrid: Trotta, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional* . Trad. mex. México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como Poder Político . In: _____. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional: com especial referencia ao Tribunal constitucional Alemán* . Trad. esp. Cidade do México: Porrúa, 2005.

_____. La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional. Trad. col. In: _____. *Constitución como Cultura* . Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2002.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: Entre facticidade e validade: entre facticidade e validade* . Trad. bras. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HECK, Luís Afonso, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição Constitucional Federal Alemã* . Porto Alegre: Fabris, 1995.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo: processo de formação y fundamentos del Derecho constitucional*. 3 . ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

KELSEN, Hans. A Garantia jurisdiccional da Constituição: a jurisdição constitucional, exposição nos Debates do Instituto Internacional de Direito Público(1928) . Trad. bras. In: _____. *Jurisdição Constitucional* . Trad. bras. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. A Jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado Federativo segundo a nova Constituição Federal Austríaca de 1º de outubro de 1920 . In: _____. *Jurisdição Constitucional* . Trad. bras. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Quem Deve Ser o Guardião da Constituição? In: _____. *Jurisdição Constitucional*. Trad. bras. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históri-*

cos de la Legitimidad del Estado Constitucional democrático . Trad. arg.
Buenos Aires: Depalma, 1980.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 4. ed. trad. port.
Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Contenuto ed Efficacia delle Decisioni della
Corte Costituzionale*, in: *Scritti Giuridici in Memória di Piero Calamandrei*, v. 3. Diritto Processuale: autori italiani, Pádua: CEDAM, 1958.

LOPEZ GUERRA, Luis. *El Tribunal Constitucional y el Principio “stare
decisis”* . *El Tribunal Constitucional* , Madri, IEF, v. 2, n.1437, 1981.

_____. *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional: estudio
preliminar* . Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

MAUS, Ingeborg, *O Judiciário como superego da sociedade*. Trad. bras.
RNE /CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra:
Coimbra, 2003. t. II.

_____. _____. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. IV.

_____. _____. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. t. VI.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Moderna e Intepretação dos direitos fundamen-
tais: especialmente com base na teoria estruturante do Direito. Trad. bras.
AIAJC , ano 7, 2003.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Constitución*. Madri: Iustel, 2004.

NEVES, António Castanheira. Escola do Direito Livre. Verbete. *Enciclopé-
dia Polis*: verbo da sociedade e do Estado, Antropologia, Direito, Economia,
Ciência Política. Lisboa/S Paulo, Verbo, v. 2, 1984.

NOVAIS, Jorge R. *As Restrições aos direitos fundamentais não expressa-
mente autorizadas pela Constituição* .Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ÖHLINGER, Theo. Hans Kelsen y el Derecho Constitucional Federal

Austríaco: una retrospectiva crítica. Trad. esp. *RIDPC*, Proceso y Constitución. México, n. 5, 2006.

OTERO, Paulo. *Fragmentação da Constiuição forma*. In: GANDRA, Ives ; Diogo de Campos (org.), *O Direito contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. 8. ed. reimpr. Madri: Tecnos, 2005.

PÉREZ TREMP, Pablo. *La Justicia Constitucional en la Actualidad: especial referencia a América Latina*. *RBDC*, São Paulo, n. 1, 2003.

_____. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madri: CEPC, 1985.

PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional: una Perspectiva Comparada*. Trad. esp. Madri: Dykinson, 2004.

PIZZORUSSO, Alessandro. *La Justicia constitucional en Italia*. Trad. esp. In: _____, *Justicia, Constitución y Pluralismo*. Lima: Palestra, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

_____. *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madri: Universidad de Alicante, n. 23, 2000.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en via incidental. Trad. esp. *REDC*, ano 16, n. 48, 1996.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. *REDC*, Ano 2, n. 4, 1982.

SCHMITT, Carl. *O Guardiã da Constituição*. Trad. bras. Belo Horizonte: Del Rey Internacional, 2007.

SOARES, Rogério E. *O conceito ocidental de Constituição*. *RLJ*, ano 119, n. 3742-3753, Coimbra, 1987.

TAJADURA, Javier(org.) et al. *Justicia Constitucional y Unión Europea – Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Áustria, España, Francia, Italia y Portugal*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

WEBER, Albrecht, *La Jurisdicción Constitucional en Europa Occidental: Una Comparación*. *REDC*, Ano 6, n. 17, p. 47-83, 1986.

ZEIDLER, Wolfgang, *Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha – A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais: espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas*. Trad. port. In: VIIª Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Lisboa: Tribunal Constitucional, 1987.

BREVES NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE POLÍTICA NA RELAÇÃO GOVERNANTE-GOVERNADO: PODER POLÍTICO LIMITADO E RESPONSÁVEL

Nayana Shirado
Bacharela em Direito

1 Introdução

A limitação dos poderes políticos do Estado é discutida no presente trabalho sob a tónica da responsabilidade política, à luz das teorias da separação dos poderes, do sistema de freios e contrapesos e do Estado de Direito, cujo vértice comum diz respeito à fixação de limites à arbitrariedade dos órgãos do Estado. É nesse escaninho que a criação de uma lei fundamental, protegida contra o capricho momentâneo do detentor de poder, surge como racionalização da ordem política, materializada na Constituição, que delimita a ordem jurídica no tempo e no espaço, identificando os sujeitos e poderes políticos, e atribuindo, inexoravelmente, um certo nível de responsabilização aos agentes que exercem o *múnus público*.

Nesse compasso, podemos afirmar que a responsabilidade política emerge como produto da civilização política, plasmada na relação de confiança¹ depositada nos agentes políticos, sejam representantes eleitos ou designados, de modo que subsistirá a responsabilização política enquanto o titular do órgão responsável (controlado) possuir a confiança política do órgão responsabilizador (controlador).

É calcado nesse esquema modelar que o presente estudo destaca, em nosso modelo de democracia representativa, não só a responsabilidade que liga governantes a governados, de forma que o primeiro deva responder a quem o sufragou quanto às suas ações e omissões praticadas no exercício do *múnus público*, mas também à conformação de suas tarefas ao interesse público, ao comprometimento com a atividade pública do agente.

De pronto importa termos presente que, seja nos sistemas de governo de separação “flexível” com dependência mútua entre Executivo e Legislativo - receita de governo parlamentar -, seja nos sistemas de governo de separação “rígida” com independência recíproca entre esses dois poderes, segundo a mecânica de *checks and balances* -, receita de governo presidencial, a tónica que permeia o cenário político contemporâneo é a ideia de

¹É a doutrina portuguesa que destaca com maior detença o papel da relação de confiança na composição do conceito de responsabilidade política: “relação de confiança do controlante e que perante este responda pelos efeitos e pelas orientações políticas da sua actividade”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 578.

responsabilização política, instrumentalizada por eleições periódicas, isentas, livres e competitivas.

Nesse contexto, o escopo deste estudo é destacar a responsabilidade política como mecanismo para assepsia do quadro representativo nas democracias modernas, à revelia do postulado da irresponsabilidade - “*The King can do no wrong*” - projetado no regime monárquico, bem assim no regime autoritário que dominou as latitudes europeia e latinoamericana, dado que era risível² a possibilidade de responsabilização política do ocupante do poder sob tal circunstância antidemocrática.

Feitas essas considerações iniciais, nas páginas deste estudo o leitor poderá precatar-se de que a responsabilidade política emerge como consequência natural e necessária da relação entre governantes e governados - representação política -, como prenuncia Rodrigo Borja: “*Parece lógico, en efecto, que si la persona que ejerce el poder estatal obra en nombre y en lugar de la colectividad, deba rendir cuenta de sus actos ante aquellos en cuya representación actúa*”³.

2 Poder político limitado

2.1 Poderes políticos do Estado

No cenário político deste início de século XXI, se afigura de extrema relevância e atualidade uma conhecida prenotação de Thomas Mann⁴ - “Em nossos dias, o destino do homem apresenta seu sentido em termos políticos” - para destacar a ingerência da política sobre o modo de viver humano, não apenas como garantia da livre busca da felicidade⁵ - enunciada no preâmbulo da Declaração de Independência norte-

²“Dictators, of course, always claim to act for people, or in their interest; but none professes to act in a relation of responsibility to the people. They are responsible either to themselves alone or to some class or person not identifiable as the people.” Cf. DYKSTRA, Clarence A. *The Quest of Responsibility*. In: *The American Political Science Review*, v. 33, n. 1, fev. 1939. p. 5.

³BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México: FCE, 1992. p. 137.

⁴Frase de Thomas Mann que abre o poema “Política” de William Butler Yeats: “In our time the destiny of man presents its meanings in political terms – Thomas Mann”. Na tentativa de explicitar o sentido da frase de Thomas Mann, o professor Bernard Crick vaticina: “Se o homem tem um destino, a política é obviamente incompetente para legislar sobre ele, mas pode mantê-lo vivo e livre para procurar esse destino.” Cf. CRICK, Bernard. *Em defesa da política*. Trad. Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 106.

⁵Entre nós, o professor José Afonso da Silva retratou a livre busca da felicidade como “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

americana -, mas também como ciência que estuda a ambição do *zoon politikon*⁶ e seu apego ao poder, transportando o jogo político⁷ para a tipologia de governos que enleia os órgãos estruturantes do Estado.

Nesse escaninho, a criação de uma lei fundamental, protegida contra o capricho momentâneo do detentor de poder, surge como racionalização da ordem política, materializada na Constituição, que delimita a ordem jurídica no tempo⁸ e no espaço, identificando os sujeitos e poderes políticos, e atribuindo, inexoravelmente, um certo nível de responsabilização aos agentes que exercem o múnus público. Sob tal perspectiva, assiste razão ao professor português Pedro Lomba quando afirma que “a responsabilidade política é um conceito constitucional”⁹ na medida em que sob o esquadro da Lei Fundamental estão traçadas regras e procedimentos jurídicos que asseguram a responsabilização e o exercício controlado e limitado do poder.

Considerada, pois, princípio cardinal do regime republicano e um dos maiores legados do constitucionalismo¹⁰, a responsabilidade política emerge

⁶A expressão “animal político” é tributada a Aristóteles a partir da ideia de que o ser humano só encontra condições apropriadas para atingir um nível elevado de desenvolvimento integral de sua personalidade quando convive numa comunidade organizada, como exposto nas obras *A Política* (§9º) e *Ética* a Nicômaco (Livro I, 1097b1, 12). Sobre o significado da expressão *zoon politikon*, o professor Fabio Konder Comparato (2006, p. 584) esclarece que “o qualificativo indica a diferença específica entre a pólis, de um lado, e, do outro, não só os bandos de animais gregários, mas também a sociedade familiar do tempo antigo, em que apenas o chefe (despotes) tem poderes e direitos; ou então aquelas outras sociedades maiores, formadas por indivíduos que não são livres e iguais, mas vivem, todos, como escravos de um só senhor.” Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Cf. SARTORI, Giovanni. *A política: lógica e método nas ciências sociais*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 198 . p. 158-159. 1. Cf. ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d].

⁷Não se pode negar ao agir humano a influência do elemento ludens, cujo binômio disputa/vitória nos transporta para o ágon – uma competição sagrada regida por normas fixas na qual os adversários submetem a disputa a um árbitro – era o litígio judiciário na Grécia, como relatado nos estudos de Johan Huizinga. Cf. HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 87-88. A par dessa relação entre os elementos ludens e jus, vislumbramos o caráter agonístico do elemento político, assentado, sobretudo num jogo entre pessoas que disputam o poder, cuja nota diferenciadora mereceu destaque nos estudos de Giovanni Sartori: “a política é o jogo de umas pessoas contra outras, por excelência” e no que sucede à vitória, “o político encontra não apenas sua gratificação máxima, mas também, sua própria condição de sobrevivência como político”. Cf. SARTORI, Giovanni. *op.cit.*, p. 256-257.

⁸Da Inglaterra, importamos as observações do professor Bernard Crick (1981, p. 102) sobre o resultado da confluência de três grandezas - Política, Tempo e Constituição - para estabilidade do Estado: “As próprias Constituições são dispositivos políticos, podendo ser vistas como verdades auto-suficientes a curto prazo, mas a longo prazo é a própria atividade política a que proporciona – e muda – o significado de qualquer Constituição. Quando louvamos uma Constituição, não fazemos mais que louvar um resumo específico de uma política determinada em uma época definida. Se esse resumo for bem feito, e se as circunstâncias forem favoráveis, ela poderá se adentrar no meio prazo e servir de ajuda para dar estabilidade ao Estado. Mas, a longo prazo, embora suas palavras possam ser as mesmas, e poucas suas emendas formais, seu significado será diferente. Até mesmo os antigos Whigs anglo-americanos costumavam dizer que nenhuma Constituição era melhor que o caráter dos que a fizeram.”

⁹LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 22-23.

¹⁰DUHAMEL, Olivier. *Responsabilité*. In: DUHAMEL, Olivier; MENY, Yves. *Dictionnaire constitutionnel*. Paris: PUF, 1990. p. 926.

como consequência natural¹¹ e necessária na relação entre governantes e governados - representação política¹² - como prenuncia Rodrigo Borja: “Parece lógico, en efecto, que si la persona que ejerce el poder estatal obra en nombre y en lugar de la colectividad, deba rendir cuenta de sus actos ante aquellos en cuya representación actúa.”¹³

Nesse rumo de ideias, poder político e responsabilidade se afiguram como grandezas diretamente proporcionais na medida em que tanto maior o nível de poder exercido pelo agente político, maior será o nível de responsabilização tributado.¹⁴ Tendo em conta que a limitação do poder implica a sua responsabilização e que, nesse rumo de ideias, um poder constitucional¹⁵ é um poder responsável, fica um nó górdio a desatar quanto à forma e aos parâmetros em que essa limitação do poder se processa.

Perseguindo essa trilha investigativa, os filósofos liberais lograram teorizar uma concepção moderna de poder político limitado e responsável

¹¹Já nos advertia o professor alemão Klaus Günther que, a cada época surgem palavras às quais se vincula mais intimamente o espírito objetivo de uma sociedade, perceptível não só pelo uso frequente desses vocábulos entre a comunidade, mas também porque seu uso não provoca qualquer objeção. No momento atual, essa palavra é “responsabilidade”. Cf. GÜNTHER, Klaus. Responsabilidade civil. In PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. (Orgs.) *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito: textos de Klaus Günther*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

¹²John Stuart Mill (1806-1873), ao tratar da representação política, aduz que, não sendo possível a participação pessoal de todos, tão só de algumas porções muito pequenas dos negócios públicos, o ideal de um governo perfeito tem de ser o representativo. É o que se extrai, em resumo, da obra “*Le gouvernement représentatif*”, capítulo III: “*il est évident que le seul gouvernement qui puisse satisfaire pleinement à toutes les exigences de l'état social, est celui auquel participe le peuple tout entier; que toute participation même à la plus humble des fonctions publiques est utile; que la participation doit être partout aussi grande que le permet le degré de civilisation où est en général parvenue la communauté, et que fi nalement on ne peut rien désirer de moins que l'admission de tous à une part de la souveraineté. Mais puisque dans une communauté que dépasse les bords d'une petite ville, chacun ne peut participer personnellement que à une très-petite portion des affaires publiques, le type idéal d'un gouvernement parfait ne peut être que le type représentatif*”.

¹³BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México: FCE, 1992. p. 137.

¹⁴Encontramos ênfase a essa correspondência em diversos trabalhos de juristas e cientistas políticos. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Cf. BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*. Trad. Cesar Benjamim; Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, reimpr. 2007. “Importa ressaltar o princípio republicano da igualdade proporcional no exercício de cargos públicos; ou seja, quanto maior o poder, maior deve ser a responsabilidade do seu titular.” (COMPARATO, 2006, p. 655). “Ao aumento do poder corresponde – deve ou deveria corresponder – um aumento da responsabilidade. O problema da relação entre poder e responsabilidade é um dos temas fundamentais da filosofia política.” (BOBBIO, Norberto, 2007, p. 491).

¹⁵Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2006, §1º, p. 29. Leciona Carl Schmitt (§ 6º) que a criação de uma constituição limitadora e controladora do exercício do poder do Estado implicou nova feição política ao Estado francês: “El vigor político de este acontecimiento condujo a un aumento del poder del Estado, a la más intensa unidad e indivisibilidad, *unité e indivisibilité*. Si, por contra, debe regular, dividirse y limitarse el ejercicio del poder del Estado, esta “*división de poderes*” signifi ca una supresión y abolición de todo absolutismo político, sea ejercido por un Monarca absoluto, o por la Nación absoluta, despierta a la consciencia política. [...] Queda fuera de duda que todas las distinciones, divisiones, frenos y controles del poder del Estado se mueven siempre dentro del marco de la unidad política.”

segundo a Constituição -, temperado pelos ingredientes da fiscalização e da liberdade política, este último destacado por Montesquieu (1689-1755)¹⁶ na obra *O Espírito das Leis* (1748), a partir de observações sobre a Constituição inglesa:

A liberdade política em um cidadão é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade.

Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador.

Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.¹⁷

Ante a justeza da assertiva, a fixação de limites ao poder é medida que se impõe desde há muito na história da humanidade, dado que o exercício do poder despido de mecanismos de controle conduz ao despotismo, enquanto seu fracionamento predispõe a famigerada liberdade política. Com efeito, a sujeição ao direito¹⁸ dos órgãos do poder é uma das garantias mais relevantes para prevenir e corrigir atos de arbitrariedade, considerando que, na lição do Barão de La Brède, todo homem que tem poder é levado a abusar dele e vai até onde encontra limites, sendo necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder¹⁹.

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Trad. Pedro Vieira Mota. 8.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, cap.VI.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Cf. DUVERGER, Maurice. *Introduction à la politique*. Paris: Gallimard, 2000, p. 265: “o direito se define pelo poder: constitui-se de um conjunto de regras e procedimentos determinados ou reconhecidos pelo Estado e por ele chancelados.” (Tradução nossa). Nesse diapasão, pronuncia Ferdinand Lassale (capítulo III) que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdade de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem”.

¹⁹ Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Trad. Pedro Vieira Mota. 8.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, Livro XI, capítulo IV. Essa passagem bem conhecida dos escritos de Montesquieu acerca da necessidade de divisão do poder foi reproduzida pelo emérito professor Pimenta Bueno (1958, p. 32) em comentários valiosos a nossa Carta Imperial: “Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.” (Grifado no original) Cf. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

A precedência de Montesquieu (1689-1755) na teorização dos poderes do Estado merece reproches, tendo em conta formulações remotas em Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.), John Locke (1632-1704) e Henry Bolingbroke (1678-1751). Na Idade Antiga, Aristóteles já destacava n' *A Política* (Livro sexto, capítulo XI, §1º) a existência dos poderes deliberativo, executivo e judiciário, os quais, bem constituídos, confluíam para a formação de bons governos²⁰. Em recente publicação, o professor Palhares Moreira Reis (2009, p. 40) reforça a ideia de que o tema da separação de poderes remonta à tríade de poderes do mestre estagirita, sendo o primeiro - poder deliberativo:

encarregado de deliberar sobre os negócios do Estado, entregue a uma Assembleia, que era dotada de competência pra decidir sobre a paz e a guerra, estabelecer ou romper alianças, fazer e revogar leis, deliberar sobre as penas de morte, de banimento ou de confisco, e bem assim tomar as contas dos magistrados, termo usado aqui o sentido amplo²¹

O segundo - poder executivo: “exercido pelas magistraturas governamentais, teria prerrogativas e atribuições a determinar em cada caso”²², e por derradeiro, o terceiro - poder judiciário: “é o que administra a Justiça, função entregue aos tribunais”²³.

Em arremate, naturalmente, essa formulação inicial não pode ser interpretada com o sentido e o alcance das fórmulas incorporadas aos regimes constitucionais de nosso tempo por traduzir uma organização política menos complexa que a atual, fundada em três instituições basilares - senado, magistratura e tribunais judiciais.

²⁰“Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de morte, o exílio, o confisco, e examina as contas do Estado.”

²¹REIS, Palhares Moreira. A teoria da separação dos poderes, Aristóteles e os juizados especiais. Consulex, n. 306. Brasília, 2009. p. 40.

²²Ibidem.

²³Ibidem.

2.2 Separação de poderes

Nessa linha de pensamento, a doutrina da *separação dos poderes*²⁴ mostra-se como ideia dominante, surgida como um dos postulados do Estado liberal, a espraiair influência sobre inúmeros Textos Constitucionais em países sujeitos a tessituras políticas variadas²⁵. Insculpida no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a regra da separação de poderes alçou status de lei eterna: “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Na construção dos poderes políticos do Estado em Montesquieu, é preciso verificar, inicialmente, que não se trata de uma efetiva *separação*, mas sim de uma *distinção* entre poderes, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio, como na clássica passagem d’*O Espírito das Leis*, a seguir:

Em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil.

Pelo primeiro, o Príncipe ou o Magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares. A este último chamar-se-á Poder de Julgar; e ao anterior, simplesmente Poder Executivo do Estado.²⁶

²⁴No julgamento da ADI n. 3.367-1/DF, o ministro Eros Grau assim interpretou o princípio da separação dos poderes inserto na Constituição de 1988: “A Constituição do Brasil afirma que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si - artigo 2º - ainda que o § 4º do seu artigo 60 mencione “separação dos Poderes”. O vocábulo “separação” neste parágrafo indica, no entanto, sem qualquer dúvida, independência e harmonia entre eles e não cisão entre os poderes.” (Grifo nosso). Registre-se igual ponderação de Pimenta Bueno (1958, p. 36) ao tratar o conteúdo de fundo do preceito sob exame, pronunciado em comentário ao art. 9º da Carta Imperial: “A par de sua independência, e distinta separação, devem todos os Poderes concorrer pelo modo o mais harmonioso para o grande fim social. Sem o concurso unísono de suas vistas e esforços, jamais será possível que o maquinismo político e administrativo funcione proveitosamente. A divisão dos Poderes não é certamente instituída para gerar o choque, e o conflito não se distingue para que sejam rivais, ou hostis, sim para melhor garantir o destino, e fim social, para que em justo equilíbrio trabalhem e cooperem, auxiliem-se, e conspiram pelo modo o mais esclarecido em prol do bem ser comum. Dividem-se, e separam-se para evitar a confusão, o olvido dos negócios do Estado, e dos direitos nacionais, para impedir a precipitação, o erro, o excesso; para que se aproveitem todas as inteligências e forças na elevação do edifício social, no desenvolvimento da prosperidade brasileira. São atividades paralelas que convergem para uma só e gloriosa missão.” (Grifo nosso). Cf. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

²⁵O magistério de Carl J. Friedrich é de especial relevância para o estudo da aplicação da doutrina da separação de poderes em diferentes formas de governo – monarquia e república: “Ya sea que esta doctrina se estructure en forma monárquica o en forma republicana, lo decisivo es que los poderes estén claramente separados por la ley básica y tengan funciones y jurisdicciones perfectamente definidas. Sólo así puede lograrse la libertad.” Cf. FRIEDRICH, Carl J. *La filosofía del derecho*. México: FCE, 2004, p. 159.

²⁶MONTESQUIEU, op. cit., livro XI, capítulo VI.

De outra parte, importa enfatizar que da exposição de Montesquieu resulta a distinção entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e funções executiva e legislativa, de outro, de sorte que o Poder Executivo deve estar dotado de funções executivas e - pela titularidade da *faculdade de impedir* (poder de veto) - também de parcela das funções legislativas. Da mesma forma, entende deva o Poder Legislativo, em casos excepcionais, estar dotado de funções jurisdicionais.

Por outro lado, distinguindo entre *faculdade de estatuir* - o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem - e *faculdade de impedir* - o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (poder de veto) -, Montesquieu entende deva esta última estar cometida ao Poder Executivo, em relação às funções do Legislativo, de modo que o Executivo participaria por meio do direito de veto, sem o qual seria despojado de suas prerrogativas: “Se o Poder Executivo não tiver direito de frear as iniciativas do corpo legislativo, este será despótico. Porque, podendo atribuir-se todo poder imaginável, aniquilará os demais poderes”.²⁷

A toda evidência, o essencial na teoria de separação dos poderes políticos, tal como no século XVIII, é estabelecer governos moderados, politicamente equilibrados e evitar regimes autoritários²⁸, por meio de duas regras de observação: a primeira, acordo mútuo²⁹ entre as potências - legislativo, executivo e judiciário -, afastando a confusão do *poder de propor* com o *poder de decidir*; e, a segunda, o cometimento do *poder de estatuir* e do *poder de impedir* ou de *vetar* a órgãos distintos, de modo a manter a relação de coordenação³⁰ que os enleia.

2.3 Sistema de freios e contrapesos

A doutrina do Barão de La Brède veio influir de forma incisiva no pensamento de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, os autores de uma série de oitenta e cinco artigos publicados em jornais nova-iorquinos - *The Federalist Papers*. Com efeito, a primeira concretização no plano jurídico da doutrina de Montesquieu se encontra na Constituição norte-americana de

²⁷ Ibidem.

²⁸ DUVERGER, Maurice, op. cit., p. 182.

²⁹ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das ideias políticas. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 67.

³⁰ Com efeito, aponta o professor Rodrigo Borja que “no existe superioridad jerárquica entre los poderes: la relación establecida entre ellos es de coordinación y no de subordinación”. Cf. BORJA, Rodrigo. Derecho político y constitucional. México: FCE, 1992. p. 122.

1787, elaborada pelos *Founding Fathers*. No trecho seguinte d'*Os artigos federalistas* verificamos a repetição de uma ideia bem conhecida n'*O Espírito das Leis* (Livro XI, capítulo VI)³¹ acerca do papel desempenhado pelos poderes políticos:

Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredir-lhes ou violá-los. O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa³² como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa.³³

Um valioso contributo teórico para compreender a organização e a constituição dos poderes políticos do Estado foi alinhado nos estudos de Hegel (1770-1831)³⁴, a partir da diferenciação entre o poder de definir e estabelecer o universal - poder legislativo-; da subsunção dos domínios particulares e dos casos individuais sob o universal - poder de governo - e da subjetividade como decisão suprema da vontade - poder do príncipe.

Da análise das funções atribuídas aos poderes do Estado, sob a ótica do filósofo alemão, pode-se concluir que o Legislativo é, de longe, o que maior pertinência guarda com a representação política, considerada conteúdo de fundo do Estado como Eiticidade, na medida em que detém o poder de definir e estabelecer o universal a partir de órgãos de mediação - assembléias ou parlamentos - entre o

³¹ A passagem é a seguinte: “Assim, o Poder Legislativo estará confiado não só ao corpo de nobre mas também ao corpo escolhido para representar o povo. Os dois corpos terão cada qual as suas assembléias e suas deliberações à parte, e pontos de vista e interesses distintos. Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta de nobres é muito apropriada para produzir esse efeito.”

³² Nesse mesmo sentido, analisa Carl J. Friedrich (1975, p. 34) que é o poder legislativo quem, originariamente, responde pelo poder financeiro -- *poder de la bolsa*: “*La influencia que una parte de la ciudadanía, los nobles, y luego otra, los burgueses, poseía en realidad, dio origen a las instituciones representativas para mejor ejercitar dicha influencia. El poder puramente negativo de resistencia podía así convertirse en el positivo de afectar a la conducta del gobierno mediante peticiones, quejas, etc. Este tan celebrado y conocido <<poder de la bolsa>>, ha seguido siendo una de las más amadas actividades en los cuerpos parlamentarios, aunque el Parlamento británico haya delegado todo control de detalle en la materia al gabinete ministerial.*” No mesmo sentido, anota Maurice Duverger (1965, p. 252): “*La seule pression effi cace du Congrès sur le Président réside dans le pouvoir financier: c'est le Congrès qui vote les crédits et tient par conséquent les cordons de la bourse; il peut donc exercer une action fondamentale sur l'administration et le Président.*”

³³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, artigo n. LXXVIII.

³⁴ HEGEL, G. W. F. *Principes de la philosophie du droit*. Paris: Gallimard, 2006. p. 273.

governo em geral e o povo, disperso em círculos e indivíduos diferenciados (§§ 298-302). Em se tratando de Estado Monárquico, os diferentes poderes estariam reunidos no poder do príncipe, em unidade individual e, por consequência, este poder seria a base do Estado Racional³⁵, erigido sob um figurino constitucional, que determina e distribui sua atividade entre vários poderes, porém de modo que seja cada um deles, em si mesmo, a totalidade, isto é, um todo individual único.

Assim, Hegel (§ 272), considerando o Estado político uma totalidade, enxerga na separação de poderes uma garantia da liberdade pública em potencial, se tomada em seu verdadeiro sentido, e não na ideia equivocada de independência absoluta dos poderes uns em relação aos outros, que traz consigo a ideia de deslocação ou fragmentação do Estado em detrimento da totalidade. Da Constituição política do Estado delineada em Hegel, o ministro Eros Grau tomou emprestadas as seguintes lições acerca da separação dos poderes, para fundamentar seu voto na ADI 3.367-1/DF:

Ensina, em passos sucessivos, o velho HEGEL: “O princípio da divisão dos poderes contém, com efeito, o momento essencial da diferença, da racionalidade real.

Ora, o entendimento abstrato apreende-o de um modo que implica, por um lado, a determinação errônea da autonomia absoluta dos poderes uns com relação aos outros, e, por outro lado, um procedimento unilateral que consiste em tomar seu relacionamento mútuo como algo negativo, como uma restrição recíproca. Esse modo de ver encerra uma hostilidade, um temor, de cada qual em face do outro; cada um aparece como um mal para o outro e o determina a opor-se a ele, o que certamente leva a um equilíbrio geral de contrapesos, mas de modo algum a uma unidade viva”³⁶.

Desde o século XVIII, a teoria da separação de poderes é considerada a pedra de toque das Constituições liberais por representar a garantia orgânica contra o abuso de poder do Estado, não se ressentindo de magistério qualificado para elucidar o sentido e o alcance do princípio da *divisão de poderes* tomado como *distinção* entre Legislativo, Executivo e Judiciário, ou *especialização* dos poderes políticos do Estado. Sob tal perspectiva, podemos constatar a contribuição dessa doutrina para construção de padronagens de concentração de poder em diferentes sistemas de governo, conforme verificamos a seguir:

³⁵Em nota ao §308, Hegel conclama a participação do cidadão nos negócios públicos posto que membro do Estado: “Diz-se que todos os indivíduos isolados deverão participar nas deliberações e decisões sobre os assuntos gerais do Estado porque todos são membros do Estado, os assuntos do Estado a todos dizem respeito, todos têm o direito de se ocupar do que é o seu saber e o seu querer. Tal concepção, que pretende introduzir no organismo do Estado o elemento democrático sem qualquer forma racional – obliterando que o Estado só é Estado por uma forma racional-, afigura-se muito natural porque parte de uma determinação abstrata: serem todos membros de um Estado, e porque o pensamento superficial não sai das abstrações.”

³⁶ADI 3.367-1/DF

Em verdade o mérito maior da “separação de poderes” se fez sentir no curso do século XIX, exatamente por servir como fundamento para a edificação de uma tipologia pertinente aos sistemas de governo, distinguindo-se ao lado da categoria daqueles que a praticassem em termos estritos, mantendo-se fiéis às recomendações do autor de *O Espírito das Leis*, outras duas classes ou categorias: a que autoriza uma linha de confusão ou concentração de poderes (a favor do Executivo ou do Legislativo) e a que adota uma fórmula mais suave de colaboração entre os poderes, que é refletida pela padronagem inglesa.³⁷

Essa doutrina de separação dos poderes aporta no cenário doméstico a partir da exposição de Montesquieu quanto ao *equilíbrio* e à *coordenação* entre os poderes, ao contrário da postulação norte-americana dos *freios e contrapesos*, que adotou a forma pura, de poderes isolados, e esprou esse teorema no quadro constitucional francês em dois Textos Fundamentais.

Nessa esteira, os ensinamentos de Carré de Malberg³⁸ dão conta de que no primeiro Texto Fundamental - a Constituição francesa de 1791 - constava a proibição aos tribunais de se imiscuírem no exercício do poder legislativo ou de suspenderem a execução de leis, e, no segundo Texto - a Constituição do ano III - constava a reprodução da regra de que aos juízes não era dado se imiscuir no exercício do poder legislativo, tampouco editar qualquer regulamento.

Em torno da ideia de separação dos poderes, John Locke - o teorizador do compromisso entre proprietários rurais e burguesia inglesa que resultou na Revolução Gloriosa (1688)³⁹ - distinguiu um tipo de *separação dual*⁴⁰ entre o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro, conquanto visualizasse três tipos de poder, como assentou em seu voto o ministro Eros Grau no julgamento da ADI n. 3.367-1/DF cujo excerto transcrevemos a seguir:

John Locke, no Segundo Tratado sobre o governo, propõe uma efetiva separação entre Poderes Executivo, Legislativo e Federativo. O primeiro compreende a execução das leis naturais da sociedade, dentro dos seus limites, com relação a todos que a ela pertencem. O

³⁷ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Oposição na política. São Paulo: Angelotti, 1995. p. 143

³⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. Contribution à la théorie générale de l'État. Paris: Dalloz, 2007, n. 246. p. 741. t. I.

³⁹ No que tange ao espectro econômico, a revolução representou a libertação da burguesia inglesa do intervencionismo do Estado absolutista, passando a exercer, ao lado da aristocracia rural, diretamente o poder político no Parlamento, caracterizando a formação de um Estado liberal, adequado ao desenvolvimento do capitalismo e precursor da Revolução Industrial no século XVIII. Sob o espectro político, a Revolução Gloriosa (1688) representou a transição da Monarquia Absolutista para a Monarquia Parlamentar - atual sistema político inglês. Nesse diapasão, merece destaque a seguinte observação acerca da participação política que surgiu nesse contexto de revoluções burguesas: “A consolidação da ideia de um Estado de soberania popular oferecia a possibilidade para que cada cidadão, indiferentemente de sua posição na sociedade civil, pudesse reivindicar os seus direitos, de modo a superar sua desigualdade diante de outros que usufruíam de privilégios sociais e políticos.” (AVELAR, 2007, p. 262).

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 49.

Poder Federativo, a gestão de segurança e do interesse do público fora dela, juntamente com todos quantos poderão receber benefício ou sofrer dano por ela causado. O Poder Legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e de seus membros.

O que Locke destaca na hierarquia dos poderes da comunidade civil é a proeminência do poder Legislativo sobre os poderes Federativo e Executivo; na medida é o Legislativo que concentra o poder de impor regras de conduta a todas as partes da comunidade civil - poder supremo. Reproduzimos, a seguir, o trecho clássico do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* em que se visualiza com clareza essa distinção do Legislativo:

Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados;

[...] Em todo caso, o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhe prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.⁴¹

A precedência dos estudos em torno do equilíbrio entre os poderes - sistema de *checks and balances* - é tributada a Henry Bolingbroke⁴², cujas expressões *freios recíprocos, controles recíprocos, retenções e reservas recíprocas* fizeram proliferar as ideias de triplo contrapeso e de *equilibrium of powers*, das quais resulta o governo liberal, como ensina Carl Schmitt (§15): “El autor efectivo de la doctrina teórico-constitucional del equilibrio de poderes es Bolingbroke, que por lo demás divulgó la idea de un equilibrio y control recíproco sólo en escritos políticos de carácter polémico y memorias, pero no en una exposición sistemática.”

2.4 Estado de direito

É inegável o contributo da limitação do poder a regras de direito para conformação da teoria do Estado de Direito, traduzida “*en la sujeción de la*

⁴¹ Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, capítulo XIII, p. 173-174.

⁴² Cf. ARMITAGE, David. *Bolingbroke/Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

*actividade estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder*⁴³, daí falar-se no caráter dual que singulariza o Estado de Direito, na medida em que enuncia direitos e estabelece garantias, dentre as quais desponta a segurança jurídica, como garantia de prévio conhecimento da lei e sua aplicação, em oposição à ação corrosiva da álea.

O *début* da teoria do Estado de Direito no constitucionalismo moderno surgiu como resposta ao Estado absolutista, caracterizado pela ausência de liberdades, pela concentração de poder e pela irresponsabilidade dos titulares de órgãos de poder⁴⁴. Sobre a terminologia “Estado de Direito”, colhemos das lições do professor Cláudio Lembo (1991, p. 34) que a locução é uma criação da inteligência jurídica alemã - *Rechtstaat* - que, em princípio, equivale à expressão inglesa *Rule of Law* e ao ideal francês da *séparation des pouvoirs*.

Na conceituação de Diego Valadés (2002, p. 07), o Estado de Direito consiste na *”sujeción de la actividade estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder”*, merecendo destaque a natureza dual que singulariza o Estado de Direito, no tocante à enunciação de direitos e estabelecimento de garantias.

Perscrutando ainda o histórico da teoria do Estado de Direito, enuncia Valadés (2002, p. 09) que

“El concepto de Estado de derecho es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder. De ahí que la garantía jurídica del Estado de derecho corresponda al constitucionalismo moderno”.

Entre nós, o estudo da teoria de Estado de Direito foi enfrentado pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 95). Com a clareza que lhe é peculiar, enuncia a caracterização de três postulados norteadores do tema:

1. Legalidade – A esfera da liberdade limita-se aos contornos da lei, na ideia de que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” – art. 5º, II, Constituição Federal;

⁴³VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 07.

⁴⁴VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 09.

2. Igualdade perante a lei – A necessidade de criação de norma geral e abstrata em oposição aos privilégios típicos do *Ancien Régime* – Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789 – art. 6º: “[...] ela (a lei) deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune.”

3. Justicialidade - Traduzida na garantia de qualquer litígio ser submetido a juiz competente e imparcial - *due process of law* (art.5º, LIV da Constituição Federal).

No estudo do Estado de Direito a segurança jurídica aponta como garantia de prévio conhecimento da lei e sua aplicação, em oposição à “ação corrosiva da álea”, constituindo macro-princípio do Estado de Direito, a englobar a irretroatividade, a proteção dos direitos adquiridos, a confiança legítima, a legalidade ou a qualidade da lei, dentre outros, expostos por Bertrand Mathieu, na XV Mesa Redonda Internacional em Aix-en-Provence, desempenha um “papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”⁴⁵ e alcança a quinta ideia-chave⁴⁶ do constitucionalismo - a promoção de um regime de segurança jurídica no qual os indivíduos tenham certeza da reta e efetiva aplicação da lei em todos os casos.

Em arremate, o percurso até aqui traçado nos permite concluir que a relação entre os poderes políticos do Estado e a responsabilidade política é o ponto de partida para a investigação de uma teoria geral da responsabilização política, trazendo viva à memória a lição de Jellinek: “*La doctrina inglesa de checks and balances, la francesa de la división de poderes, la alemana del Estado del derecho, todas ellas se proponen como fi n último, fi jar límites a la arbitrariedad inevitable de los órganos supremos del Estado.*”⁴⁷

3 Poder político responsável

Transitando entre diferentes esferas de compreensão, desde a linguagem usual à terminologia técnica no âmbito do Direito, está o vocábulo *responsabilidade*, cuja origem poder ser tributada ao verbo latino *spondeo-ere*,

⁴⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 474.

⁴⁶BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la política. *Constitucionalismo*. México: FCE, 2003. p. 167.

⁴⁷JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2004, livro segundo, capítulo XI. p. 343.

vinculado à ideia de *responder, contestar*, podendo o particípio *responsum-i*⁴⁸ significar *resposta, satisfação*. Em sentido amplo, *responder* significa “obrigar-se em reciprocidade”⁴⁹, “constituir-se garante de alguém ou alguma coisa”, ou ainda “dar resposta”; o termo *responsável* está associado ao dever de responder por algo ou alguém, ou pelas consequências de seus atos ou dos atos daqueles pelos quais responde, e o vocábulo *responsabilidade* está vinculado à obrigação de responder pelo cumprimento dos deveres cometidos.

Na tradição romana, o vocábulo remonta à *sponsio* religiosa, considerada um ato de libação⁵⁰, uma oferenda coletiva seguida de uma promessa solene perante os deuses, cujo não cumprimento importava sanções de caráter divino. Não sem razão a *stipulatio* clássica⁵¹ - o contrato verbal de maior âmbito de aplicação do direito romano - celebrava-se com a prolação de perguntas e respostas orais: “*Dare mihi spondes?*”, era a pergunta formulada àquele que se responsabilizava pela obrigação, e “*Spondeo*”, era a resposta que selava a *stipulatio*.⁵²

⁴⁸No clássico *Leviatán* (Parte II, capítulo 26, p. 233) Thomas Hobbes faz referência a sete classes de leis civis presentes nas *Institutas*, com destaque para a denominação *responsa prudentium* que designava “las sentencias y opiniones de aquellos juristas a quienes el emperador dio autoridad para interpretar la ley y para resolver las cuestiones que en materia de ley eran sometidas a su opinión; estas respuestas obligan a los jueces, al dar sus juicios, por mandato de las constituciones imperiales, y serían como las recopilaciones de casos juzgados, si la ley de *Inglaterra* obligara a otros jueces a observarlas. En efecto, los jueces de la ley común de *Inglaterra* no son propiamente jueces, sino jurisconsultos, a quienes los jueces, es decir, los lores o doce hombres del pueblo llano, deben pedir opinión en materia de ley.” A esse respeito, Joaquim Salgado (2007, p. 114) anota: “É, pois, nos *responsa prudentium* que o direito ganha sua maior altitude espiritual e se torna direito plenamente sabido ou consciente, razão jurídica propriamente posta na cultura, pela experiência da consciência jurídica que se processa desde o início da cultura romana, como momento de sua plena idealidade efetivada, cujo movimento interno resulta na sua compilação.” Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁴⁹Cabrera Vásquez (2000, p. 22-23) arremata: “SER RESPONSABLE es estar dispuesto a responder por algo o por alguien. De esta manera la RESPONSABILIDAD se convierte en el elemento espiritual más importante del SER HUMANO.” Cf. CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio. Refl exiones sobre la responsabilidad en el desempeño de la función pública. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima. v.57, n.2, p.21-51. 2000.

⁵⁰*Sponsio* e *promissio* são contratos verbais considerados *atos da magia simbólica*, como dá conta o professor Ari Marcelo Solon (2000, p. 28): “Nos primórdios, a promessa se fazia estendendo mão direita do promitente que tocava o promissário. Isso gerava uma unidade vital sagrada entre as partes, caracterizada pela *fi des*. Esta unidade era maculada (trazendo à memória justo como puro) pela quebra da palavra.”

⁵¹Transcrevemos a seguir os apontamentos do professor Ari Marcelo Solon (2000, p. 27-28) nesse particular: “Assim, o mais importante contrato do direito romano – a *stipulatio* – pode ser o resultado da secularização da *sponsio* religiosa. Com o tempo, o *vinculum religionis* fez-se *vinculum juris*. Prescindiu-se da libação. Apenas a antiga fórmula das palavras permaneceu, enquanto seu signifi cado provavelmente foi esquecido. Decisiva, porém, nesta investigação, é a revelação de haver o caráter religioso da cerimônia também permanecido no instituto jurídico, ainda que como uma ficção. As palavras da fórmula jurídica tinham a mesma força criadora da fórmula sacramental como se, segundo os princípios da magia simbólica, fossem o próprio ato de oferenda.” Cf. SOLON, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

⁵²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. III, p. 02. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. II, p. 139-140.

Em nossa perspectiva, a lição de Rodrigo Borja (2003, p. 1211)⁵³ a seguir, além de um breve esboço histórico acerca da construção política desse instituto na seara inglesa, francesa e norte-americana, acrescenta à receita de governo responsável o ingrediente da subordinação que impinge ao agente político a responsabilidade pela prática de condutas perpetradas por aqueles que lhe são subordinados, como podemos conferir no excerto:

Como ha ocurrido con las más importantes instituciones políticas, los antecedentes fueron ingleses, la lucubración doctrinaria fue francesa y la aplicación práctica fue norteamericana. Así, el caso de la responsabilidad, la costumbre constitucional de Inglaterra, prolijamente observada por los filósofos políticos de su tiempo, se convirtió en texto constitucional en los Estados Unidos al momento de asumir la forma federal de Estado en 1787 y se reprodujo en Francia a la hora de plasmar los ideales de la Revolución de 1789, desde donde se ha expandido por el mundo democrático. El principio de la responsabilidad proviene, por tanto, de viejas tradiciones políticas y jurídicas de Inglaterra que demandaban a los funcionarios públicos no solamente responder de sus actos sino también de los de sus subordinados.

Nesse diapasão, aproxima-se a locução “responsabilidade política” com o dever de prestação de contas não só pelas decisões oriundas de atos como também de omissões que os titulares de funções políticas ou seus subordinados praticam no exercício do múnus público, decorrentes do princípio da imputação da responsabilidade, que permite a identificação inequívoca do responsável pela emanção da decisão ou da conduta guisada. Nas lições do professor Canotilho, a “responsabilidade política é um mecanismo jurídico-constitucional que incide sobre o desvalor jurídico e político constitucional dos actos dos titulares do poder político”⁵⁴.

Para aclarar a compreensão desse instituto, importa dizer que a responsabilidade do cidadão comum cinge-se aos resultados produzidos em sua vida em sociedade, sua esfera individual, sua profissão, seus negócios, respondendo por eles na esfera jurídica (civil, penal, fiscal, trabalhista etc.), enquanto outra realidade é a do agente político cuja responsabilidade está acima daquela a que o cidadão comum está sujeito na medida em que exerce uma atividade de representação, outorgada em processo democrático, que lhe autoriza a definir os rumos dos negócios do Estado e a influir, dessa maneira, nas vidas de seus concidadãos.

⁵³ BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la política. *Responsabilidad*. México: FCE, 2003.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 544.

É que o panorama da responsabilização no regime republicano se afigura de maneira completamente distinta da monarquia⁵⁵, pois naquele restam avivados dois traços precípuos do republicanismo - a renovação periódica⁵⁶ a representação política e a ideia de legitimidade democrática⁵⁷, a que nos referimos atrás, que, em conjunto, afastam em definitivo a concepção de governo irresponsável:

A irresponsabilidade de quem detém o poder é um dos traços característicos do governo autocrático, ao passo que a democracia, na qual vivemos e pretendemos continuar a viver, caracteriza-se, pelo menos teoricamente (na verdade, numa democracia desalinhada como a nossa, as coisas funcionam de outra maneira), pelo princípio da responsabilidade política e jurídica dos principais órgãos do Estado. Na democracia, ninguém é – ou ninguém devesse ser – irresponsável.⁵⁸

Sob nossa ótica, a existência de um poder político responsável está imbricada à ideia de democracia representativa que emerge do processo de escolha dos agentes políticos do Estado - a eleição -, de maneira que podemos

⁵⁵Para justificar a irresponsabilidade jurídica e política do Chefe de Estado no regime monárquico, argumentase que a honra da Coroa e o interesse público não podem tolerar o escândalo de um processo contra o monarca -- fenômeno que perturbaria enormemente a tranqüilidade pública - considerando a regra “*The King can do no wrong*”. Cf. BORJA, Rodrigo, op.cit., 1992, p. 139.

⁵⁶A ideia de alternância no poder é o eixo de construção política dessa forma de governo, de modo que, para evitar que eleições reiteradas do mesmo indivíduo criem nefasto paralelismo com a imutabilidade no poder, característica do regime monárquico, surgiu na cena política a regra de vedação a reeleições sucessivas. A esse respeito, leciona o professor Dalmo Dallari (2001, p. 243) que “no sistema norte-americano não se estabeleceu, de início, a proibição de reeleições para períodos imediatos. Contra essa omissão houve expressa manifestação de JEFFERSON, que observou que a possibilidade ilimitada de reeleições daria caráter vitalício à investidura, e daí seria fatal que se passasse à hereditariedade. Mantido o silêncio constitucional, criou-se a praxe de um máximo de dois períodos consecutivos para cada presidente, o que foi respeitado até o período de Franklin Roosevelt, que, valendo-se das circunstâncias da guerra, foi eleito para um terceiro período consecutivo. Esse fato despertou reação e fez com que se aprovasse uma emenda constitucional, incorporada à Constituição em 27 de fevereiro de 1951, estabelecendo o limite máximo de dois períodos consecutivos.” Ao comentar a cena política brasileira da década de 30, Oliveira Vianna (1939, p. 273-274) rechaça a ideia de reeleição para os cargos do Poder Legislativo, como se observa no excerto a seguir, na grafia original: “Para assegurar à política nacional uma elite numerosa, para torná-la centro de convergência das inteligências mais fortes e cultas do País, faz-se preciso a renovação contínua da representação política, faz-se preciso reagir contra esta tendência à perpetuação dos deputados nas suas cadeiras – e isto só seria possível impedindo a reeleição. Em vez desta prescrição proibitiva ser uma violência à vontade do povo, é, ao contrário, o meio mais seguro, de acordo com a nossa experiência, de assegurar-lhe uma representação eficiente.” Para uma compreensão atual do instituto da reeleição presidencial nos diferentes sistemas eleitorais da América ibérica, confira o nosso trabalho “A reeleição presidencial sucessiva à luz do direito estrangeiro: América Latina em perspectiva comparada. *Consulex*, n. 296. Brasília, 2009.

⁵⁷MATTEUCCI, Nicola. *República*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 13. ed. v.2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007. p. 1108-1109.

⁵⁸BOBBIO, Norberto, op.cit., p. 497.

relacionar a representação⁵⁹, numa linha ascendente, com a eleição e, numa linha descendente, com a responsabilidade⁶⁰. Contudo, atenta Hanna Pitkin para a representação como o agir no interesse dos eleitores - *acting for* - de maneira responsiva em relação a eles, importando, de igual sorte, uma postura ativa também dos representados nesse processo:

“O representado deve ser também (concebido como) capaz de ações e julgamentos independentes, não ser um mero recebedor de cuidados.”⁶¹ Impende advertir que só a eleição, ainda que livre, isenta e periódica, não esgota a realidade democrática⁶². É preciso que as autoridades designadas para exercitar o governo respondam pela sua atividade, uma vez que “o governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático”⁶³ na medida em que o representante no exercício do múnus público dará de ombros às demandas do eleitorado.

Em arremate, temos, pois, que o foco da responsabilidade política é remover o agente político em decorrência de manifesta violação à confiança dos cidadãos nele depositada, representada por atos ou omissões graves que afetam os interesses públicos fundamentais e seu bom andamento.

⁵⁹ Lembra-nos Miguel Reale (1981, p. 64) da seguinte lição do mestre Duverger: “Diz ele que a representação política não é uma fotografia do eleitorado, mas um quadro do eleitorado, no sentido do quadro artístico, para demonstrar que entre a realidade e aquilo que se apresenta na estrutura do Estado se interpõe a hermenêutica, a interpretação do artista. É a realidade vista através da fisionomia, da peculiaridade do artista.” Cf. REALE, Miguel. Pánel II: A teoria jurídica da representação política no direito constitucional. In: Seminário sobre modelos alternativos de representação política no Brasil. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

⁶⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 320. Lecionam os professores Jorge Miranda e Rui Medeiros (2006, p. 324) que o princípio da responsabilidade exige que os titulares dos cargos políticos possam ser submetidos à acusação por atos cometidos no exercício de suas funções mesmo depois de cessado esse exercício, excluídas, definitivamente, quaisquer medidas de clemência ou graça, para evitar decisões dos próprios titulares de cargos políticos entre si ou para si. Em resumo, seriam os governantes a desculparem-se consigo mesmos, ou ainda, desculparem condutas de seus antecessores, o que representa a nosso sentir, um escárnio ao princípio da responsabilização política, tal como no escândalo de Watergate, em que presidente Richard Nixon foi perdoado por Gerald Ford, seu sucessor.

⁶¹ Cf. PITKIN, Hanna Fenichel. The concept of representation. Berkeley: California University Press, 1997, p. 209. No mesmo sentido, de participação do eleitorado nesse processo, adverte Simon Schwartzman (1979, p. 2): “A criação de mecanismos efetivos de responsabilidade política é fruto de um processo histórico claramente identifiável, e o que nos falta não é uma cultura ou uma língua diferente, mas mecanismos efetivos pelos quais esta responsabilidade possa ser criada e mantida. [...] Um governo que ouve e responde - ante o Parlamento em primeiro lugar, e ante os setores organizados e articulados da sociedade, depois - é obrigado a se preparar melhor para atender às pressões sociais, e ao mesmo tempo cria na sociedade a exigência de se organizar e se informar de maneira responsável para dialogar com o governo.” Cf. SCHWARTZMAN, Simon. Da responsabilidade democrática. In: O Estado de São Paulo, 8 junho 1979, p. 2. Disponível em <http://www.schwartzman.org.br/simon/responsab.htm>. Acesso em: 18 out. 2009.

⁶² PINTO, Paulo Brossard de Souza. O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.3.

⁶³ PINTO, Paulo Brossard de Souza. O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.3.

Nesse contexto, a eleição funciona como um mecanismo de produção da responsabilidade jurídica, em todas as latitudes, que dá liga à relação de confiança entre governante e eleitores, na medida em que, por meio de um ato de vontade dos cidadãos do Estado, se faz a escolha daqueles que exercerão o poder político.

4 Considerações Finais

A limitação dos poderes políticos do Estado é o ponto de partida para a investigação de uma teoria geral da responsabilização política, fazendo justiça à prenotação de Jellinek - “*La doctrina inglesa de checks and balances, la francesa de la división de poderes, la alemana del Estado del derecho, todas ellas se proponen como fi n último, fi jar límites a la arbitrariedad inevitable de los órganos supremos del Estado*”⁶⁴ - e à de Montesquieu, no sentido de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele e vai até onde encontra limites, sendo necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder⁶⁵.

O percurso até aqui traçado nos permite concluir que poder político e responsabilidade se afiguram como grandezas diretamente proporcionais, na medida em que tanto maior o nível de poder exercido pelo agente político, maior será o nível de responsabilização que lhe será tributado, tendo em conta a importância do cargo exercido, a relevância e o alcance das decisões que são tomadas na constância do mandato - notas distintivas da condição de agente político - a demandar contínuo alinhamento com o interesse público.

A toda evidência, o baixo nível de clareza quanto à responsabilidade do agente político torna fácil e conveniente transformá-la em algo difuso, eclipsando a imputação da própria responsabilidade, ou, não raro, imputando-a aos subordinados com os quais compartilha o controle do governo. Nesse rumo de ideias, a habilidade de os eleitores monitorarem seus representantes para identificar, com clareza, aqueles responsáveis por atuações insatisfatórias e,

⁶⁴JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2004, livro segundo, capítulo XI. p. 343.

⁶⁵Cf. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Trad. Pedro Vieira Mota. 8.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004, Livro XI, capítulo IV. Essa passagem bem conhecida dos escritos de Montesquieu acerca da necessidade de divisão do poder foi reproduzida pelo emérito professor Pimenta Bueno (1958, p. 32) em comentários valiosos a nossa Carta Imperial: “Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar *é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.*” (Grifado no original) Cf. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

por meio de eleições, fazer a assepsia da cena política, afastando os maus agentes é, sem dúvida, um dos fatores que dão efetividade ao processo democrático, sobretudo após um vasto painel de notícias e um sem número de práticas criminosas que vieram a lume nos últimos anos, protagonizados por integrantes dos três poderes políticos do Estado.

Neste breve ensaio, podemos concluir que é a eleição que emerge como alternativa primaz na efetivação da responsabilidade política dos representantes, revestida dos atributos da competitividade, periodicidade e liberdade de candidaturas, conduzindo para a responsabilização calcada no comprometimento ético e político do eleito e intensificando a possibilidade de remoção da cena política do agente cuja conduta não esteja conforme o interesse dos representados.

Em arremate, não mais podemos tratar com tibieza a responsabilidade política e olvidar a utilização da eleição como instrumento para aferirmos a comunicação entre a sociedade que fala e o governo que ouve e responde.

Reforçar o elo de confiança política entre governantes e governados, por meio de um ato de vontade dos cidadãos do Estado, é medida que se impõe para a higidez de nossa democracia, selando, com o sufrágio direto e secreto, a escolha daqueles que exercerão o múnus público como representantes da coletividade.

Referências

- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d].
- ARMITAGE, David. *Bolingbroke/Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- AVELAR, Lúcia. Participação política. In: ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política*. Trad. Cesar Benjamim; Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, reimpr. 2007.
- BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constituional*. México: FCE, 1992.
- _____. *Enciclopedia de la política*. México: FCE, 2003.
- CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio. Reflexiones sobre la responsabilidad en el desempeño de la función pública. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima. v. 57. n.2. p.21-51, 2000.
- CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Legislação Eleitoral e hermenêutica política X Segurança jurídica*. Barueri: Manole, 2006.
- _____. *Oposição na política*. São Paulo: Angelotti, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Dalloz, 2007.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRICK, Bernard. *Em defesa da política*. Trad. Juan A. Gili Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DYKSTRA, Clarence A. The Quest of Responsibility. In: *The American Political Science Review*, v. 33. n. 1. fev. 1939.

DUHAMEL, Olivier. *Responsabilité*. In DUHAMEL, Olivier; MENY, Yves. Dictionnaire constitutionnel. Paris: PUF, 1990.

DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et droit constitutionnel*. Paris: PUF, 1965.

_____. *Introduction à la politique*. Paris: Gallimard, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno constitucional y democracia*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

_____. *La fi losofi a del derecho*. México: FCE, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, 3. v.

GUNTHER, Klaus. Responsabilidade civil. In: PUSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. (Org.) *Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito: textos de Klaus Gunther*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEGEL, G. W. F. *Principes de la philosophie du droit*. Paris: Gallimard, HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: O jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2007.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2004.

LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

LOMBA, Pedro. *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008;

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MATTEUCCI, Nicola. *República*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. v.2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILL, John Stuart. *Le gouvernement représentatif*. 3.ed. Paris: Éditeurs Guillaumun et Cie, 1877.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. t. II.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Trad. Pedro Vieira Mota. 8.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: California University Press, 1997.

REALE, Miguel. Painel II: A teoria jurídica da representação política no direito constitucional. In: *Seminário sobre modelos alternativos de representação política no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

REIS, Palhares Moreira. A teoria da separação dos poderes, Aristóteles e os juizados especiais. *Consulex*, n. 306. Brasília, 2009.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARTORI, Giovanni. *A política: lógica e método nas ciências sociais*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. *Ingeniería constitucional comparada*. México: FCE, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SCHWARTZMAN, Simon. Da responsabilidade democrática. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 jun. 1979, p. 2. Disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/responsab.htm>>. Acesso em: 18 out. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOLON, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS: O ATUAL POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE

Leandro Souto Maior
Bacharel em Direito

1 Breves comentários sobre Concurso Público

A Constituição de 1988 tornou imperiosa a aprovação prévia em concurso para provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração Direta e Indireta, inclusive para preenchimento de empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Como ensina o Professor Hely Lopes Meireles¹, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração para se obter moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata.

Desta feita, vê-se o instituto do Concurso Público como um meio moralizador da Administração Pública, haja vista que admitirá servidores consoante previsão constitucional, com espaço igualitário para todos que preencham os requisitos necessários para o cargo, sem favorecimento de amigos e parentes, com a divulgação necessária da abertura do concurso, culminando com a admissão, ao menos em tese, dos melhores qualificados ao cargo de que a Administração necessita.

O prazo de validade do concurso público, conforme artigo 37, inciso III, da Constituição Federal “será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”. Compreende-se por prazo de validade do concurso público o período após a homologação do concurso no qual a Administração Pública poderá nomear ou contratar os aprovados para o provimento ou preenchimento do cargo ou emprego público a que se destinava o referido concurso.

Concurso Público devidamente realizado, candidatos classificados e aprovados, nenhum vício em seu transcorrer culminará com a homologação do concurso. E, nesse momento, se chega à grande celeuma doutrinária e jurisprudencial: Qual o direito dos candidatos classificados e aprovados dentro do número de vagas oferecidas pelo edital do concurso público? Haveria apenas uma mera expectativa de direito ou existiria um Direito Subjetivo à nomeação?

A doutrina e a jurisprudência, hoje, são uníssonas em afirmar que haverá direito subjetivo na ocorrência dos seguintes casos:

¹C.f. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

1 – Quando ocorrer nomeação de um candidato em detrimento de outro melhor classificado, ou quando ocorrer nomeação, para o mesmo cargo, de pessoa não aprovada em concurso público;

2 – Quando houver candidato aprovado em um concurso público e a Administração Pública promulga edital de novo concurso, para o mesmo cargo efetivo ou emprego público, e realiza nomeação de candidato aprovado no concurso mais recentemente realizado, ignorando o candidato aprovado do concurso anterior que ainda se encontre em seu prazo de validade;

(...);

4 – Quando houver candidato aprovado em concurso público e a Administração Pública, ao invés de nomeá-los, contrata ou mantém contratado funcionários terceirizados, contratados temporários ou requisitados exercendo exatamente a mesma função ou cargo para os quais foi realizado aquele certame²;

O problema urge quando se deseja saber se o simples fato de o candidato ter sido aprovado dentro do número de vagas previstas no edital obrigará ou não a Administração Pública a nomear o referido candidato.

2. Do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas referenciadas no edital

Prevaleceu durante anos na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público, mesmo classificado no número de vagas previstas no edital do certame, era titular apenas de expectativa de direito à nomeação.

Na doutrina, existem renomados expoentes que ainda defendem se tratar de mera expectativa de direito, a exemplo de Alexandre de Moraes³ e Celso Ribeiro Bastos⁴, tendo como argumento central uma subordinação do ato de nomear à conveniência e à oportunidade da Administração Pública. Por isso, o ato de provimento originário, em uma visão tradicional, fica à inteira discricção do Poder Público.

² ROSA, Dênerson Dias. *Aprovação em concurso público, terceira parte*: hipóteses reconhecidas de direito subjetivo à nomeação. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/35546>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 332.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

Ao longo dos anos, a jurisprudência pátria, quando da interpretação da legislação de regência e da Constituição Federal, também se direcionou no mesmo sentido. Na sessão plenária de 13/12/1963, o Supremo Tribunal Federal produziu, sob a égide da Constituição Federal de 1946, a súmula nº 15 com os seguintes dizeres:

DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO, O CANDIDATO APROVADO TEM O DIREITO À NOMEAÇÃO, QUANDO O CARGO FOR PREENCHIDO SEM OBSERVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO.

Porém, essa interpretação, seja por doutrinadores ou no âmbito dos Tribunais, vem sendo modificada no sentido de afirmar ter o candidato aprovado em concurso público, dentro das vagas propiciadas no edital, direito subjetivo à nomeação.

A jurisprudência firmada no âmbito dos Tribunais Superiores (STJ, TST e STF) e no Conselho Nacional de Justiça vem consolidando o novo entendimento, afirmando que os aprovados possuem o direito à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Isto é, o número de vagas disponibilizadas pelo edital terá que ser ocupado pelos concursados aprovados, ainda que tenha ocorrido a expiração do prazo de validade do concurso público. Há direito subjetivo deles à nomeação ao cargo público que foi exposto à disputa, conforme se verificará nos itens seguintes.

2.1 Da Consolidação de Posicionamento nos Tribunais Superiores e no Conselho Nacional de Justiça

No Supremo Tribunal Federal há, ainda, enormes divergências entre os atuais ministros. Um precedente importante junto ao referido tribunal ocorreu em 1996, no julgamento do RE 192.568/PI⁵, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se reconheceu o direito subjetivo que tem o candidato aprovado dentro das vagas do edital em ser nomeado.

Nova decisão do colegiado nesse sentido só recentemente pode ser encontrada, com o julgamento da RE 227480, conforme ementário que segue:

EMENTA: DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 192568/PI. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.04.1996.

PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso.
2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.
3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento⁶.

O julgamento acima mencionado ocorreu com a composição atual da 1ª Turma do STF e prevaleceu o entendimento, por 3 votos a 2, do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados no concurso público dentro das vagas. O “placar” indica, como já ressaltado, que o assunto ainda é polêmico dentre os ministros da Corte Maior, contudo, diante das fundamentações e discussões ocorridas em seu julgamento, crê-se que prevalecerá o referido posicionamento.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão controlador da atuação administrativa e financeira da Administração, já pacificou o entendimento em torno de que o candidato aprovado dentro do número de vagas é detentor, não de mera expectativa de direito, mas de “direito inteiro”, ou seja, de direito subjetivo à nomeação. Nesses termos, recente julgamento cuja ementa se segue:

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. NECESSIDADE DE SERVIDORES. CONVÊNIOS ENTRE PREFEITURA E TRIBUNAL. CESSÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES SEM ÔNUS AO TRIBUNAL. CONTRATOS REDA - REGIME ESPECIAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO⁷.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 227480/RJ. Rel. p/ o Acórdão Min. Carmen Lucia, DJU de 21.08.2009.

⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário. PP 200810000019865. Cons. Joaquim Falcão, DJU de 13.02.2009.

Na Justiça do Trabalho, em recente e inédita manifestação, o Tribunal Superior do Trabalho tomou para si o entendimento mais moderno e decidiu no sentido de que a convocação de candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas em edital é dever da Administração, haja vista ter o candidato o direito subjetivo à nomeação, conforme se averigua na ementa seguinte:

AÇÃO CAUTELAR EM RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA CONTRATAÇÃO IMEDIATA DETERMINADA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. AUSÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS. Hipótese em que a Autora promoveu concurso público, oferecendo no edital duas vagas para o emprego de engenheiro, abstendo-se de preenchê-las integralmente. A jurisprudência mais moderna das Cortes Superiores pátrias inclina-se a considerar que convocação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital é ato que escapa à esfera discricionária do Administrador, de modo a reputar que o aspirante ao emprego, nessa situação, tem o direito subjetivo de ser contratado. Logo, num juízo de cognição sumária, próprio ao exame dessa espécie de ação, não se vislumbra a probabilidade de que o direito à suspensão da determinação de contratação em antecipação de tutela nos autos principais realmente exista. Ausente, pois, o *fumus boni iuris*, a medida cautelar não pode ser deferida. Pretensão cautelar improcedente⁸.

O Superior Tribunal de Justiça é o tribunal onde se encontra o maior número de julgados favoráveis aos candidatos, já tendo pacificado o entendimento em torno da matéria. Após ampla consulta nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, foi possível verificar o julgado que deu início à reviravolta na jurisprudência desse tribunal, tornando-se um verdadeiro *leading case*. Trata-se do ROMS nº 15.034/RS, de relatoria do Ministro Felix Fischer. O referido julgado conta com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO. Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso

⁸BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. AC - 206200/2009-000-00-00. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT de 18.09.2009.

público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF. Recurso provido⁹.

Tratou-se de Recurso Ordinário em sede de Mandado de Segurança em que o impetrante havia sido aprovado em concurso público, com previsão de 05 (cinco) vagas, exatamente em 5º lugar. O ministro relator, bem como toda a 5ª Turma, inovando a jurisprudência daquele tribunal considerou que a administração fica vinculada ao que estabeleceu no edital do certame, motivo pelo qual a nomeação fugiria do campo da discricionariedade para o campo da vinculação.

A partir do julgamento do ROMS nº 15.034/RS, diversos outros julgados seguiram seu entendimento. A seguir, uma lista de julgados, em ordem cronológica de julgamento (desconsiderando-se eventuais julgamentos de embargos de declaração), que serviram de base para esta obra, bem como para a consolidação do posicionamento do STJ sobre a matéria:

- RMS nº 15.945/MG - DJ 20/02/2006 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Medina;
- RMS nº 19.922/AL – DJ 11/12/2006 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Medina;
- RMS nº 19.216/RO – DJ 09/04/2007 - 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Medina;
- RMS nº 19.635/MT – DJ 26/11/2007 – 6ª Turma – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura;
- RMS nº 20.718/SP – DJ 03/03/2008 – 6ª Turma – Rel. Paulo Medina;
- RMS nº 15.420/PR – DJ 19/05/2008 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Gallotti;
- RMS nº 25.957/MS – DJ 23/06/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho;
- RMS nº 26.630/MS – DJ 23/06/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho;
- AgRg no RMS nº 21.165/MG – DJ 01/07/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Laurita Vaz;
- RMS nº 19.478/SP – DJ 25/08/2008 – 6ª Turma – Rel. Min. Nilson Naves;

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. ROMS nº 15.034/RS. Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 29.03.2004.

- RMS nº 22.597/MG – DJ 25/08/2008 – 6ª Turma – Rel. Min Jane Silva (Des. Convocada);
- RMS nº 19.467/SP – DJ 06/10/2008 – 6ª Turma – Rel. Min. Paulo Gallotti;
- RMS nº 26.507/RJ – DJ 20/10/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho;
- RMS nº 26.426/AL – DJ 19/12/2008 – 5ª Turma – Rel. Min. Laurita Vaz;
- MS nº 10.381/DF – DJ 24/04/2009 – 3ª Seção – Rel. Min. Nilson Naves;
- RMS nº 27.311/AM – DJ 08/09/2009 – 5ª Turma – Rel. Min. Jorge Mussi.

Nessa longa pesquisa jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, no Conselho Nacional de Justiça e no Tribunal Superior do Trabalho foi possível detectar a existência de diversas fundamentações em comum para que houvesse a mudança de posicionamento, assegurando ao candidato aprovado dentro das vagas do certame o direito subjetivo à nomeação.

3 Dos fundamentos para a mudança jurisprudencial e a consolidação do posicionamento

Vários fundamentos puderam ser encontrados quando da análise dos julgados de nossos Tribunais Superiores. Os principais deles são: o princípio da moralidade, o princípio da dignidade humana e a vinculação recíproca dos administrados e administradores ao veiculado no edital.

3.1 Princípio da moralidade

O Princípio da moralidade torna jurídica a exigência de um desempenho ético dos agentes da Administração Pública. A denominada “moral administrativa” diverge da “moral comum” exatamente por ser jurídica e por ser possível a invalidação dos atos administrativos praticados sem a observância desse princípio.

Um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade, isto é, um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente. Ato contrário à moral administrativa não deve ser revogado, e sim declarado nulo, e, por se tratar de controle de legalidade ou legitimidade, este pode ser efetuado pela Administração e, também, pelo Poder Judiciário (desde que provocado)¹⁰.

¹⁰ C.f. ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 144.

Importa unicamente o que se extrai do ordenamento jurídico acerca da conduta compatível com a moralidade administrativa. E é nesse panorama que entra o Poder Judiciário. O Superior Tribunal de Justiça, em duas oportunidades, RMS 19.216/RO e RMS 26.507/RJ, já referenciados, utilizou-se deste princípio para assegurar aos candidatos aprovados dentro das vagas disponibilizadas no certame o direito líquido e certo à nomeação.

Permitir à Administração abrir concurso público sem que tivesse a obrigação de chamar os aprovados dentro das vagas, feriria frontalmente o princípio da moralidade administrativa. Nesses termos, o Judiciário, quando provocado, deve se valer desse princípio para impedir impropriedades e garantir o império da moralidade administrativa para a sociedade, bem como para a própria Administração.

3.2 Princípio da Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro (art. 1º, III da Constituição Federal), constitui-se no “valor constitucional supremo” em torno do qual gravitam os direitos fundamentais¹¹.

Da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como um dos baldrames da República Federativa do Brasil derivam dois comandos distintos: por um lado, nasce uma positivação para o Estado empenhar todos os esforços que se requer para que se promovam os caminhos que propiciem, a todos os cidadãos, o acesso aos valores, bens e utilidades mister a uma vida digna; por outro, a cominação de observância e proteção no sentido de impedir qualquer tipo de violação, seja pelo próprio Estado, seja por terceiros, à dignidade da pessoa humana.

Foi nesse diapasão que se utilizou o já mencionado *leading case* do STJ, RMS 15.034/RS, de arguições do Ministro Marco Aurélio, do STF, quando da resolução do RMS 23.657/DF¹², considerações essas que valem a pena trazer à baila:

A República Federativa do Brasil, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tem como um dos fundamentos, a dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Na realização de um concurso público, que muito tem a ver com esse direito natural do homem, as normas de regência fazem-se direcionadas ao equilíbrio da relação jurídica candidato-Estado. É

¹¹NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 248.

¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RMS 23.657-8/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.11.2001.

essa a premissa a nortear a definição de possíveis conflitos surgidos na angustiante caminhada no sentido de alcançar-se, mediante ocupação do cargo público, a almejada segurança jurídica. Pois bem, o Recorrente acorreu ao chamamento da Administração Pública para participar do concurso destinado ao preenchimento de cargos de Fiscal do Trabalho. Fê-lo, certamente, após sopesar as balizas objetivas do certame, as possibilidades de, ante ao número de vagas, vir a lograr êxito. Desnecessário é dizer das limitações, na vida gregária decorrentes do engajamento em um concurso. Considerado o grau maior ou menor de dificuldades, o candidato dedica-se, de corpo e alma, às provas, impondo limitações à convivência com terceiros e, quase sempre, desligando-se de atividade econômico-financeira para melhor aplicar-se nessa verdadeira *via crucis*. Uma certa expectativa é formada, e o mínimo que se pode desejar é a ausência de mudança de enfoques, de surpresas que acabem por afastar as premissas primeiras e que vieram a estimular o candidato a inscrever-se.

As dificuldades enfrentadas quando da feitura de qualquer concurso exacerbam-se quanto maior a escolaridade exigida. Os candidatos, almejando a melhoria, quer sob o ângulo profissional, quer sob o econômico, quase sempre se dedicam com exclusividade aos estudos, especialmente quando em jogo cargos de difícil acesso. Desligam-se das atividades que viabilizam o próprio sustento, passando a depender dos familiares, cuja convivência, ainda que de forma momentânea, sacrificam, em face da eleição de um objetivo maior. Noites maldormidas, cursos e livros. Por outro lado, confia nos parâmetros constantes das normas regedoras do concurso, procedimento que é antecedido da análise das chances havidas.

Vendo a chance de disputar uma oportunidade, em plena condição igualitária com os demais indivíduos da sociedade, o cidadão verdadeiramente abdica de momentos de lazer, de convívio familiar, investe em livros, cursos, treinamentos e demais materiais pedagógicos, com o objetivo de auferir a formação intelectual (e às vezes física) para lograr aprovação e bem servir ao público.

Pelo acima delineado, vê-se que os candidatos aprovados dentro do número de vagas editalícias têm, sim, direito subjetivo à nomeação, sob pena de vilipêndio do princípio da dignidade humana.

3.3 Da Vinculação Recíproca (Administrador e Administrado)

No atinente ao concurso público, cumpre observar em que momento a Administração Pública é obrigada a se decidir pela oportunidade e

conveniência objetivas do provimento pelo qual se dá a realização do concurso e quais as obrigações e direitos daí nascidos.

Em artigo publicado, Noel Antônio Tavares de Jesus descreve em minúcias os cuidados que deve ter a Administração Pública antes da realização de um concurso público:

A realização de concurso público pressupõe o cumprimento de diversas etapas prévias à publicação do edital. É preciso apurar, em processo administrativo devidamente instruído, o preenchimento dos seguintes requisitos materiais e formais: (a) a existência de vagas devidamente instituídas por lei; (b) a real necessidade de novos servidores para dar conta da demanda de serviços; (c) demonstrativo de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que iniciar a execução e nos dois seguintes (art. 16, I, da LRF); (d) demonstração da origem dos recursos para o custeio (art. 17, § 1º, da LRF); (e) comprovação de que a despesa a ser criada não afetará as metas de resultado fiscal previstas no Anexo de Metas Fiscais (art. 17, § 2º, da LRF), indicando a forma de compensação dos efeitos financeiros nos exercícios seguintes; (f) comprovação de compatibilidade com a LDO e de adequação orçamentário-financeira (dotação na LOA e disponibilidade financeira); (g) declaração do ordenador da despesa sobre adequação orçamentária e financeira à LOA (art. 16, I, LRF) e de compatibilidade com o PPA e da LDO (art. 16, II); (h) autorização específica na LDO (art. 169, § 1º, II, CF/88 e art. 118 da CE/SC); e (i) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (art. 169, § 1º, I, CF/88 e art. 118 da CE/SC)¹³.

A discricionariedade da Administração Pública ocorre quando da preparação do edital do concurso público, já que, neste momento, será possível, com base na oportunidade e conveniência, determinar para quais cargos e para quantas vagas se destinará o certame. Após a publicação dessa verdadeira convocação à sociedade, a Administração Pública fica vinculada aos seus termos, tal como os interessados em participar do concurso. Da realização de um concurso público nascem direitos e deveres para Administração e administrados participantes, caso contrário, ou seja, se não houvesse essa vinculação da Administração ao edital, não se estaria diante de uma Administração responsável nem de Direito.

¹³JESUS, Noel Antonio Tavares de. O direito subjetivo à nomeação dos concursados aprovados e os limites de despesas com pessoal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2273, 21 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13545>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

Nesses termos, temos que a Administração fica adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação foge do campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. A partir da veiculação pelo instrumento convocatório da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e a posse, que seriam, à princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital.

Por oportuno, vale registrar, acerca do tema, preciosa lição doutrinária da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, *in verbis*:

(...) se nada houver entre a decisão de estabelecer-se o concurso e a sua realização e homologação, há, parece, o dever da Administração Pública de prover os cargos postos em disputa, ou seja, dar sequência à sua deliberação encetada pelo processo concursivo. O mais seria aceitar a Administração Pública irresponsável, quando o que se exige, até mesmo do administrado, é consequência e seriedade no trato da coisa pública e, mesmo, na aspiração de participar de sua gestão na qualidade de servidor¹⁴.

Como bem asseverou a 6ª Turma do STJ quando do ementário do julgamento do RMS nº 19.478/SP, já referenciado, “o concurso representa uma promessa do Estado, mas uma promessa que o obriga – o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o nº de vagas”. É ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado.

O Poder Público pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o prazo de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limites das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória.

4 Dos efeitos da consolidação do posicionamento jurisprudencial

4.1 Nas Administrações Públicas

A consolidação do posicionamento da jurisprudência no sentido de assegurar ao candidato aprovado em concurso público, dentro das vagas, sua nomeação, acarretou diversas consequências no mundo jurídico e social.

¹⁴ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 224.

A jurisprudência veio mostrar aos administradores que não se pode brincar com os administrados prometendo vagas para, após sua aprovação, “surrupia-las”.

Concurso Público, como bem explicado no item 2.3.1, exige diversas atividades prévias como forma de evitar prejuízos à Administração e ao administrado. O Judiciário vem mostrando aos administradores a necessidade de se fazer tais exercícios prévios, visto que a Administração fica vinculada ao que disponibiliza no edital. O que se esperava que acontecesse com a Administração Pública seria uma maior conscientização dos administradores com um cuidado maior quando da realização de um concurso público. Entretanto, não é que isso que vem se verificando.

No Brasil, existe a fama de se ter jeito para tudo. É o famoso “jeitinho brasileiro”. Frequentemente a Administração Pública tem publicado os editais de concurso público prevendo apenas o chamado “cadastro de reserva”. Um concurso público prevendo apenas o cadastro de reserva serviria, em tese, para uma Administração Pública que não deseja perder tempo e, em havendo a necessidade de servidor, já teria cidadãos aptos a serem nomeados. Mas não é isso que se verifica na prática. A verdade é que o Poder Público, ao elaborar concursos apenas com cadastro de reserva, em sua grande maioria, tem por escopo se esquivar do direito subjetivo dos candidatos aprovados em concurso público dentro das vagas em serem nomeados. A Administração, reconhecendo implicitamente que não segue as etapas prévias de um concurso público, não disponibiliza vagas determinadas como forma de “furtar” direitos dos candidatos.

Infelizmente, os “concurseiros”, como são chamados os administrados que almejam ser servidores públicos, têm de enfrentar, não só os inúmeros percalços e dificuldades, já suficientes, para obter êxito em provas de concurso público, como também as malícias e devaneios de uma Administração Pública desorganizada, na maioria das vezes.

4.2 No Poder Legislativo

No plano legislativo, o que se vê é uma tentativa dos legisladores em positivar, expressamente, a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores. Tramitam nas casas legislativas dois Projetos de Leis que trazem em seu interior benfeitorias aos “concurseiros”, tendo como justificativa, em grande parte, os julgados aqui discutidos.

O primeiro deles é o Projeto de Lei do Senado nº 122/08, de autoria do Senador Marconi Perillo. O referido projeto busca alterar o artigo 12 da Lei Federal nº 8.112/90, que trata regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Segue o texto do referido projeto de lei:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 12 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 12.....

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização, incluindo o quantitativo de vagas a serem obrigatoriamente preenchidas no decorrer do prazo de validade do certame e o cronograma detalhado das nomeações planejadas, serão fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

.....

§ 3º Observado o cronograma fixado na forma do § 1º, os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital têm direito à nomeação. (NR)”

Tal projeto de lei determinaria, basicamente, o estabelecimento de cronograma de nomeação nos editais de concursos públicos, bem como asseguraria, expressamente, a nomeação dos candidatos aprovados de acordo com o mencionado cronograma.

Caminha bem o Legislativo com esse projeto, sendo merecedor de aplausos. Contudo, tal medida moralizadora vem tardiamente, bem como sem previsão de votação pelo plenário da respectiva casa.

Já outra Proposta de Lei, a de nº 369/08, também do Senado, de autoria do Senador Expedito Júnior, veda a realização de concurso público exclusivamente para a formação de cadastro de reserva, conforme se vê no texto abaixo:

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O edital de cada concurso público de provas ou de provas e títulos no âmbito da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá deixar de prever a especificação do número de cargos a serem providos.

Parágrafo único. A formação de cadastro de reserva nos concursos de que trata o caput deste artigo somente será permitida para candidatos aprovados em número excedente ao de cargos a serem providos.

Tal proposta surgiu justamente pelo que já se discutiu no item 3.1, ou seja, a Administração Pública, frequente e comumente, realizando concursos públicos sem a previsão de vagas, disponibilizando apenas o “cadastro de reserva”. Iniciativa louvável do Senador Expedito Júnior, o qual detectou o

abuso das Administrações Públicas desse verdadeiro “artifício”. Vale a pena, inclusive, verificar trechos da justificativa do presente Projeto, o qual se coaduna com o que já foi aqui esposado, criticando o concurso público com previsão apenas de cadastro de reserva, bem como detectando a tendência na proliferação desse tipo de concurso em face da consolidação da jurisprudência em garantir o direito à nomeação dos aprovados em concurso público dentro das vagas:

Pensamos que tais concursos podem constituir, muitas vezes, um verdadeiro atentado aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, ludibriando os candidatos, ao criar-lhes falsas expectativas de nomeação. Nessas situações, o certame finda por beneficiar apenas a chamada “indústria dos concursos”.

(...)

Ora, as mesmas razões que presidiram a decisão da Corte Suprema no RE nº 227.480 são válidas quanto aos concursos para a formação de cadastro de reserva. Podemos até supor que, a partir da recente decisão do STF, aumente o número de concursos com tais características, exatamente para se fugir ao dever de nomear reconhecido pelo Tribunal.

Mais um projeto de lei que, empurrado pela jurisprudência dominante, procura dignificar o instituto do Concurso Público, entretanto, como centenas de outros projetos úteis à sociedade, este também se encontra travado no Senado Federal, dentre burocracias e interesses políticos.

4.3 No Poder Judiciário

Já no Poder Judiciário, algumas consequências se avistam em decorrência da consolidação da jurisprudência do sentido já inúmeras vezes mencionado.

A primeira delas é a consolidação da jurisprudência via Súmula. No Superior Tribunal de Justiça, isso está bem próximo de ocorrer em decorrência dos inúmeros julgados já acontecidos, inclusive com julgamento da 3ª Secção.

Já no Supremo Tribunal Federal, o trâmite é um pouco diferente, visto que não há tantos julgados favoráveis assim e, some-se a isso, o fato de que há divergência entre os ministros que lá estão. Há, no Supremo Tribunal, o Recurso Extraordinário nº 598.099 versando sobre a matéria tratada neste

trabalho cuja repercussão geral já fora reconhecida e se encontra, atualmente, concluso ao Ministro Gilmar Mendes desde 01/10/2009. O Superior Tribunal de Justiça já vem aplicando o artigo 543-B do Código de Processo Civil, bem como o artigo 328-A do Regimento Interno do STF, sobrestando os Recursos Extraordinários que versem sobre a matéria em decorrência do R.E. já mencionado. Assim, se depreende que, dentro em breve, com o julgamento do RE nº 598.099, haverá um ponto final sobre qualquer controvérsia judicial no tocante ao direito subjetivo do candidato aprovado dentro das vagas de um concurso público em ser nomeado.

Uma segunda consequência da consolidação da jurisprudência seria exatamente o aprimoramento desse posicionamento. E qual seria o aprimoramento? Consistiria, basicamente, no reconhecimento do direito subjetivo do candidato aprovado fora das vagas previstas no edital, contudo, em face de renúncias ou exonerações, seria elevado o número de vagas previstas. Explica-se melhor com um exemplo: O edital prevê a existência de 20 vagas; o candidato ficou na 25ª posição; dos 20 primeiros, nomeados, apenas 10 tomam posse; nesse caso, o candidato da 25ª posição seria elevado a 15ª, estando assim dentro das vagas e, conseqüentemente, teria direito subjetivo à nomeação.

E por que isso ocorre? Porque a Administração Pública fica vinculada ao que disponibilizou no edital, ou seja, se há 20 cargos vagos, e se realiza concurso público a fim de preenchê-los, deve seguir a ordem de aprovação até que tal preenchimento se faça por completo.

Com efeito, quando o poder público divulga um edital informando que se encontra vago um número específico de cargos públicos e convoca os seus cidadãos a se inscreverem no processo seletivo, para que concorram a tais vagas e mais as que se abrirem durante o prazo de validade do certame, por certo está a afirmar a necessidade de que tais cargos sejam preenchidos¹⁵.

Trata-se da aplicação, aos concursos públicos, da chamada teoria dos motivos determinantes, a qual "funda-se na consideração de que os atos administrativos quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos"¹⁶.

Contudo, se a despeito de tal possibilidade, a Administração opta por tornar pública a necessidade de preencher um número predefinido de vagas, esta circunstância passa a compor a motivação do ato administrativo, gerando na sociedade uma justa expectativa de que aquela realmente será a conduta a ser adotada.

¹⁵C.f. SANTANA, op. cit. Nota 10.

¹⁶MEIRELLES, op. cit. Nota 2.

Nesses termos há dois julgados no Superior Tribunal de Justiça abraçando esta evolução, conforme se vê nos ementários abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGA ANUNCIADA NO EDITAL E NÃO PREENCHIDA. ATO VINCULADO. TRIBUNAL PLENO. SESSÃO ADMINISTRATIVA. INTERESSE NO PREENCHIMENTO DAS VAGAS EXISTENTES. NOMEAÇÃO DA RECORRENTE, PRÓXIMA DA LISTA CLASSIFICATÓRIA A SER CONVOCADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em tema de concurso público, é cediço que o Edital é lei entre as partes, estabelecendo regras às quais estão vinculados tanto a Administração quanto os candidatos.

2. Veiculado no instrumento convocatório o quantitativo de cargos vagos a serem disputados no certame, bem como restando evidenciado, posteriormente, o interesse no preenchimento das vagas existentes, ante manifestação do Tribunal Pleno da Corte de origem, em sessão administrativa, importa em lesão a direito líquido e certo a omissão em se nomear candidato aprovado, próximo na lista classificatória.

3. É o que ocorre no caso dos autos, em que a Recorrente restou enquadrada dentro das vagas originalmente ofertadas em face de uma renúncia à nomeação e de uma exoneração. Contudo, expirou-se o prazo de validade do concurso, tendo sido preenchidas apenas 3 (três), das 4 (quatro) vagas anunciadas no edital. Resta, evidenciado, portanto, a violação ao direito subjetivo da Impetrante à nomeação.

4. Recurso conhecido e provido¹⁷.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. NOMEAÇÃO. NÚMERO CERTO DE VAGAS. PREVISÃO. EDITAL. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Em conformidade com a jurisprudência que vem se firmando na 3ª Seção do STJ, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação, e, não mera expectativa de direito.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *RMS nº 26.426/AL*. Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 19.12.2008.

2. Consoante precedentes da 5ª e 6ª Turmas do STJ, a partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital.

4. Recurso ordinário conhecido e provido, para conceder a ordem apenas para determinar ao Estado de Minas Gerais que preencha o número de vagas previstas no Edital¹⁸.

Como já esclarecido, os julgados acima tratam de mais um passo à frente que dá o Superior Tribunal de Justiça; contudo, a matéria tratada ainda precisa amadurecer nos Tribunais Superiores para uma maior consolidação, haja vista existir julgados contrários no próprio STJ.

5 Considerações finais

Não há dúvidas sobre o importantíssimo papel desempenhado pelo Concurso Público junto às Administrações. Sua ocorrência serve como importante instrumento moralizador e, ainda que tenha seus defeitos, continua sendo o melhor meio de se averiguar qual indivíduo é o mais apto ao exercício do cargo/emprego público. Trata-se de verdadeira garantia constitucional e, como tal, deve ser interpretada em conformidade com todo o conteúdo da Constituição Republicana.

A regra, contudo, deveria ser o da programação do órgão promovedor do concurso público com a nomeação de todos que se encontram aprovados dentro das vagas disponibilizadas no edital. Esclareceu-se, exaustivamente, que há diversas fases e tarefas pretéritas à promoção de um concurso. Se todas elas fossem observadas como deveriam, a credibilidade do Poder Público junto aos administrados aumentaria única e exclusivamente por estarem fazendo o que a lei e o ordenamento jurídico como um todo, em uma interpretação sistemática, ordenam.

Infelizmente, continuará sendo incumbência dos magistrados de todos os graus jurisdicionais, a empreitada de garantir o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados como forma de evitar injustiças graves e vilipêndios constitucionais, haja vista a morosidade do Poder Legislativo no

¹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. *RMS n° 22.597/MG*, Rel. Min. Jane Silva (Convocada), DJU de 25.08.2008.

trâmite de Projeto de Leis que trariam de maneira expressa e clara o referido direito, bem como o fato de os administradores se empenharem mais em vislumbrar maneiras de burlar a lei do que em cumpri-las de maneira eficaz.

Vale ressaltar, por fim, que esta exposição nada mais é do que resultado da fé de que a justiça e a Constituição Federal devem imperar ao máximo nas relações jurídicas entre Administração e administrado. O Poder Judiciário é capaz de trazer essa realidade com a prestação da tutela jurisdicional somando-se ao Poder Legislativo que, se superar a sua morosidade habitual e os escândalos lá existentes, poderia diminuir a imaginação dos administradores moralizando a Administração Pública e dignificando os administrados que tanto se dedicam aos concursos públicos.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plenário, PP 200810000019865, Cons. Joaquim Falcão, DJU de 13.02.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, RMS nº 10.381/DF, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 24.04.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, AgRg no RMS nº 21.165/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 01.07.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, RMS nº 22.597/MG, Rel. Min. Jane Silva (Convocada), DJU de 25.08.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, RMS nº 25.957/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 23.06.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, RMS nº 26.426/AL, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 19.12.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, RMS nº 15.034/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 29.03.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 20.718/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 03.03.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 15.945/MG, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 20.02.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 19.922/AL, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 11.12.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 19.216/RO, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 09.04.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 19.635/MT, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 26.11.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 15.420/PR, Rel. Min. Paulo Galotti, DJU de 19.05.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 26.630/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 23.06.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 19.478/SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJU de 25.08.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 19.467/SP, Rel. Min. Paulo Galotti, DJU de 06.10.2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma, RMS nº 26.507/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 20.10.2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, RMS nº 27.311/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, DJU de 08.09.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma, ROMS nº 10.877/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJU de 10.03.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE 227480/RJ, Rel. p/ o Acórdão Min. Carmen Lúcia, DJU de 21.08.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE 421938 AgR/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 09.05.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, RE 192568/PI, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 23.04.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, RMS 23.657-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.11.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI nº 2.931-2, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJU de 29.09.2006.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma, AC - 206200/2009-000-00-00, Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT de 18.09.2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23. ed. São Paulo:Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pg 332.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, São Paulo: Saraiva, 1999

ROSA, Dênerson Dias. Aprovação em concurso público (terceira parte) – hipóteses reconhecidas de direito subjetivo à nomeação. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/35546>. Acesso em: 02 fev. 2010.

SANTANA, Ricardo Marcelino. Comentários à Súmula 15 do STF: uma necessária atualização interpretativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1426, 28 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9937>>. Acesso em: 22 fev. 2010.

FEDERALISMO E GUERRA FISCAIS: PROBLEMAS, PERSPECTIVAS E SOLUÇÕES

Laelson Alcântara de Pontes Filho
Bacharel em Direito

1 Introdução: o Federalismo fiscal brasileiro e sua problemática

A história do federalismo brasileiro demonstra o quão difícil é alcançar o equilíbrio entre os entes federados, essencial para a manutenção de uma estrutura federativa de Estado.

A instabilidade e o desequilíbrio são características dos sistemas federais, sendo, todavia, particularidades do sistema brasileiro as variantes políticas, a diversidade regional, especialmente no que diz respeito ao âmbito econômico, decorrente do processo de colonização, e a tendência à centralização, que sempre houve, ainda que disfarçada.

Ao se falar de federalismo, não se pode olvidar da análise da autonomia. A partir desta, deve-se obrigatoriamente levar em conta uma de suas facetas, a autoadministração, que envolve os aspectos tributários e, portanto, fiscais. É nesse contexto que se fala de federalismo fiscal, que se preocupa com a distribuição e geração de renda (autonomia financeira) e com a repartição de atribuições (autonomia político-administrativa).

De fato, sem receitas capazes de suportar os gastos decorrentes das obrigações que lhes são atribuídas, os entes federados não têm como exercer a autoadministração, comprometendo, como consequência, a autonomia. Nesse sentido, Ricardo Ribeiro (2005) afirma que não se pode perder de vista que a autoadministração depende de recursos financeiros para fazer frente às obrigações constitucionalmente atribuídas a cada um dos entes federativos. Continua o autor assegurando que, para garantir a possibilidade de cada um deles cumprir os objetivos impostos pela Constituição Federal (CF), faz-se mister que haja uma adequação dos recursos repartidos a essas atividades administrativas que lhe foram confiadas.

Destarte,

Deve ser observado que autonomia política será uma expressão destituída de substância, se não amparada na autonomia financeira. Em consequência, conceder maior grau de autonomia a determinada unidade política, sem o correspondente suporte econômico-financeiro, é condená-la ao isolamento e à exaustão¹.

¹MUSTAFA, Reinaldo. Notas sobre o Federalismo Fiscal. *Revista de Finanças Públicas*, Brasília, a. XLIV, n. 358, p. 51, 1984.

Frise-se, entretanto, que a simples distribuição de renda ou de recursos não é suficiente para a sustentação da autoadministração e da própria Federação. Necessário se faz garantir um mínimo de competências tributárias a cada ente (RIBEIRO, 2005), de forma que todos tenham condições de produzir sua própria renda, chegando a se autossustentar, garantindo a independência econômica, passo essencial para que se alcance a autonomia em sua plenitude.

Os próprios entes federados devem estabelecer suas prioridades, pois lidam com a conjuntura fática mais de perto, tendo o pleno discernimento de onde os recursos devam ser aplicados e de que forma. Só o exercício da própria competência tributária é capaz de permitir aos entes federados que possam estabelecer suas prioridades, já que as rendas advindas das transferências são geridas no interesse e de acordo com as prioridades do ente gestor. Ademais, os repasses, às vezes, já vêm com destinação certa ou prioritária, devendo os entes recebedores aplicá-los, obrigatória ou prioritariamente, naquilo que foi determinado, ainda que haja uma maior necessidade em outras áreas.

Como se vê, o respeito à autonomia dos entes federados depende da repartição das competências tributárias, pois estas devem possibilitar que as obrigações constitucionais sejam cumpridas (RIBEIRO, 2005).

As transferências tributárias devem servir, tão somente, como um meio de sanar eventuais desigualdades financeiras entre entes de mesmo grau, como uma forma de ajudar aqueles que estão precisando, reduzindo as assimetrias e buscando fortalecer a Federação. É o que se tem chamado de federalismo solidário.

Todavia, as transferências têm deixado de ser uma forma eventual e complementar de recursos para consistirem, muitas vezes, na principal e regular fonte de renda dos entes, em especial dos Municípios e, mais ainda daqueles de menor porte, que não têm como nem de quem extrair receitas, pela via da competência tributária, tornando-os ainda mais dependentes e, portanto, menos autossuficientes.

Este quadro de dependência financeira das transferências constitucionais é apontado por muitos como um argumento para apontar a fragilidade dos Municípios e até mesmo colocar em dúvida a sua viabilidade como ente governamental autônomo. Entretanto, estes críticos se esquecem que o Município não é nada mais nada menos do que um grande espelho da realidade sócio-econômica do País, traduzida pela péssima distribuição de renda da população².

²BREMAEKER, François E. J. de. *Pacto federativo: um futuro para os municípios*, 2006. p. 08. Disponível em: <<http://www7.rio.rj.gov.br/cgm/comunicacao/textos/ibam/arquivos/2006/especiais/153.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2009.

Com efeito, para que a competência tributária resulte em uma arrecadação significativa é fundamental que o contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária, tenha condição financeira suficiente para conseguir arcar com a dívida perante o fisco.

As disparidades fiscais regionais surgem da própria desigualdade na distribuição da renda e da riqueza. A ocorrência é espontânea pelo fato de os Estados de nível de produto ou riqueza mais baixos terem menor arrecadação de recursos próprios. [...] Atualmente, o instrumento mais importante de que se dispõe para compensar as disparidades de arrecadação é o sistema de transferências³.

A Constituição de 1988 distribuiu entre os entes, até de forma compatível, os recursos e as atribuições, no entanto, a tendência centralizadora acabou por distorcer tal distribuição, por meio de emendas à CF, o que só fez acentuar as distorções, especialmente econômico-financeiras, já existentes.

Somada a essa tendência e, ao mesmo tempo, incentivadora dela, também acarretando aumento do desequilíbrio, está o posicionamento dos entes com maior força política, os quais, diante da limitação dos recursos e do crescente e infundável atendimento às necessidades públicas, relacionados ao princípio da reserva do possível, têm-se esquivado do cumprimento de suas competências, utilizando-se do poderio político, através do repasse de obrigações e da execução de serviços públicos, “toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público” (DI PIETRO, 2003, p. 60), àqueles que, politicamente, apresentam mais fragilidade.

Acrescente-se a isso que a população normalmente cobra daqueles a quem mais tem acesso, os quais, por ordem de proximidade, são os Municípios e os Estados, justamente mais carentes e com menos força política, fazendo com que a autoadministração se torne cada vez mais difícil.

Ora, não é difícil perceber que aqueles entes com menos força política, o que já decorre da desigualdade econômica, terminam sendo desfavorecidos na divisão de recursos e de atribuições, o que só leva, cada vez mais, ao distanciamento entre os membros da Federação, fragilizando-a, pois alguns passam a gozar de menos autonomia, em decorrência das dificuldades na autoadministração, e a autonomia é ponto crucial para o federalismo.

Ao se falar no federalismo fiscal brasileiro, não se pode também

³OLIVEIRA, Fabrício Augusto; WEITERSCHAN, Helga Magdalena. Aspectos históricos do federalismo fiscal no Brasil. *Fundação JP – análise e conjuntura*. Belo Horizonte, v. 9, n. 10, p. 747, 1979.

esquecer de que mesmo os entes mais pujantes têm dívidas públicas decorrentes do passado, sendo um problema que não deve ser encarado apenas pelo prisma individual, mas pelo coletivo, sendo um problema da Federação brasileira como um todo, pois todos os entes necessitam de aumentar a receita, sofrendo com a problemática dos recursos limitados, para fazer frente a necessidades infinitas. Nesse sentido, Bremaeker explicita:

O endividamento do setor público no País, que assola as três esferas de Governo, tem suas origens no passado e se descontrolou de vez no tempo em que a inflação girava em torno dos 2.500% ao ano, ou seja, quando de fato as peças orçamentárias não passavam de uma mera formalidade burocrática. Com o advento do Plano Real, quando finalmente se conseguiu, após sucessivas tentativas, controlar o processo inflacionário ou pelo menos fazer com que se convivesse com uma inflação civilizada, aí sim o Poder Público caiu literalmente na real⁴.

Buscando aumentar a arrecadação e estimular o desenvolvimento local ou regional, para fazer frente às necessidades da sociedade e às dívidas públicas, os Municípios, mas principalmente os Estados, em virtude do ICMS, têm utilizado o artifício da concessão de benefícios fiscais, para atrair ou manter investimentos, prejudicando os demais entes, prática conhecida como guerra fiscal e que será detalhada mais a frente.

Também ocorre que, na maioria das vezes, em vez de buscar o incremento na arrecadação pela utilização de técnicas mais avançadas, aumentando a produtividade, estimulando os contribuintes que se eximem de seu dever com ele arquem, a Administração faz a opção pelo mais fácil, aumentando a carga tributária a níveis tão escorchantes que, além de díspares em relação aos serviços prestados, acabam por inviabilizar a atividade econômica e levar os contribuintes, mais e mais, a se furtarem de seus deveres tributários, além de servir como freio para o desenvolvimento nacional.

Muito tem sido discutido, atualmente, no Brasil a respeito do tema. Alguns afirmam ser excessiva as cargas existentes, particularmente tendo em conta a dimensão e a qualidade dos serviços públicos prestados. Fala-se muito de existência de um elevado custo para as empresas, gerado pelo excesso de entraves burocráticos à atividade econômica e por um sistema

⁴Ibidem, p.4. Nota 02.

tributário que impõe elevada carga tributária global. Por outro lado, a União Federal e os Estados-membros freqüentemente afirmam a insuficiência da arrecadação obtida para enfrentar a despesa pública e, alegando necessidade de recursos, periodicamente modificam impostos ou contribuições, buscando, com isto, aumentar sua receita⁵.

Essa carga tributária brasileira, além de excessiva, muitas vezes tem interferido na livre concorrência, princípio geral da atividade econômica, elencado no art. 170, IV, CF, constituindo flagrante afronta à ordem econômica e financeira e à própria Constituição. Isso ocorre,

Porque a complexidade do sistema tributário e a dificuldade de encontrar critérios de discriminação de competências absolutamente nítidos têm levado a situações em que empresas concorrentes resultam submetidas a cargas tributárias diferentes, o que afeta a neutralidade da tributação e pode distorcer a concorrência⁶.

De fato, os tributos não podem interferir na concorrência, representando um custo maior para uns do que para outros. Tal interferência decorre da complexidade do sistema tributário brasileiro, que comporta inúmeros tributos, bem como da falta de técnica da legislação tributária, o que torna possível aos contribuintes, especialmente os grandes, dotados de maior conhecimento e aparato jurídicos, discutirem e assegurarem para si isenções, imunidades ou qualquer outra forma de liberação tributária prevista no ordenamento, técnica conhecida como planejamento tributário, totalmente lícita e até estimulada, já que o combate acontece apenas em relação às práticas vedadas pela legislação.

Como se vê, o federalismo fiscal brasileiro se encontra recheado de falhas. Urge o saneamento delas como forma de assegurar a manutenção do esqueleto federativo ao país e o respeito à Constituição.

2 Guerra fiscal

À luz das lições de Otávio Dulci (2002, p.95), pode-se afirmar que guerra fiscal é “um jogo de ações e reações travado entre governos estaduais (e adicionalmente entre governos municipais) com o intuito de atrair investimentos privados ou de retê-los em seus territórios”.

⁵GRECO, Marco Aurélio; FERRAZ, Tércio Sampaio. Desafios do federalismo fiscal brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, a. 1, n. 2, p.99, 1998.

⁶Idem. Ibidem., p.104.

Complementando tal conceito, pode-se dizer que tais ações e reações consistem normalmente na concessão de benefícios fiscais e na não consideração de tais vantagens pelos entes prejudicados.

Tal prática fere o Princípio da Conduta Amistosa, que, segundo Konrad Hesse, se traduz na fidelidade para com a Federação não só dos Estados em relação ao todo e a cada um deles, mas da União em relação aos Estados. Ainda de acordo com Hesse, é inconstitucional a iniciativa que golpeia essa fidelidade federativa por se romper o dever de boa conduta que deve presidir as relações entre os integrantes da Federação, baseada na colaboração e cooperação recíprocas. (HESSE, 1998 apud RIBEIRO, 2005).

Apesar de não ser um fenômeno recente e de ser típico de países marcados pelo desequilíbrio econômico, como é o Brasil, ganhou bastante evidência a partir da nova ordem constitucional, mantendo-se em destaque até os dias hodiernos, sem que haja uma perspectiva concreta de que venha a ser solucionada em prol do pacto federativo.

Tem como origem a busca dos entes mais atrasados pela recuperação econômica, todavia, de início, não há que se falar em guerra fiscal propriamente dita, em virtude da intervenção do governo federal. Tal intervenção deixou de existir a partir dos anos 80, quando, aí sim, pode-se realmente falar em conflito fiscal entre os entes federados, que passaram a conceder toda sorte de benefícios às empresas, para que estas se instalassem em seus territórios, muitas vezes até afrontando a legislação regente, na busca pelo aumento da arrecadação, pela geração de empregos e pelo desenvolvimento.

Suponhamos uma determinada região onde praticamente não há atividade econômica de relevo e a arrecadação de ICMS é incipiente. Uma determinada empresa consegue isenção do ICMS por 15 ou 20 anos e resolve se instalar no local. Ora, conquanto esta empresa não esteja pagando imposto, poderá estar incentivando o surgimento de empresas-satélites, que pagarão ICMS, além do aumento do nível de emprego na região, gerando renda e em consequência aumentando a arrecadação pela venda de bens e serviços⁷.

Apesar de ocorrer também entre Municípios, é no âmbito do ICMS, imposto a cargo dos Estados, que a guerra fiscal tem seu maior destaque.

⁷NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure*: uma abordagem do art. 14 da LRF. p. 12. Disponível em: <www.eclac.cl/ilpes/noticias/paginas/6/13526/MarcosNobrega1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2009.

O fato de o ICMS, o mais rentável imposto do sistema tributário, de grande impacto econômico em todo o território nacional. Ter sido outorgado à competência dos Estados membros pôs em questão matérias de alta relevância, como a unidade do território brasileiro e a integração do mercado interno⁸.

Com efeito, o ICMS, apesar de ser da competência constitucional dos Estados, gera repercussão em todo o país por ser um imposto bastante vultoso, representando a esmagadora maioria das arrecadações realizadas pelos Estados-membros, possibilitando sua autoadministração e garantindo sua autonomia, conforme raciocínio já revelado acima.

2.1 Causas

Alguns aspectos, que serão abaixo abordados, levaram à ascensão da guerra fiscal no período pós-Constituição de 1988.

A CF, visando à garantia da democracia e do regime federativo, concedeu maior poder a Estados e Municípios, retirando, também, parcela de poder da União, o que acabou por ocasionar perda de receita por parte desta e proveito por parte daqueles. Assim, vê-se que a CF se opôs a tendência centralizadora que, ainda em períodos menos autoritários, sempre tomou conta do país.

Como era de se esperar, insatisfeita, a União acabou por se empenhar no processo de centralização, visando à recuperação dos poderes e das receitas subtraídos pela nova ordem constitucional.

A revisão do pacto federativo promovida pela Constituição de 1988 provocou uma atitude hostil da União em face da descentralização, pelo que ela significava de perda de receita. Desde então observa-se o empenho do governo federal em ampliar seu quinhão do bolo tributário, empregando para isso vários meios, inclusive alguns que apontam para uma nova centralização, colidindo portanto com a linha consagrada pela Constituição vigente⁹.

Justamente na mesma linha de raciocínio, Marcos Nóbrega juramenta:

⁸COELHO, Sacha Calmon Navarro. O princípio federativo e os incentivos e benefícios fiscais: a guerra fiscal entre os Estados. O ICMS e o aproveitamento de créditos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO ESTADO, 2001, Salvador/BA. *Direito do Estado Novos Rumos - Tomo 3 Direito Tributário*. Salvador/BA: Max Limonad, 2001. p. 182.

⁹DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 18, p. 96, 2002.

Logo, o momento em que a federação brasileira atravessa é atípico, pois a Carta de 88 conferiu maior quantidade de recursos para os entes subnacionais, ao passo que uma série de ações implementadas pelo Governo federal, ora com esteio no poder constituinte derivado, ora com medidas infraconstitucionais, vem reduzindo os recursos para esses entes. Assim, a federação brasileira vem sendo redesenhada com diminuição de autonomias dos entes federados e imposição de uma série de padrões, regras e condutas pelo governo federal. Tal fenômeno é provado pelo imenso crescimento, nos últimos anos, das receitas do Governo Federal advindas de contribuições sociais, em detrimento do aumento de impostos. Isso porque não há previsão na Carta Federal de repartição das receitas de contribuições para os entes subnacionais¹⁰.

Com a retomada de parcela da arrecadação tributária por parte da União, os Estados, perdendo receita, tiveram que encontrar meios para recuperarem os valores anteriormente perdidos. Um desses meios consiste na técnica de concessão de benefícios ao setor privado.

O fato de a União ter deixado de lado a política de estímulo regional, fechando as agências de fomento e de desenvolvimento, e de não ter mais investido em uma política industrial também contribuiu, e muito, para a guerra fiscal. Referida atitude terminou abrindo espaço para a acirrada concorrência entre os Estados-membros e, até mesmo, entre os Municípios, que necessitavam se industrializar e se desenvolver, passando a verdadeiramente se digladiar na procura pelas oportunidades que viessem a aparecer.

Por fim, a abertura da economia brasileira gerou o incremento de investimentos oriundos do estrangeiro no país, já que o Brasil era um mercado bastante promissor. Com o fito de atrair tais investimentos, os entes federados, em especial os Estados-membros, passaram a conceder diversas vantagens às empresas de capital externo, as quais, por serem geralmente de grande porte ou até constituírem conglomerados, sempre pareciam, como ainda parecem, bastante atrativas para o desenvolvimento da economia, pois apresentam disponibilidade para nela injetar bastante capital.

2.2 Efeitos

A guerra fiscal acaba por originar variados efeitos negativos para a Federação tupiniquim.

De fato, apesar de algumas unidades federadas saírem ganhando,

¹⁰NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita, guerra fiscal e tax expenditure*: uma abordagem do art. 14 da LRF. p. 9. Disponível em: <www.eclac.cl/ilpes/noticias/paginas/6/13526/MarcosNobrega1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2009.

procurando enxergar a arrecadação de uma forma global, como a soma de todas as arrecadações, a Federação sempre termina perdendo, pois arrecada menos do que se nenhum benefício houvesse sido concedido. Quanto mais e maiores vêm a ser os benefícios, mais recursos deixam de ser arrecadados.

Ademais, as empresas ficam com um enorme poder de barganha em mãos, negociando com diversos entes, em busca de mais benefícios. Perde a Federação, e ganha o empresário.

Com o intuito de atrair as empresas, os entes federados nem sempre quantificam o incentivo que podem conceder, abrindo mão, às vezes, de mais do que podem, sacrificando as finanças públicas e suas populações, para atender às exigências das sociedades empresárias. Os benefícios acabam superando aquilo que foi efetivamente investido, não havendo compensação.

Na maioria das vezes, para que indústrias se instalem em determinados estados, as exigências feitas pelos empresários são tamanhas que não seriam compensadas pelo aumento líquido da receita advinda do incremento da atividade econômica. O efeito final pode ser negativo e isso deve ser devidamente mensurado quando da tomada de decisão pelos incentivos¹¹.

Outra consequência maléfica é a concentração industrial e financeira ainda maior, pois os entes mais ricos têm poder de barganha, poder político e mercado consumidor maiores, além de melhor infraestrutura. Destarte, em geral, podem oferecer condições extremamente mais atrativas ao capital privado. As desigualdades regionais, pois, só tendem a crescer mais e mais, desequilibrando o sistema federativo.

Além disso, as grandes beneficiadas com a guerra fiscal são as empresas de grande porte, em especial as multinacionais, as quais, em virtude do volume de investimentos que realizam, conseguem obter benefícios maiores, em detrimento dos micro e pequenos empresários, o que afeta a livre concorrência em virtude da quebra da isonomia tributária.

O capital do empresariado nacional acaba não circulando como devia, já que, por não ter igualdade de condições, muitos nem se arriscam a aumentar o investimento ou a retornar à atividade empresarial. Mais ainda, a quebra da isonomia tributária chega a impedir que indivíduos se aventurem no campo mercadológico, fazendo com que o dinheiro fique investido ou mesmo parado, sendo interessante apenas para os bancos e financeiras.

O crescimento da economia, então, na maioria das oportunidades,

¹¹Idem. Ibidem. p. 15.

termina sendo apenas aparente, pois o capital investido por estrangeiros só permanece enquanto os benefícios são lucrativos. Logo que essa fase passa, o capital acaba sendo remetido em sua integralidade para o exterior. É um verdadeiro aproveitamento.

E não é só. Enquanto o capital continua sendo investido aqui, lucros são remetidos para o estrangeiro. Caso o investimento fosse nacional, dificilmente isso ocorreria, levando ao fortalecimento do setor econômico pátrio e, por consequência, do país. Melhor que o dinheiro fique investido em bancos nacionais do que em instituições estrangeiras.

Como aqueles que menos lucram, proporcionalmente, são os que mais contribuem, pois é sobre eles que a carga tributária acaba sendo mais esmagadora por não conseguirem angariar benefícios, torna-se absolutamente inviável o adimplemento das obrigações tributárias, o que leva à fuga para a informalidade, acarretando perda de arrecadação estatal.

Nesse sentido, Dulci leciona:

Os efeitos sobre o cenário empresarial também são consideráveis. As principais vencedoras da guerra fiscal são as empresas multinacionais, às quais se destinam os maiores incentivos. As grandes empresas nacionais arranjam-se, pelo volume de vendas internas, mas perdem relativamente se não receberem incentivos. Já os micro e pequenos empresários perdem em competitividade de seus concorrentes dos estados que adotam esquemas de incentivo. Estabelece-se uma situação de franca desigualdade: enquanto algumas empresas poderosas são beneficiadas, as demais são oneradas com a carga normal de impostos, que tendem a considerar muito alta (porque mal distribuída), queixando-se ainda dos governos por um tratamento que identifica inadimplência com sonegação. Nesse sentido, não surpreende o avanço da economia informal, que corresponde a fatia substancial das atividades econômicas no Brasil¹².

A informalidade ainda leva à queda do emprego formal, afetando também o respeito aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos e às normas trabalhistas, pois o empregador, além de não poder assinar a carteira de trabalho de seus empregados, o que dificulta a fiscalização e a responsabilização, não tem sequer condições de arcar com os custos de tais direitos, pois os encargos são altíssimos, ainda mais quando se leva em conta a renda que consegue auferir.

¹²Ibidem, p.97. Nota 9.

Como grande parte dos benefícios é concedida ao arrepio da lei e até da Constituição, isso acaba demonstrando à população um total desrespeito dos entes federativos às normas jurídicas, o que acaba não soando bem, especialmente, porque tais entes são justamente os responsáveis por cobrar dos cidadãos a obediência às regras trazidas pelo direito. Esse tipo de atitude acaba gerando desconfiança e repúdio, gerando desmoralização do poder público brasileiro, que se torna ainda mais mal visto.

Ressalte-se ainda que, visando ao combate de tais benefícios, muitos entes acabam lançando mão de uma espécie de autotutela, quase como um homem das cavernas, também em afronta aos ditames legais e constitucionais. Para combater atos que afrontem as normas, como isenções concedidas por determinados entes, os prejudicados acabam tomando medidas também ilegais e até inconstitucionais e, por atos unilaterais, acabam desconsiderando tais vantagens fiscais e cobrando o tributo, em prejuízo do contribuinte, que gozava da isenção e quiçá só tivesse realizado negócio em razão disso, no entanto é constrangido a pagar o tributo no ente federado de destino.

Enfim, a guerra fiscal corrói a estrutura federativa, além submeter o poder público aos interesses privados. Diminui a arrecadação e, ao mesmo tempo, acentua as desigualdades, tudo em prol de um crescimento econômico que nem sempre se concretiza em longo prazo. O grande prejudicado é o contribuinte de fato, que, no mais das vezes, é o cidadão comum.

3 Conclusão

Em face de tudo que foi exposto supra, o presente trabalho tentou mostrar, especialmente no âmbito fiscal, as dificuldades, nos dias atuais, de se manter a forma federativa no Estado brasileiro, em respeito à Constituição, que a apresenta como cláusula pétrea.

Logicamente, com tantas adversidades, não é uma empreitada fácil equacionar tudo, pacificando todos os conflitos entre entes federados e dotando a Federação de uma estabilidade maior.

Destarte, para que o Brasil supere os desafios enfrentados, deve tomar a postura correta, pensando sempre na Federação, contudo sem olvidar a individualidade de cada componente, e estes, ao mesmo tempo, necessitam pensar no conjunto e não apenas em si próprios, evitando usar o poderio financeiro ou político que detêm para autofavorecimento, acarretando uma ampliação das desigualdades regionais.

Ademais, deve-se repensar a política de carga tributária, já bastante alta e, muitas vezes, desigual para pessoas com o mesmo perfil de pagamento, buscando investir em técnicas de cobrança, em vez de simplesmente incre-

mentar os tributos, evitando que a carga tributária se torne deveras excessiva ao ponto de inviabilizar a atividade privada, sem a qual não há desenvolvimento. Os tributos devem ser suficientes para fazer frente às necessidades públicas, entretanto devem prejudicar, tanto menos quanto possam, os interesses privados, sob pena de acabar freando, quiçá impedindo, o desenvolvimento do país.

Nesse contexto, a distribuição de obrigações e de serviços entre os entes federados deve ser compatível com os recursos que lhes são atribuídos, especialmente com os decorrentes de suas próprias competências tributárias, para que se garanta a autonomia, devendo as transferências se restringir, de maneira subsidiária, a uma equalização das desigualdades porventura existentes, mesmo após distribuição correta de encargos.

Não se deve, ainda, esquecer da utilização de mecanismos que impeçam a competição predatória entre os entes, o que, sem sombra de dúvidas, requer um papel mais atuante dos três Poderes do ente central, em especial do Legislativo e do Executivo, já que o Judiciário depende de provocação anterior, bem como a adoção de uma política de desenvolvimento regional que venha a compensar as desigualdades existentes.

Por fim, como visto, a legislação tributária peca pela extrema complexidade e pela falta de clareza, terminando por afetar a livre concorrência e a arrecadação estatal, urgindo que seja reformada, pois, apesar de ser consenso, caminha a passos minúsculos, em decorrência de uma verdadeira guerra de interesses entre os entes federados, a sociedade e o setor produtivo, estes dois últimos esmagados pela altíssima carga tributária.

Um avanço significativo contra a competição tributária, reduzindo seus efeitos deletérios, aconteceu com a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, todavia muito ainda há de ser feito nesse sentido, até porque tal regramento vem sendo burlado das mais variadas formas, dependendo o futuro da Federação brasileira dessas realizações.

Referências

- BREMAEKER, François E. J. de. Pacto federativo: um futuro para os municípios, 2006. p. 01-27. Disponível em: <http://www7.rio.rj.gov.br/cgm/comunicacao/textos/ibam/arquivos/2006/especiais/153.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2009.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. O princípio federativo e os incentivos e benefícios fiscais: a guerra fiscal entre os Estados. O ICMS e o aproveitamento de créditos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO ESTADO, 2001, Salvador/BA. *Direito do Estado Novos Rumos - Tomo 3. Direito Tributário*. Salvador/BA: Max Limonad, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DULCI, Otávio Soares. Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 18, p. 95-107, 2002.
- GRECO, Marco Aurélio; FERRAZ, Tércio Sampaio. Desafios do federalismo fiscal brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, a. 1, n. 2, p. 97-104, 1998.
- MUSTAFA, Reinaldo. Notas sobre o Federalismo Fiscal. *Revista de Finanças Públicas*. Brasília, a. XLIV, n. 358, p. 51-59, 1984.
- NÓBREGA, Marcos. *Renúncia de receita, guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do art. 14 da LRF*. p. 01-33. Disponível em: <www.e-clac.cl/ilpes/noticias/paginas/6/13526/MarcosNobrega1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2009.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto; WEITERSCHAN, Helga Magdalena. Aspectos históricos do federalismo fiscal no Brasil. *Fundação JP – análise e conjuntura*. Belo Horizonte, v. 9, n. 10, p. 745-755, 1979.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Federalismo fiscal e reforma tributária*, 2005. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 23out. 2009.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Vitor Borges da Silva

Analista Judiciário do TRT da 17ª Região

1 Introdução

A resistência da doutrina e dos tribunais pátrios ao controle judicial de políticas públicas apoia-se, essencialmente, em dois blocos de argumentos. De um lado, a ofensa ao princípio da separação de poderes e a indevida intromissão no mérito da atividade administrativa discricionária; de outro, a natureza puramente programática das normas constitucionais consagradoras dos direitos prestacionais e a teoria da reserva do possível.

O objetivo do presente artigo é analisar topicamente as inconsistências de cada um desses blocos de argumentos a fim de demonstrar a legitimidade constitucional do controle jurisdicional das aludidas políticas públicas.

2 Releitura do princípio da separação de poderes

A mácula ao princípio da separação de poderes constitui o mais recorrente argumento de que se vale parte da doutrina e tribunais nacionais para rechaçar a admissibilidade do controle judicial de políticas estatais.

Estas agasalhariam questões sob reserva e decisão do Governo e, por tal razão, seriam infensas à interferência do Poder Judiciário.

No entanto, esse posicionamento não se compatibiliza com o Estado democrático de direito brasileiro, o qual congrega - em nível constitucional o sistema dos freios e contrapesos a regular a atuação dos poderes públicos (art. 2º da CRFB/88), a vinculação de todas as expressões do poder estatal, sem distinção, à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira (art. 3º da CRFB/88), bem como a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88).

No desenvolvimento da concepção clássica de separação de poderes, Montesquieu argumentava que a maior liberdade possível a ser concedida aos cidadãos pelo Estado seria fruto da existência não de um, mas de inúmeros poderes.¹ Isso porque, opondo-se entre si, os poderes moderar-se-iam de forma recíproca, culminando por impedir o abuso por parte de um deles.²

¹Cf. MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 620 *usque* 632.

²CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. Tese defendida na Universidade de São Paulo (USP), no prelo, p. 58-59.

Assim, a liberdade estaria condicionada à divisão rígida e estanque entre as funções judicial, legislativa e executiva, haja vista que a reunião de poderes permitiria o surgimento de leis tirânicas, exequíveis também de forma tirânica.³

Citando Dalmo Dallari, Ada Pellegrini Grinover recorda que essa visão clássica “foi consagrada em um momento histórico - o do liberalismo - em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera de liberdade individual”.⁴

Dessa forma, a tradicional ideia de separação de poderes visava, especificamente, assegurar a proteção dos direitos fundamentais de primeira geração face à atuação arbitrária do Estado.

Entretantes, com a transição do Estado liberal para o Estado social, e, conseqüentemente, alteradas as concepções de Estado e de sua finalidade, modifica-se, igualmente, a noção de separação de poderes.

Contemporaneamente ao Estado social, uma nova dimensão de direitos ocupou espaço no catálogo dos direitos fundamentais: são os direitos de segunda dimensão, que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas.⁵ Incluem-se nesse rol o direito à saúde, educação, trabalho, habitação, família, assistência social, proteção à infância e à maternidade, lazer, dentre outros.

Analisando essa transição, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco destacam que:

O descaço para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme*, associado às pressões decorrentes da industrialização da marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades do interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais.⁶

Fruto dessa passagem, a Constituição brasileira de 1988, a par de consagrar um extenso rol de direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos (arts. 5º, 6º, 7º e 8º da CRFB/88), declarou constituir-se a Repúbli-

³GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: O processo : e estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: Editora DPJ, 2009. p. 36.

⁴Ibid., p.36.

⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.233.

⁶MENDES, op.cit., p. 233.

ca Federativa do Brasil em Estado democrático de direito (art. 1º da CRFB/88).

E mais: a Carta Magna de 1988 vinculou todos os poderes públicos, sem qualquer distinção, a objetivos irrenunciáveis e inafastáveis, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º).

É exatamente nesse contexto que assumem relevo as políticas públicas, conceituadas por Maria Paula Dallari Bucci como sendo “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.⁷

Com efeito, no Estado democrático de direito os três Poderes da União, conquanto independentes, harmonizam-se para que os objetivos fundamentais do Estado e, naturalmente, as políticas públicas que se destinam a promovê-los, sejam concretizados. Trata-se da adoção do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), importado do direito norte-americano.

Sofreu a teoria da separação de poderes, portanto, uma releitura: o Estado é um só e uno é o seu poder. As suas formas de expressão (funções executiva, legislativa e judiciária) são meros instrumentos para a consecução dos seus fins, não podendo ser consideradas por si só.⁸

Nesse passo, Hermes Zaneti Jr. afirma que:

[...] no moderno estágio da evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas num quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, “um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”. Nesse senso, ocorrendo uma “disfunção” política no uso das atribuições de cada poder, poderes-deveres, poderá a questão ser levada ao Poder Judiciário – o qual terá a última palavra em matéria de controle da aplicação do direito.⁹

Dessarte, sob tal ponto de vista, consistindo as políticas públicas definidas na Carta Magna em instrumento de realização dos comandos (e não apenas promessas) constitucionais, tem-se por inafastável a conclusão de que a

⁷BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, p. 135-136, 13/1996.

⁸CANELA JUNIOR, apud GRINOVER, op.cit., p. 38, nota 3.

⁹ZANETI JR, Hermes. *A teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional*, no prelo.

omissão do Poder Legislativo em formulá-las - ou do Executivo em implementá-las - autoriza a atuação do Poder Judiciário para fazer valer a “vontade” do texto constitucional, proporcionando aos cidadãos a fruição dos direitos nele estampados.

Sublinhe-se que tais omissões, além de totais, podem também ser parciais, como ocorre nas hipóteses de elaboração ou execução de uma política pública insuficiente, que não seja capaz de satisfazer a integralidade do direito constitucionalmente reconhecido.

Afinal, já foi dito alhures que, ante a força normativa da Constituição, todas as formas de expressão estatal estão constitucionalmente obrigadas à satisfação dos objetivos constitucionais - é esse o traço distintivo do Estado democrático de direito, que supera o Estado social ao propor a transformação da realidade social.

Não se pode perder de vista que o Poder Judiciário, a par de detentor da missão de guarda da Constituição (art. 103, *caput*, da CRFB/88), é também titular do dever constitucional de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito do cidadão (art. 5º, XXXV, CRFB/88).

Por essa razão, no exercício do controle judicial de políticas estatais, a legitimidade democrática do juiz deriva não da regra da vontade da maioria, mas sim do caráter democrático da Constituição. Logo, “o juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e o fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais”.¹⁰

Nessa vereda, quadra colacionar trecho de decisão do Min. Celso de Mello, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45/DF, no qual são consagradas muitas das ideias aqui esposadas, senão vejamos:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos

¹⁰ LOPES JR, apud ANTONIO, Nilva M. Leonardi. Os limites do Judiciário no Controle de Políticas Públicas, no prelo, p.9.

impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.¹¹

Portanto, do que foi exposto, extrai-se que, no contexto do Estado democrático de direito, o Poder Judiciário, integrado à estrutura do Estado, assume o mister constitucional de dar sua contribuição, quando provocado - quer corrigindo a abusividade governamental, quer suprimindo a omissão parcial ou total dos demais poderes na elaboração ou execução das políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos fundamentais. E dessa atuação não decorre qualquer comprometimento à separação de poderes, porque essa garantia, afinal, consiste justamente na técnica pela qual o poder é contido pelo próprio poder. A inércia governamental na elaboração ou na concretização de políticas estatais constitui atuação arbitrária, à margem dos ditames constitucionais, tornando-se passível de censura pelo Poder Judiciário.

3 Mínima discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas constitucionais

De igual modo, é falacioso o argumento de que o ato administrativo discricionário seja imune à apreciação judicial. Ainda que assim não fosse, certo é que, em tema de implementação de políticas públicas, a discricionariedade governamental é mínima.

Cabe recordar, antes de tudo, que o poder discricionário é aquele concedido pela lei, implícita ou explicitamente, para a prática de atos administrativos com certa liberdade de escolha de sua conveniência ou oportunidade.¹²

Discricionariedade e arbitrariedade, no entanto, não se confundem: enquanto aquela é a liberdade exercida dentro de balizas e parâmetros legais, esta consiste na ação contrária ou excedente à lei.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, de 29.04.2004.

¹²MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.120.

Hely Lopes Meirelles procura insistir nessa distinção “para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como também não se arreceie de usar plenamente de seu poder discricionário quando estiver autorizado e o interesse público exigir”.¹³

A bem da verdade, não há ato totalmente discricionário, porque ao menos a competência e a finalidade serão sempre vinculados. Dito de outro modo, a lei sempre indica qual é a autoridade competente para a prática do ato e, semelhantemente, a finalidade do ato, seja vinculado ou discricionário, sempre será o interesse público.

Com efeito, tem-se que a discricionariedade é a liberdade de agir nos limites da lei, cumprindo ao administrador o dever de avaliar sobre as opções que são mais indicadas ao alcance do interesse público.

Nesse sentido, Celso Antonio afirma que:

[...] a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para decidir ao seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.¹⁴

Incorre em erro aquele que diz que o ato discricionário é insuscetível de apreciação judicial, à medida que “só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo”.¹⁵

Odete Medauar observa que, se antes do advento da Constituição de 1998 já se percebia uma nítida tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de expansão do controle judicial da Administração, essa tendência só pôde se acentuar no decorrer de sua aplicação.¹⁶

Prossegue a autora:

Com efeito, a Constituição de 1988 está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de parâmetros para a atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da

¹³Ibid., p.121.

¹⁴MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.428.

¹⁵MEIRELES, op.cit., p.122. Nota 11.

¹⁶MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.174.

publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que permite maior controle. É a ação popular pode ter como um de seus fulcros a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, independentemente de considerações referentes à estrita legalidade.¹⁷

Como já adiantado alhures, mesmo que assim não fosse, ou seja, mesmo que não se tolerasse a apreciação judicial dos atos discricionários, o fato é que, na seara da implementação de políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, a discricionariedade governamental é mínima.

É certo que ao administrador é dado o direito de escolher e optar pela melhor maneira de executar a lei. Todavia, não menos certo é que a ele não é dado o direito de omitir-se quando tem o dever constitucional de agir.

É bem de ver que a observância da oportunidade e conveniência não tem o condão de conferir ao administrador o alvitre de decidir por cumprir ou não a lei, ou melhor, a Lei Maior.

Ao tratar da limitada discricionariedade administrativa na concretização de políticas estatais de cunho constitucional, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen assinala:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. [...] Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

[...] As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.¹⁸

Do que foi exposto, chega-se à seguinte constatação: estando a política pública impregnada de constitucionalidade, a sua implementação é ato vinculado do administrador. A discricionariedade pressupõe, *a priori*, a decisão pela execução da política e limita-se às opções pelas alternativas de melhor realizá-la.

Se o administrador, por inércia, simplesmente deixa de fazer essas escolhas ou as faz em desprestígio ao interesse público subjacente à política estatal, legitima-se a atuação do Poder Judiciário, quando provocado, para

¹⁷Ibid., p.174.

¹⁸FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59, 95-97.

corrigir ou sanar a inconstitucionalidade aflorada, sob pena de se aceitar que o Judiciário assista, passivamente, ao desprezo da Constituição cuja guarda lhe foi confiada.

4 Vinculatividade normativa das normas constitucionais consagradoras de direitos prestacionais e mínimo existencial

Outro argumento de peso lançado em desfavor do controle judicial de políticas públicas consiste na alegação de que as normas constitucionais que consagram direitos a prestação têm caráter meramente programático, dependendo da interposição do legislador para produzir efeitos plenos.

Nessa linha, Vieira de Andrade afirma que:

Para que se determinem direitos, é necessária uma atuação legislativa, que defina o seu conteúdo concreto, fazendo uma opção num quadro de prioridades a que se obrigam a escassez de recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, o próprio princípio democrático.¹⁹

Às normas constitucionais veiculadoras de direitos prestacionais estariam reservadas unicamente eficácias de cunho negativo: serviriam de parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos, bem como teriam o condão de revogar normas anteriores com elas incompatíveis, ou, ainda, de atuar como modelo interpretativo das demais normas integrantes do sistema jurídico.²⁰

A ausência de eficácia jurídica positiva dos direitos sociais também é justificada pelo seu impacto econômico-financeiro. A percepção de que a satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais implica que a vinculação econômica no orçamento estatal propiciou a difusão da teoria da reserva do possível “*o principal arsenal de defesa do Estado no âmbito das demandas que envolvem o controle judicial de políticas públicas*”.²¹

Do ponto de vista fático, a reserva do possível traduz-se na ideia de que “não seria possível exigir uma prestação positiva do Estado, se não há, de fato, materialmente, dinheiro em caixa. Nesses casos, a propósito, não há direito que se faça valer, já que não há Direito se não houver alternativa. Trata-se da velha

¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p.207.

²⁰ MENDES, op.cit., p.263.

²¹ CANELA JUNIOR, op.cit., p.92.

máxima romana: *ad impossibilia nemo tenetur ou impossibilium nulla obligatio est*".²²

A seu turno, sob o viés jurídico, a reserva do possível corresponde à alegada necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial atinente a políticas públicas.²³

Em idêntico sentido, Ana Paula de Barcellos:

A rigor, sob o título geral da reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a inexistência fática de recursos, algo próximo da exaustidão orçamentária, e pode ser identificado como uma reserva do possível fática. [...] O segundo fenômeno identifica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular.²⁴

Não obstante os argumentos até aqui esposados, o fato é que tanto a doutrina contemporânea quanto os tribunais nacionais têm engatilhado para um consenso: a possibilidade de se reconhecer, sob condições determinadas, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização do legislador, estando afastada, ainda, a defesa da reserva do possível.

Nesse diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet destaca:

Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação – destacada especialmente pela doutrina estrangeira – de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde. [...]

Assim, há como sustentar - na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à conformação de liberdade do legislador. [...] O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.²⁵

²²JACOB, César Augusto Alkmin. A “Reserva do Possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, no prelo.

²³BEDÊ, Américo Freire Junior. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.74.

²⁴BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.262-263.

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p.345.

O mínimo existencial traduz-se, portanto, no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana ao qual se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível perante o Poder Judiciário. Compõe-se de três elementos materiais e um instrumental, a saber: direito à saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça.²⁶

Se o que estão em jogo são direitos agasalhados pelo mínimo existencial, irrelevante é o argumento da reserva do possível. Presumese, nesses casos, que o Poder Público dispõe de recursos para atender ao menos as necessidades vitais dos indivíduos, as quais, não se pode negar, devem constituir a prioridade de investimento dos recursos públicos.²⁷

A bem da verdade, “a objeção da reserva do possível suscitada em pretensões contidas nesse mínimo revelaria a confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública”.²⁸ Dizer que faticamente não há recursos para assegurar as necessidades básicas para uma vivência digna não representa outra coisa senão a confissão de que a alocação dos recursos existentes se deu em censurável desacordo com as prioridades constitucionais.

Destaque-se que, recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 482611/SC, de relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal perfilhou o entendimento de que a cláusula da reserva do possível não é invocável face às pretensões que envolvam o mínimo existencial, senão vejamos:

EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA- PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL.

CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA

²⁶BARCELOS, op.cit., p.228.

²⁷BARCELLOS, op.cit., p.274.

²⁸Ibid., p.274.

LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.²⁹

Depreende-se, então, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional aproximam-se de um ponto convergente. Se a política pública definida na Constituição envolver direito compreendido pelo mínimo existencial, é incogitável a defesa pelo argumento da reserva do possível.

Por outro lado, afastando-se a política pública no núcleo de direitos indispensáveis à existência digna, é aceitável que a defesa se estruture na reserva do possível, a qual, de toda sorte, deverá ser concretamente demonstrada pelo ente público demandado.

Nessa última hipótese, também pode a administração pública defender-se através do princípio da razoabilidade, contestando a adequação, a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito da pretensão demandada.

4 Conclusões

1- O controle judicial de políticas públicas não implica ofensa ao princípio da separação de poderes. A inércia governamental na elaboração ou na concretização de políticas estatais constitui atuação arbitrária, à margem dos ditames constitucionais, tornando-se passível de censura pelo Poder Judiciário - é o poder contendo o poder.

²⁹Informativo do STF n. 581, de 05 a 09 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

2 - Se a política pública estiver definida na Constituição, a sua implementação é ato vinculado do administrador. A discricionariedade pressupõe, *a priori*, a decisão pela execução da política e limita-se às opções pelas alternativas de melhor realizá-la.

3 - O mínimo existencial dos direitos representa o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana ao qual se reconhece eficácia positiva, do qual podem se extrair direitos subjetivos a prestações.

4 - Quando a política estatal objeto da demanda envolver o mínimo existencial, a defesa da reserva do possível se mostra incogitável. No entanto, se a política pública estiver à margem do núcleo de direitos que compõem a existência digna, abre-se espaço para o ente público demandado demonstrar (e não apenas alegar) a insuficiência de recursos, valendo-lhe também a defesa através do princípio da razoabilidade, conquanto que seja evidenciada a inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade da pretensão aduzida em juízo.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. *Os limites do Judiciário no Controle de Políticas Públicas*, no prelo.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDÊ JUNIOR, Américo Freire. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.13, p. 134-144, 1996.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição*. Tese defendida na Universidade de São Paulo (USP), no prelo.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo*. Estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

INFORMATIVO DO STF n. 581, de 05 a 09 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

JACOB, César Augusto Alkmin. *A “Reserva do possível”*: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba, no prelo.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ZANETI JR, Hermes. *A Teoria da separação dos Poderes e o Estado Democrático Constitucional*, no prelo.

O SUBCÓDIGO JUDICIAL E NÃO-JUDICIAL DAS SÚMULAS: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB O ENFOQUE DO STF

Robson Soares Sousa

Acadêmico do Curso de Direito pela UFCG

Wyama e Silva Medeiros

Bacharela em Direito pela UFCG

1 Introdução

O presente trabalho tem como foco traçar um paralelo entre a teoria de Niklas Luhmann e o subcódigo jurídico criado pela edição de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, mostrando-se como um conjunto decisório que pode criar um sistema. A emancipação e seu polo em tensão, a regulação, estão presentes na Constituição brasileira, cabendo ao tribunal constitucional, interpretando as demandas, ampliar ou restringir o alcance e o sentido dos dispositivos constitucionais.

O estudo se pautará na análise do que seria um sistema para Luhmann e suas implicações, enquanto reelabora um novo código jurídico embasado na interpretação da Carta Magna, com o escopo de garantir sua efetividade e eficácia diante da diversidade das relações jurídicas colocadas em presença de suas normas, na busca de atender às expectativas existentes nos componentes do sistema em análise.

A pesquisa será composta de três pontos relevantes. No primeiro item discorre-se sobre a Constituição enquanto ambiente e os seus dispositivos caracterizadores dos direitos fundamentais, bem como o seu caráter emancipatório e o histórico de sua promulgação para melhor explicar a complexidade de temas tratados em seu texto. A abertura cognitiva da Constituição, a sua amplitude e a soma de visões em tensão no seu texto exigem a interpretação sistêmica.

No segundo ponto destacar-se-á a importância do Supremo Tribunal Federal (STF), que é o topo da organização judiciária brasileira, destacando suas competências e sua composição. O STF “diz a Constituição”, procede uma fitragem sistêmica que pretende delimitar o jurídico do político, ambos presentes na Constituição. Talvez mais ainda, delimitar e diferenciar dentro do jurídico, o que seja judicial e não-judicial, o que se pretende ao menos liminarmente apresentar na exiguidade deste trabalho.

No último tema se versará sobre as súmulas propriamente ditas enquanto decisões sistêmicas, interpretadas conforme a Constituição de 1988. Analisando o teor das mesmas em suas expansões e restrições, essencialmente no que se refere aos direitos fundamentais, pode-se inferir a especificidade do discurso judicial.

A metodologia utilizada será a bibliográfica e a interpretação exegética jurídica para uma eficaz análise das súmulas. A tensão de caráter emancipatório/regulatório no ordenamento jurídico exige um tratamento analítico e comparativo das súmulas do STF dentro do ordenamento, especialmente aquelas editadas após a nova Constituição e que se refiram abstratamente a direitos fundamentais.

A partir da análise da teoria sistêmica apresentada por Luhmann, se buscará um diálogo entre ambiente e sistema, envolvendo a Carta Política e o trabalho despendido pelo Tribunal na elaboração das súmulas, que formatará um subcódigo para nortear as decisões judiciais.

2 Constituição: ambiente, histórico e caracterização dos dispositivos de direitos fundamentais.

A atual Constituição Federal, promulgada no dia 05 de outubro de 1988 (CF/88), é fruto do amadurecimento do constitucionalismo brasileiro e mundial na modernidade, sendo ela considerada um paradigma de estudos por grandes doutrinadores.

Reúne uma complexidade de normas e princípios fundamentais à instituição do Estado brasileiro. A regulação abrange a organização do Estado, os direitos e garantias fundamentais, dentre outros assuntos que se referem à vida social, eleitos pelo legislador constituinte como imprescindíveis à ordem interna da nação. Todos eles se apresentam como alternativas para as expectativas de efetivação do conteúdo jurídico acerca de direitos inerentes à pessoa humana.

O cenário histórico que se apresentava no período anterior à promulgação da Constituição de 1988 era marcado por um regime militar autoritário. Foi instaurado a partir de um golpe de Estado, em 1964, e a estrutura ideológica de governo permaneceu no poder durante um lapso temporal de 21 anos, período conhecido como “anos de Chumbo”.

Inúmeras violações aos direitos dos indivíduos ocorreram na vigência do governo militar, no qual o Estado interventor-dirigente controlava praticamente todas as atividades públicas e privadas, amoldando-as aos preceitos políticos autoritários.

Todavia, movimentos sociais e pressões políticas começaram a surgir devido às “crises” apresentadas principalmente no final dos anos 70, levando o próprio governo a adotar medidas para uma transição política que culminou na realização de eleições indiretas para Presidente da República, em 1985, na qual foi eleito Tancredo Neves, pondo fim à hegemonia militar no governo.

Pode-se, então, fazer uma relação entre o processo de promulgação da

Constituição Cidadã e o seu contexto histórico embasado na teoria sistêmica de Luhmann, no sentido de que houve uma interação social na elaboração da Carta Magna, partindo da viabilidade de se construir um arcabouço científico com o propósito de garantir os direitos e estabelecer deveres para a coletividade, com base nas relações entre os destinatários e as funções exercidas dentro do sistema político-organizacional.

Nesse contexto, originou-se uma nova ordem constitucional, mais garantista e democrática, preocupada em assegurar a organização do Estado. Essa consideração fica bem clara nas eloquentes palavras de Tancredo Neves, citado por José Afonso, ao expor o verdadeiro propósito desse movimento político-social por conclusão na fase de transição fazer mudanças necessárias na legislação opressiva, nos fatos políticos e estrutura organizacional do Estado, eliminação dos resíduos autoritários e a instauração de um Poder Constituinte (SILVA, 1999, p. 90).

O Direito, dentro do contexto atual, é mais observado pela maioria como um instrumento para manutenção da ordem e da segurança do que como um meio efetivo de implementação da paz, harmonia e igualdade dentro da sociedade.

Para tanto, adotou-se o modelo europeu que realçava o ideal de Estado Democrático de Direito a partir da presença popular na elaboração dos institutos constitucionais, no pleno exercício da cidadania. Esse processo se legitimava pela atividade racional de proclamação de direitos e, diante disso, a legitimação do poder estatal perante o ideal de respeito aos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que a Constituição de 1988 ficasse conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Ademais, é característica da CF/88 regular diversos temas, dando-lhe a classificação de analítica ou dirigente. No dizer de Alexandre de Moraes, “examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado” (MORAES, 2008, p. 10).

Isso ajuda à manutenção mais democrática de um vínculo entre o ordenamento jurídico e a realidade social, pelo direcionamento de políticas energéticas do Estado em garantir de maneira mais estável a proteção de alguns institutos inerentes ao indivíduo.

Mas, sem dúvida, o principal elemento ao Estado constitucional moderno - o Estado Democrático de Direito - foi a proclamação e o estabelecimento dos direitos fundamentais, sob a tutela especial da Constituição, principalmente quando estas são escritas, pois fornecem uma maior garantia de seu cumprimento. E por meio dessa tutela, tais direitos ganharam, dentre outros pontos, um alto grau de abstração normativa devido ao seu caráter epistêmico sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Na busca histórica para a

conquista de tais direitos, costuma-se dispô-los em três dimensões distintas: os direitos de primeira, segunda e terceira geração, inclusive sendo complementares entre si, na qual ainda não se esgotou a luta para expandir essas conquistas a um novo âmbito social, ou seja, não se aplica a taxatividade como característica aos direitos humanos.

O Direito deve refletir os valores e sentimentos básicos a serem preservados dentro da conjectura social; valores e sentimentos que não podem ser afrontados sob pena de perturbar o equilíbrio das relações sociais. Em regra, há imediata eficácia e aplicabilidade das normas referentes aos direitos fundamentais, entretanto, não se pode mencionar que os referidos direitos sejam ilimitados. Encontram sua limitação nos mesmos princípios que os endossam, impostos, no mais das vezes, pelo Direito Positivo.

No Título II - Dos Direitos e Garantias fundamentais – a Constituição Federal de 88 os distribui em cinco espécies diferentes. Em seu aspecto normativo, salienta que os dispositivos de direito fundamental são os enunciados que vinculam os direitos fundamentais, podendo ser descritos como o conjunto de signos que se encontram no texto constitucional ou em suas reproduções. (PEREIRA, 2006, p. 80).

Nota-se que em alguns dispositivos a plena eficácia dos direitos ainda depende de regulamentação complementar e, ademais, não se apresentam apenas no Título supracitado, mas estão presentes em diversas outras passagens da Constituição.

Essa perspectiva sobre a tutela constitucional dos direitos humanos, com grande destaque internacional após as violações grotescas ocorridas no século XX, proporcionou à CF/88 seu aspecto de fonte para as energias emancipatórias do ordenamento jurídico constitucionalizado e à sociedade brasileira, nas mais variadas manifestações (sociais, políticas e culturais), e atribuiu um papel de confiança no dinamismo moderno, percebido nas palavras de Boaventura, ao afirmar que:

através do seu sistema jurídico, o Estado moderno tornou-se o principal garante da confiança em massa de que necessita a sociedade [...], estendendo-se à infinita variedade de situações de gestão de risco que se vão desenvolvendo a partir das relações sociais entre estranhos¹.

E pela própria Constituição, em seu caráter epistêmico, empreendese a regulação dos direitos fundamentais por um estatuto legitimamente posto e,

¹SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.p.178.

assim, o liame entre estes dois paradigmas (regulação/emancipação) se articula em prol de um equilíbrio para garantia da efetividade jurídica desses direitos, condicionados à sua aplicabilidade pelos órgãos competentes e à forma procedimental adotada na jurisdição estatal.

Através dessas decisões, descobre-se o conteúdo real da norma jurídica, construído, inclusive, por valores não expressos no texto constitucional, que poderão ser ampliados ou restringidos para estabelecer expectativas aceitáveis na ótica constitucional como um todo.

Nesse diapasão, a Constituição parece um ambiente que fornece à sua estrutura sistêmica um campo de ação no qual envolve a organização funcional para a aplicação das normas, com a possibilidade de identificar as ações envoltas no dever ser constitucional/não constitucional. Através dessas ações e personalidades, justifica-se a análise do plano temático, na qual a Constituição torna o ambiente para uma estrutura sistêmica do Poder Judiciário.

3 STF - sistema: as atribuições do organismo como legítimo intérprete da Constituição.

A organização político-administrativa brasileira também está expressa na Constituição Federal, a qual determina a estrutura, funções e competências dos órgãos e agentes públicos. Um deles é o STF, órgão máximo do Judiciário, ao qual se dirige a emissão de decisões de conteúdo eminentemente constitucional, através de procedimentos legitimados na própria Constituição.

Diante do aspecto Soberania estatal, o Poder é característico por ser uno e indivisível, emana do povo, que é o seu legítimo detentor, podendo exercer de forma direta ou individual as decisões políticas.

Esse poder se encontra na Constituição dividido funcionalmente em três espécies, cuja atribuição do exercício é inerente ao Estado. A divisão foi baseada, principalmente, pela teoria-princípio da “tripartição do poderes”, que obteve grande destaque com Montesquieu, e consiste na independência das funções legiferante, administrativa e jurisdicional para a consecução das atividades públicas.

Hodiernamente, há uma modulação do desempenho dessas funções, ao passo que se estabelece a independência e harmonia das funções a Constituição autoriza que atividades inerentes a um “Poder” seja exercido por outro. Dessa forma, cria-se uma limitação recíproca entre eles no desempenho das atividades e evita a violação de direitos através dos excessos praticados. Esse modelo conhecido como “chek and balances”, típico nos estados ocidentais, é postulado indispensável ao Estado de Direito. Um desses órgãos, representante do “Estado- jurisdição”, é o Poder Judiciário, que, conforme Grinover, não tem a

importância política dos outros poderes, mas ocupa um local de destaque entre os demais, quando encarado pelo ângulo das liberdades e dos direitos individuais e sociais, de que constituía principal garantia (GRINOVER, 2003, p.162).

Isso se confirma, pois, devido às normas constitucionais, principalmente as referentes aos direitos fundamentais, serem genéricas e com grande grau de abstração e, quando controladas, geram dúvidas se devem ser efetivamente aplicadas pelo judiciário. Para tanto, torna-se necessário que haja uma organização coerente entre os juízes e tribunais competentes para o julgamento das diversas postulações judiciárias.

Dentre os principais órgãos destaca-se o Supremo Tribunal Federal, sem dúvida o mais importante órgão do Poder Judiciário e para nosso estudo, sendo ele considerado a cúpula de todas as justiças e coordenador de todo o sistema jurídico brasileiro.

Para compreender a condição atual do STF e o significado de sua relevância para o cenário nacional, faz-se necessário um breve histórico de sua formação. Durante o Brasil colônia, competia à Casa de Suplicação, localizada na cidade portuguesa de Lisboa, a interpretação das Ordenações do Reino vigentes naquela época e, para tornar conhecido ao povo as suas aferições, emitiam os chamados “assentos”, que possuíam força obrigatória entre os juízes. Com a vinda da família real para o Brasil - ainda colônia-, em 1808, houve a necessidade circunstancial de criar um órgão excelso da Justiça na colônia, e assim se implantou a instituição “Casa de Suplicação do Brasil”.

Em 1822, foi proclamada a independência do Brasil e, conseqüentemente, instaurado um novo modelo Estado/Governo – que, na verdade, não diferia muito do modelo adotado em Portugal. Em 1828, quatro anos após a outorga da Constituição, fora criado o Supremo Tribunal de Justiça. Nesse contexto temporal, a Justiça sempre teve uma independência figurada, visto que o governo monárquico sempre intervinha nas decisões de seu interesse, em destaque durante o Império, com a presença do Poder Moderador.

No mais, com a proclamação da República, em 1891, foi criado efetivamente o Supremo Tribunal Federal, com exceção do período de 1934 a 1937, sempre tivera essa denominação. A CF/88 consolidou a superioridade do STF e o tornou responsável pela defesa do estatuto, ficando, pois, conhecido como o “Guardião da Constituição”. Como bem destacou o Ministro Celso de Melo sobre essa incumbência dada ao STF:

A relação do Poder e seus agentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito [...] A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a

Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da república restarão profundamente comprometidas².

O STF é composto por 11 ministros indicados pelo Presidente da República e ratificados pelo Senado Federal. Uma de suas funções é manter as diretrizes basilares da Constituição, na medida em que as normas constitucionais irradiam a todo o ordenamento jurídico os fundamentos necessários para manutenção de uma unidade substancial em todo o país e, através da interpretação da CF/88, tentam fomentar uma segurança jurídica embasada no princípio da igualdade. Por tal motivo, as decisões judiciais emanadas dessa Corte orientam, e até vinculam, o seu cumprimento pelos demais órgãos do “Poder”.

Dentro da lógica sistêmica, o STF incorpora um papel institucional no novo quadro do direito estatizado e pretende, ao mesmo tempo, emancipar (ampliação de direitos e garantias individuais e coletivas) e regular (prover de uma racionalidade instrumental e cognitiva os dispositivos legais).

Tudo isso Santos (2005) traduz na tensão moderna entre emancipação e regulação. Essa lógica sistêmica em que se concebe um processo de diferenciação funcional de base, em que cada órgão e agente se restringem ao seu campo específico de atuação, também sendo excludente.

O processo de exclusão jurídica, no tocante à lógica interna e dialética passa pelo positivismo e a estatização do direito [...]. O direito passa a produzir não apenas suas próprias regras, mas a definir quais os conteúdos da vida social e do entorno mais amplo da realidade que são jurídicos ou não³.

O STF opera, pois, com uma lógica de “inclusão contratada” em termos cognitivos e retóricos. A Súmula escolhe uma interpretação/aplicação da norma que termina por deixar mais consistente o sistema jurídico em termos de racionalidade. É a epistemologia emancipada de que trata Santos (2005), um conhecimento que pode servir a qualquer projeto “racional” de poder independente de conteúdos morais e de justiça.

A justiça e o jurídico são subsumidos na esfera do “judicial”. Nessa concepção, válida a contribuição de Luis Alberto Warat para o entendimento do direito-regulação aplicado pelo Judiciário. Para Warat (1995, p.74), existem

²BRASIL. STF. *ADIn 2010-DF (MC)*, rel. Min. Celso de Mello, j. 30.9.1999.

³FONSECA, 2007, p. 68-69.

desacordos entre fatos e entre valores. Os primeiros, o Judiciário resolve com processos de verificação; os segundos, com processos de persuasão. Para os tribunais superiores no Brasil, não sobem controvérsias de fato, mas de direito. E daí, segundo Warat o sistema se resolve discursivamente, no que ele chama “senso comum teórico dos juristas”, uma série de 10 estereótipos jurídicos cuja aceitação e validade supõem uma comunidade fechada de argumentação, um auditório especializado que passa a ser ele mesmo um componente sistêmico. Tal construção teórica não desdoura a qualidade e legitimidade das decisões judiciais, mas sua técnica de formação.

No Tribunal de Cúpula, o STF, claro que a magnitude da missão institucional e a sua qualidade política das decisões judiciais e sumuladas supõem uma ação finalística de Estado.

Considerado intérprete último – e, em alguns casos, instância inicial – da CF/88, o STF se apresenta como órgão de convergência e superposição em relação às demais Justiças (comuns ou especiais), peculiaridade proveniente de suas próprias competências determinadas no texto constitucional. Tais competências são classificadas basicamente como originárias e recursais e vêm expressas nos Arts. 102 e 103 da CF/88.

No julgamento destas, o STF funciona como última instância, emanando decisões definitivas sobre litígios que chegam a essa Corte através de recursos ordinários ou extraordinários. Já na sua competência originária, a Corte Suprema funciona como única instância de julgamento, na qual as hipóteses elencadas no Art. 102 da CF/88 se apresentam como rol taxativo, de forma que todos os assuntos dirigidos ao STF tratam de conteúdo eminentemente constitucional.

4 Súmula e decisão sistêmica nos direitos fundamentais.

A atinente busca de se alcançar os fins propostos pela Constituição Federal de 1988, sob o enfoque da dinâmica dos direitos fundamentais na vida social, é o objeto central nessa discussão.

Para isso, o ordenamento brasileiro recorre às súmulas como instrumento de seleção das alternativas que se apresentam na Constituição, aumentando ou diminuindo a tensão de aplicação decisória entre os órgãos do Poder Judiciário e da administração. Na determinação dada pelo legislador constituinte, esses direitos possuem aplicabilidade imediata, apesar de alguns dispositivos preverem regulamentação ulterior para a plena eficácia das disposições constitucionais. De acordo com as menções anteriormente expostas, o STF é o protetor idôneo dos mais diversos assuntos constitucionais, competente pelo juízo de constitucionalidade das normas no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive aos grupos referentes aos direitos fundamentais – Título II da CF/88.

Suas decisões são definidas tecnicamente conforme os procedimentos estabelecidos em normas e tornam assimiláveis ao colégio jurisdicional, o qual discute a maneira da estrutura material (ambiente) que será potencializado no seu próprio corpo orgânico (Poder Judiciário).

Fundamentados pelas regras de hermenêutica, a Corte Excelsa se utiliza da chamada interpretação conforme a Constituição para desempenhar as suas competências jurisdicionais. De acordo com a ideia de Pedro Lenza:

Dia exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constituinte de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a interpretação, de onde surgem várias dimensões a serem consideradas⁴.

O referido princípio provém da hierarquia existente entre as normas (constitucionais/não-constitucionais), principalmente pela ótica formal. A prevalência da CF/88, além da particularidade de ser analítica, determina a possibilidade de encontrar dispositivos normativos com caráter polissêmico, ou seja, com a margem de várias interpretações e aplicações, vindo a aumentar a complexidade do sistema jurídico.

Para atribuir uma maior segurança e legitimidade às decisões prolatadas pelos membros do Poder Judiciário, recorre a essa técnica de decisão – a interpretação conforme –, a qual promove a efetiva constitucionalidade das normas, seja por controle abstrato, seja concreto.

E, na maioria das vezes, vem a restringir as possibilidades dadas pelo ambiente sistematizado, em consequência, diminui os riscos da validade necessária a cada decisão.

Na acepção dos direitos fundamentais, as dimensões por eles apresentados constroem outra, legitimamente estruturada pelo seu descobrimento do conteúdo real. Por sua dinamicidade histórico-temporal, é necessário que se emprenda um maior esforço de racionalização, devido ao alto grau valorativo. Contudo, para evitar o aparecimento de insuficiências na estrutura, procura tornar o sistema independente do ambiente ao qual se fundamenta, a partir de uma regulação inovada pelo estabelecimento de um código binário, que, nesse caso, é traduzido em constitucional/não-constitucional.

Por isso, o trabalho de interpretação desenvolvido pelo STF é de suma importância, pois sua legitimidade se amolda ao procedimento sistematizado, de maneira que seus membros se revelem desvinculados de suas próprias decisões em tal nível de debate (é o efeito da diferenciação funcional de que fala Luhmann).

⁴LENZA, Pedro. 2009, p. 96.

O instrumento usado para a estabilização das decisões jurídicas é a súmula, na base em que aos casos análogos apresentados pela jurisprudência se usa, agora, uma técnica de aplicação – uniformização como meio de orientar e definir o parâmetro de constitucionalidade das normas. Esse “resumo”, sintético e direto, não vincula os demais tribunais, contudo, irradia aos demais órgãos a conformidade dos assuntos constitucionais como meio de re-valorização dos sentidos dos direitos fundamentais.

A Constituição da República elenca os direitos fundamentais em matéria muito ampla, já com o intuito de abranger uma área enorme de situações e garantir o incremento da consciência acerca dos direitos fundamentais. Entretanto, esse amplo campo aumenta as possibilidades de conformação de suas análises que pode fugir da unidade proposta a um sistema. Visto isto, as súmulas editadas pelo STF, após 1988, têm o escopo de apresentar uma maior unidade ao sistema, selecionando sua lógica judicial para o âmbito da estrutura.

Para diferenciar essa estrutura definida pelo escopo de súmulas do ambiente ao qual se compreende, há justamente a capacidade de revalorizar os dispositivos da Constituição sem precisar mudar o texto; identificar as expectativas criadas a partir da seleção do que é e não-é constitucional. A estrutura se apresenta mais vulnerável a mudanças diante da dinâmica social, que reflete no modo de interpretação de tais direitos e na diferenciação funcional dos demais sistemas. É por meio dessa diferenciação e da autonomia que o Direito evolui e assegura, nas condições hodiernas, a duração de certos dispositivos na complexidade dada pelas súmulas.

Dessa forma, a característica de orientação das súmulas ganha o caráter de garantidor no momento que tenta interagir todo o sistema orgânico do Judiciário como elemento das expectativas para a diminuição das frustrações. Mas, como dito, as súmulas não vinculam os demais tribunais e juízes, o que comporta o aparecimento de decisões que desviem o paradigma adotado. Esses desvios permitem que a estrutura absorva novos conceitos que visem potencializar os direitos fundamentais.

A escala dos direitos fundamentais é dada por sua importância no constitucionalismo. Baseado nos ensinamentos de Alexandre de Moraes

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais se relacionam diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana [...] A previsão desses direitos colocase em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico⁵.

⁵MORAES, 2003, p.163.

É por meio desses direitos que o homem mantém as condições necessárias para sua vida no meio social em que vive. Sem o respeito desses direitos pelo Estado e a sua garantia constitucional, o indivíduo se torna escravo do seu próprio ambiente, inclusive de um poder tirano.

A conquista desses direitos pelos homens foi palco de lutas emancipatórias, que apesar de se encontrar em grande parte regulada, ainda precisa gerar efeitos concretos. O STF, conforme preleções constitucionais, tem a possibilidade de restringir esses direitos através de “decisões construtivas”, que operam efetivamente na aplicação jurisdicional. Essas decisões são baseadas no grau de uniformidade que conseguem, transformadas em súmulas, que vem a ampliar ou restringir o campo hipotético de suas possibilidades de aplicação.

Várias súmulas que foram editadas antes de 1988 fazem menção aos direitos fundamentais, estes já definidos na ordem internacional como de imprescindíveis “status” inerentes ao indivíduo, ou seja, o teor de universalidade. Por esta característica, algumas súmulas ainda possuem validade atual, mesmo com a promulgação de uma nova “Lei Maior”,

Súmulas	Referência na CF/88	Efeitos sobre os dispositivos const.
629	Art. 5º, LXX	AMPLIA
632	Art. 5º, LXIX	AMPLIA
649	Art. 2º	RESTRINGE
650	Art. 20º, I e XI	RESTRINGE
654	Art. 5º, XXXVI	RESTRINGE
666	Art. 8º, IV	RESTRINGE
681	Art. 37º, XI	RESTRINGE
694	Art. 102º,	RESTRINGE
695	Art. 5º, LXVIII	RESTRINGE
721	Art. 5º, XXXVII	AMPLIA
726	Art. 7º, XXIV	RESTRINGE

FONTE: NERY JR., NELSON. Constituição Federal comentada.

O conjunto de súmulas que foram sistematicamente postas no ordenamento jurídico positivo é mecanismo que prestigia a isonomia judicial; fundamenta-se no axioma ubi idem ratio, ibi idem jus (onde existir a mesma razão, aplica-se o mesmo direito).

Essa estrutura não apenas funciona como instrumento de aplicação, mas também como limitação do próprio exercício dos direitos subjetivos – quando se restringe -, ou com aumento da garantia desse mesmo exercício a casos análogos – no passo que abrange a sua incidência.

A determinação decisória é uma escolha pelo colegiado do STF, que, sociologicamente, consiste em que “todo processo decisório é uma escolha entre alternativas diversas” (SOUTO, 2002, p.239); nesse caso, seria definir o que é constitucional diante do amplo campo de possibilidades que um dispositivo pode apresentar.

Dessa forma, escolher as alternativas para adequar uma generalização às expectativas comportamentais que os demais órgãos jurisdicionais poderão aplicar, “em última análise o motivo disso reside em que só assim a alta complexidade pode ser convertida em decisões congruentemente expectáveis” (LUHMANN, 1983, p.29).

Os sistemas que surgem a partir do texto constitucional, com suas características de complexidade e contingência, revelam o STF como uma organização institucionalizada, na qual este tribunal se diferencia funcionalmente pelo processo judicial adotado para emanar suas decisões, como exemplo, as súmulas. A preleção de Luhmann se refere que o direito é positivado na medida em que as normas jurídicas se tornem objeto de decisões seletivas, apresenta-se uma nova perspectiva e ela mesma deve ser avaliada como uma conquista evolutiva (LUHMANN, 1983, p.117).

Então, o processo de formação das súmulas como modelador dos direitos fundamentais funciona como reconstrutor dinâmico do Direito, formando a partir de seu código binário o que se pode chamar de um subcódigo, usado para definir as formulações acerca do tema.

Como as súmulas são criadas a partir de decisões de recursos extraordinários, cuja situação se apresenta de forma concreta e individual, o trabalho de racionalização inquirido pelo STF visa atribuir um grau mais abstrato, para compatibilizar a estrutura constituída pelas súmulas. Além disso, por ser posta por um tribunal hierarquicamente superior, mesmo que não vincule os demais membros, elas emanam um maior controle sobre as decisões tomadas pelos juízes e tribunais ordinários.

Todos esses elementos enaltecem a perspectiva de as súmulas formarem um subcódigo judicial. Portanto, esse grau de mudança que as súmulas comportam diante do texto constitucional, sem precisar mudar o texto, comportam essa permanência quando dirige os seus efeitos aos direitos fundamentais, devido ao alto conteúdo valorativo que possuem; ao passo que diminuem a complexidade material (variedade de decisões judiciais) dada pela CF/88, já que uniformiza a matéria decisória.

Nem por isso deixa de ser formado o Direito, pois Niklas Luhmann confirma quando diz que “o direito só surge quando as expectativas são generalizadas nas três dimensões [temporal, social e material]” (LUHMANN, 1983, p.164).

Com isso, define-se o processo no qual a Constituição Federal, em seus

dispositivos abstratos sobre direitos fundamentais em um grau de complexidade muito grande, tem seu conteúdo adequado pelo trabalho jurisdicional do STF através do instrumento das súmulas.

5 Conclusão

Diante do exposto, percebe-se que o Direito é um meio de atender as expectativas da coletividade, extraído a partir de suas necessidades e vivências.

Como bem ficou claro nas magníficas explicações de Luhmann em suas obras, esse ambiente/sociedade vai influenciar a criação de suas normas. No caso brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988, houve uma preocupação em resguardar e garantir expressamente direitos fundamentais inerentes aos indivíduos, posto que só a interpretação dos princípios que lá estariam implícitos seria insuficiente para assegurar tais direitos, visto que mesmo estando expressos, ainda sofrem um desrespeito constante.

A Constituição assegura uma unidade na dimensão política e jurídica e, também, apresenta uma integração interna, tanto no plano normativo como no axiológico. Essa unidade interna decorre de uma interpretação (hermenêutica constitucional) voltada para a realização dos fins prescritos em seu próprio texto.

Com base nessa interpretação, fora enquadrada como analítica, devido à sua complexidade de temas tratados em seu texto, de modo a atender as diversidades de fatos postos diante de suas normas e para serem julgados conforme os seus dispositivos; na incompreensão destas, ficou expresso em suas linhas que caberia ao STF o condão de instância última, para interpretá-la e aplicá-la aos casos concretos, em vista do vislumbamento de promover a sua valorização, sem modificar suas normas constitucionais.

O intuito das súmulas é dar celeridade aos processos, desafogando, assim, o Judiciário. Desse modo, os inúmeros processos existentes sobre matéria constitucional com reiterado e pacífico posicionamento do STF são passíveis de edição de súmula, com efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. Além do mais, pode-se constatar a criação de um subcódigo jurídico, pelo poder judiciário, nos moldes constitucionais, com o fim de fazer cumprir o texto constitucional, de modo a preencher as lacunas existentes. O STF exerce uma função política quando da interpretação das cláusulas constitucionais, reelabora seu significado para permitir o ajuste da Constituição às novas circunstâncias históricas e exigências sociais. Esse ajuste garante na Constituição um sentido de permanente e de necessária atualidade às realidades da sociedade. E, por meio de sua função jurídica, assegura o cumprimento e a supremacia das normas constitucionais, diante de sua efetivação pelo Poder Judiciário.

Referências

BRASIL. Constituição 1988. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2010-DF (MC), rel. Min. Celso de Mello, j. 30.9.1999, v.u., DJU 12.4.2002. Disponível em: <dovaladvogados.com.br/publicacao_06.html>. Acesso em: 17 jul. 2009.

CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER. Teoria geral do processo. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FONSECA, Paulo Henriques. Exclusão sociojurídica e direitos humanos. João Pessoa: UFPB/PPGCJ, 2007. Disponível em: <<http://www.josuelima.net/ppgcj/gerencia/docs/0101460310.pdf>>.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I: tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempos Brasileiro, 1983.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOUTO, Cláudio, e Falcão, Joaquim. Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. 2 ed. Porto Alegre: Fabris editor, 1995.

3 DIREITO PENAL



**1940 Correios e Telégrafos - João Pessoa-PB
(Acervo Arion Farias)**

A POLUIÇÃO SONORA NUMA PERSPECTIVA DIFUSO-PENAL

Ana Caroline Almeida Moreira

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

1 Considerações iniciais

A Poluição é definida na legislação brasileira (Lei 6.938/81, Art.3º, III) como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população, que criem condições adversas às atividades sociais e econômicas, que afetem desfavoravelmente a biota, as condições estéticas ou sanitárias do ambiente ou que lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões estabelecidos.

No gênero podemos identificar várias modalidades de poluição, destacando-se, por serem as mais usuais: a poluição visual, que ocorre principalmente nos maiores centros, ocasionada pelo uso excessivo de outdoors, cartazes e outros meios de comunicação voltados a transmitir informações ou propagandas, gerando problemas de stress, distração para os motoristas, além de constituir potencial dano ao patrimônio histórico-cultural; a poluição atmosférica, que afeta as condições do ar que respiramos, mediante o lançamento de gases na atmosfera, gerando doenças respiratórias das mais variadas sortes; a poluição da água, causada mediante lançamento de dejetos que vêm a comprometer a sua qualidade e todos os biomas a ela atrelados; a poluição do solo, provocada por resíduos resultantes de lixo, de agrotóxicos ou de outros componentes químicos aptos a contaminá-lo; e, por fim, a poluição sonora, causada pelo excesso no nível de ruídos, em torno do qual gravitará o presente estudo, pela realidade recorrente com que se deparam os operadores de direito que militam na seara dos direitos difusos ou na seara criminal.

Todo o ser humano é sensível à poluição sonora, em especial os recém-nascidos, crianças, idosos e pessoas com alguma vulnerabilidade de saúde. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o limite máximo tolerável para a saúde humana é de 65 dB, todavia, o efeito sobre a saúde humana dependerá do nível de ruído e do tempo de exposição.

A poluição sonora prejudica a saúde, a segurança e o bem-estar das pessoas, causando, dentre outras sequelas, deficiência auditiva, distúrbios clínicos, insônia, aumento da pressão arterial, fadiga física, desconforto psíquico, diminuição do rendimento no trabalho, obliteração das faculdades mentais e distúrbios neurológicos.

Ela pode ser prejudicial ao cidadão enquanto indivíduo afetado, podendo, ainda, atingir, num grau mais elevado, um número indeterminado de

peçoas, quando a sua difusibilidade vem a comprometer a qualidade do meio ambiente e da saúde pública como um todo. Esses são direitos difusos, segundo a doutrina constitucionalista moderna, erigidos à condição de direitos fundamentais de terceira geração.

Discorrendo sobre a classificação dos direitos fundamentais, dentre os quais se enquadra o direito a um meio ambiente equilibrado, percucientes são as considerações do festejado constitucionalista Alexandre de Moraes¹:

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

[...], protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Tanto a Constituição Federal, em seu artigo 225, como os diplomas legais que versam sobre matéria ambiental, garantem a todos direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às presentes e futuras gerações, bem assim impondo aos poluidores sanções penais e administrativas e obrigação de reparar os danos.

O direito à vida em ambiente saudável configura-se como extensão do próprio direito à vida, quer no aspecto da própria existência dos indivíduos ou de uma comunidade, quer quanto ao aspecto da qualidade dessa vida, responsável por conferir dignidade a essa existência.

2 Disciplinamento da Poluição Sonora

A normatização em torno dos níveis de ruídos é de competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), de acordo com o disposto no inciso II, do art. 6º, da Lei nº 6.938/81, tendo a poluição sonora sofrido regulamentação pela Resolução CONAMA 001, de 08 de março de 1990, que dispõe, em seus itens I e II, *in verbis*:

¹MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.

I - A emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política. Obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução.

II - São prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior aos ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.151 – Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

A NBR 10.151 da ABNT, a que se reporta o texto da supracitada Resolução, traça especificações pertinentes a áreas habitadas e fixa as condições exigíveis para a aceitabilidade do ruído, o que acaba por definir as hipóteses em que os ruídos, por serem superiores aos estabelecidos como aceitáveis, devem ser considerados prejudiciais à saúde e ao sossego público.

A intensidade do ruído deve ser avaliada pela grandeza denominada decibel (dB), variando os níveis-critério de ruído previstos na Norma NBR 10.151, a partir de um valor básico ao qual são acrescidas variantes: período diurno ou noturno, tipo de zona de uso (hospital, residencial urbana, centro da cidade, área predominantemente industrial) etc.

Além da NBR 10.151, existe a NBR 10.152, na qual são definidos níveis sonoros para conforto e níveis sonoros aceitáveis para diversas atividades associadas a ambientes interiores e recintos fechados, como hospitais, escolas, hotéis, auditórios, restaurantes, escritórios, igrejas, templos e locais destinados a esportes.

No que concerne à emissão de ruídos por veículos automotores, a abranger situações corriqueiras até mesmo em cidades interioranas (escapamentos com alterações no cano de descarga e uso excessivo de buzina), também fora objeto de previsão pela Resolução CONAMA 001/1990, que remeteu ao Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) a incumbência da edição de normas regulamentadoras, o que acabou, no entanto, sendo feita pelo próprio CONAMA, por meio da Resolução CONAMA 252, de 07/01/1999.

O Código de Trânsito Brasileiro, por sua vez, determinou em seu artigo 104, entre outras prescrições, o controle de emissão de ruídos, os quais deverão ser avaliados através de inspeção periódica. Em seu artigo 105, inciso V, determinou, ainda, a obrigatoriedade da utilização de dispositivo destinado ao controle de emissão de ruído, segundo as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

3 Tipificação Penal da Poluição Sonora

Sob a perspectiva penal, paira dúvida acerca de qual diploma normativo deve incidir em casos de poluição sonora, ou seja, se a Lei nº 9.605/98 teria

revogado a Lei de Contravenções Penais por ser norma posterior e regulamentadora de matéria ambiental, ou se ambas continuam a ter vigência e aplicabilidade simultânea, o que traduz a necessidade de se analisar, amiúde e acuradamente, cada uma das condutas tipificadas.

A poluição sonora, inicialmente, tomou feição de infração penal com a edição do Decreto-lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), que em seu artigo 42, assim dispõe:

Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I- com gritaria ou algazarra;

II- exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III- abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV- provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda.

Pena – prisão simples, de 15 dias a 3 meses, ou multa.

No ano de 1998, adveio a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), cujo anteprojeto cominava um tipo específico para a poluição sonora, considerando como crime “*produzir sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares, ou desrespeitando as normas sobre emissão ou imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades*”.

O legislador pretendia, de fato, da Lei de Crimes Ambientais a substituição da contravenção do art. 42 da Lei de Contravenções Penais pelo crime, com pena maior, no entanto, tal dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República.

Em que pese ao veto presidencial, não se desconstituiu o conceito de poluição constante no art. 3º, III, da Lei 6.938/81, subsistindo a poluição sonora como crime, a teor da dicção posta pelo artigo 54 da Lei 9.605/98, que prevê como atitude criminosa “*causar poluição de qualquer natureza*”. Desse modo, em sendo um tipo genérico a encampar todas as modalidades de poluição, acabou por alcançar a poluição sonora. *Giza o artigo 54 da Lei nº 9.605/98, in litteris: “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”*².

Da leitura normativa, facilmente se vê que o legislador não estabeleceu uma descrição típica suficientemente objetiva, de maneira que nem fora apta a revogar a incidência da contravenção penal descrita no artigo 42 do Decreto-lei nº 3.688/41, nem se prestou para diferenciar as condutas, a tal

²Art. 54 da Lei n. 9.605/98 de 12 de fevereiro de 1998.

ponto de feneceer toda e qualquer dúvida acerca de qual tipo penal incidiria no caso concreto.

Divergindo de alguns precedentes jurisprudenciais, no sentido de que a poluição sonora não pode ser tipificada no art. 54 da Lei 9.605/98, o Superior Tribunal de Justiça, malgrado não tenha reconhecido no caso concreto a incidência do crime de poluição, acolheu a possibilidade de tipificar a poluição sonora no art. 54 da Lei 9.605/98, condicionando-a, porém, ao mínimo de prova indicativa da sua potencialidade em causar danos à saúde humana, já que dá margem ao crime de perigo concreto (de dano) ou abstrato (de perigo). Senão vejamos, fragmentos do Habeas Corpus:

Penal. Habeas corpus. Art. 54 da Lei 9.605/98. Poluição sonora. Trancamento da ação penal. Desclassificação. Art. 42 da Lei de Contravenções Penais. Prescrição. I - Para a caracterização do delito previsto no art. 54 da Lei 9.605/98, a poluição gerada deve ter o condão de, ao menos, poder causar danos à saúde humana, fato inocorrente na espécie. II - Uma vez dada nova qualificação jurídica ao fato, qual seja: art. 42 da Lei de Contravenções Penais, e, levando-se em consideração que o fato se deu em 30.09.2003, e desde então não se verificou a ocorrência de qualquer marco interruptivo da prescrição – uma vez que a denúncia não mais subsiste – é de se declarar a extinção da punibilidade do paciente ex vi do art. 107, IV, c/c art. 109, VI, do CP.³

A nosso ver, jamais houve revogação da contravenção penal pelo crime ambiental em exame, devendo o Ministério Público, diante do caso concreto, guiar-se por três nortes para eleger a tipificação penal mais consentânea à espécie: o bem jurídico a ser tutelado, o sujeito passivo atingido e a potencialidade ofensiva, resultante do binômio intensidade e permanência do ruído por lapso temporal idôneo o suficiente para atestar a probabilidade concreta de perigo de dano à saúde pública.

Destaque-se que os objetos jurídicos tutelados pelas condutas típicas são diversos. O objeto jurídico da conduta típica transcrita no art. 42 do Decreto-lei nº 3.688/41 é a paz que deve ser garantida ao cidadão-indivíduo perturbado pelo ruído, quer seja no seu trabalho ou no seu sossego, com a ressalva de que a contravenção não penaliza ruídos pequenos, capazes de causar incômodos somente aos indivíduos mais irritadiços.

³Habeas Corpus n. 54.536 – MS (2006/0032046-2).

Com efeito, os ruídos excepcionais e toleráveis ao homem comum, como, por exemplo, uma festa de aniversário com música em volume razoável, não serve para tipificar a contravenção, ainda mais quando em vista que a conduta deve estar associada ao elemento subjetivo do tipo, ou seja, a voluntariedade da ação ou omissão destinada a molestar a tranquilidade alheia.

Quanto ao art. 54 da Lei nº 9.605/98, precisamente no que diz respeito à poluição sonora, tem como objeto jurídico a ser tutelado o meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto pressuposto para a saúde humana em uma perspectiva de difusibilidade. Tal não poderia ser diferente porque, em sendo crime ambiental e em sendo o meio ambiente um direito fundamental, reconhecidamente de natureza difusa, não poderia deixar de tutelar senão um bem difuso.

Assim, a poluição sonora prevista no art. 54 deverá resultar ou, ao menos, ter potencialidade de resultar danos à saúde humana, leia-se à saúde de um número indeterminado de pessoas. Já a perturbação prevista no art. 42 da Lei de Contravenções Penais, se apresenta normalmente num contexto pontual, onde se identificará um sujeito passivo determinado, o que se deduz da própria dicção normativa “*perturbar o trabalho ou o sossego alheio*”, ou seja, de alguém.

Nesse diapasão, o sujeito passivo do crime ambiental *sub examine* é a comunidade, num sentido coletivo e indeterminável, que potencialmente teve a sua saúde atingida pela poluição sonora, enquanto na contravenção penal, o sujeito passivo imediato (a vítima) é uma pessoa ou um grupo pequeno de pessoas perfeitamente determinadas no contexto pontual.

Por fim, a poluição sonora para ser tipificada como crime ambiental demanda exteriorização de ruídos em níveis tais que provoque ou possa provocar visíveis danos à saúde humana, o que precisa ser bem materializado, a meu ver, mediante prova técnica realizável por decibelímetro, com vistas a se medir de forma mais objetiva a intensidade do ruído, nos moldes das normas da ABNT (NBR 10.151 e NBR 10.152) e dos critérios postos pelas Resoluções da CONAMA.

Saliente-se que o crime ambiental de poluição sonora resulta ainda mais inarredável e, portanto, insusceptível de desclassificação para a contravenção de perturbação do sossego alheio, quando aliado à prova técnica idônea, a situação caracterizadora se firmou por um certo lapso temporal ou por um certo período de tempo, já que a pontualidade da poluição pode render ensejo a algum tipo de elucubração acerca da real repercussão ou da difusibilidade exigível para o tipo.

À guisa de exemplo, podemos citar ruídos excessivos provenientes de máquinas industriais operacionalizadas em fábrica situada na zona urbana e que opera, inclusive, em período noturno. Realizada medição por decibelímetro e observadas as normas da ABNT, uma vez positivada intensidade acima do limite tolerável, decerto que, sendo uma prática reiterada em virtude do

funcionamento regular da empresa, resta por demais caracterizada poluição sonora na modalidade de crime ambiental.

Tangenciando esse raciocínio, faz-se oportuno transcrever o conceito de poluição sonora emitido pelo insigne Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Luís Paulo Sirvinskas, na medida em que vislumbra na poluição sonora a possibilidade de lesão a direitos difusos no âmbito cível, ao que ora se acresce, no âmbito criminal, a possibilidade de persecução simultânea do crime previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/98, mas desde que a emissão dos ruídos ultrapasse os níveis legais e se verifique de maneira continuada.

Poluição sonora é a emissão de sons ou ruídos desagradáveis que, ultrapassados os níveis legais e de maneira continuada, pode causar, em determinado espaço de tempo, prejuízo à saúde humana e ao bem-estar da comunidade.⁴

É cediço que, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, somente se exige prova pericial para as infrações penais que deixem vestígios (art. 158, CPP), o que não é o caso da poluição sonora.

A par disso, o decibelímetro não é imprescindível na produção de prova em crimes desse jaez, todavia, a nosso ver, na prática, somente se logrará prova a contento do crime emoldurado no art. 54 da Lei nº 9.605/98, quando existir uma prova pericial hábil a confrontar o nível de ruído com os parâmetros fixados pela NBR 10.151 da ABNT, que é a norma regulamentadora dos critérios de aceitabilidade do ruído e que, em última análise, define as hipóteses em que os ruídos, por serem superiores aos estabelecidos como aceitáveis, devem ser considerados prejudiciais à saúde e ao sossego público.

A *contrario sensu*, até mesmo em vista da menor potencialidade lesiva, a contravenção penal de perturbação do sossego alheio se satisfaz tão-somente com prova testemunhal, de modo que toda poluição sonora desacompanhada de prova técnica para aferição da quantidade de decibéis, tende a ser capitulada ou desclassificada para o art. 42 do Decreto-lei 3.688/41.

Esse raciocínio se apresenta plausível não só pela própria gravidade que encerra o crime ambiental, que em prevendo pena considerável por si só já demandaria um contexto probatório mais consistente, mas em vista da própria tipificação da poluição “*em níveis tais*” se apresentar um tanto aberta, o suficiente para comprometer o exercício da ampla defesa e do contraditório. Afinal de contas, ao acusado somente poderá ser imputado fato certo e tangível sem muito esforço, no que concerne à sua repercussão social.

⁴SIRVINSKAS Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 390

Referências

BOTELHO, Jeferson. Lei do silêncio e exagero sonoro: exibição cabotina ou exótica preferência musical. Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br//Artigos/ArtigoPrint.asp?idArtigo=2714>>. Acesso em :10 jun. 2010.

MACHADO, Anaxágora Alves Machado. Poluição sonora como crime ambiental. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 327, 30 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5261>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SIRVINSKAS Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

1 Introdução

O desenvolvimento tecnológico iniciado no Século XX é reconhecido, nos tempos atuais, como o principal propulsor da “revolução da informação” e do surgimento do conceito de mundo globalizado.

O presente artigo busca delinear alguns aspectos relevantes acerca dos efeitos gerados pelo incremento da tecnologia no contexto de vida de significativa parcela dos indivíduos e suas relações. A criação do computador e o posterior advento de um surpreendente recurso propiciador de troca de informações intersubjetivas – a internet – alteraram a realidade e desencadeou o que se denomina de “era digital”, trazendo, pela primeira vez, conceitos aparentemente intangíveis e inofensivos, mas que rapidamente tomaram proporções imensuráveis.

A ausência de barreiras e a sensação de que estamos diante de um fenômeno incontrolável foi o suficiente para o aparecimento de uma “nova” forma de criminalidade. A internet tornou-se um instrumento de práticas delitivas possíveis de serem realizadas pela habilidade técnica de usuários que viam no espaço virtual um potencial expediente para o implemento de seus desideratos ilegais, mormente pela ilusão do anonimato proporcionada pela impunidade.

Frente a esse panorama, surgem indagações relativas ao enfrentamento dessa “novel” criminalidade: a forma de combate e prevenção das ações lesivas a bens jurídicos acessíveis via computador, a necessidade ou não de atuação legislativa para criminalizar condutas, a aplicação da legislação penal existente para os fatos criminais engendrados no ciberespaço e a suficiência do regramento civil vigente como meio de correspondência eficaz aos anseios das vítimas de lesões patrimoniais e morais.

Abordar-se-ão breves aspectos contextuais da criminalidade virtual na história mundial e sua conceituação; os objetivos iniciais pretendidos pelos idealizadores da internet; a sua posterior aplicação, de forma generalizada, na sociedade, e o desvirtuamento dos objetivos iniciais almejados.

Nesse contexto, serão tecidas algumas considerações sobre pontos polêmicos do Projeto de Lei Substitutivo (ao PLS 76/2000, PLS 137/2000 e PLC 89/2003), de iniciativa do Senador Eduardo Azeredo, já submetido à análise do Plenário do Senado brasileiro, que busca *tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares.*

2 Evolução histórico-conceitual dos crimes virtuais e da internet

Importante instrumento militar, criado na década de 1960 pela Agência de Projetos de Investigação Avançada de Defesa dos Estados Unidos (ARPA), em decorrência, notadamente, do clima hostil em que se encontravam os países pós II Guerra Mundial – período em que a tecnologia desenvolvera-se a tal ponto que assombrava a humanidade, tanto pela rapidez, quanto pelo perigo que as inovações poderiam acarretar – a internet tornou-se uma grande arma e importante aliada nesse período de Guerra Fria¹.

Com a fundação da *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), nos mesmos moldes que deram início ao surgimento da *National Administration of Space Activities* (NASA), desenvolveram-se estudos com o objetivo de transformar os computadores – antes apenas instrumentos avançados de calcular – em máquinas que interagissem com o homem².

Percebe-se que a internet nasceu no seio do Estado, com objetivos iniciais de utilização para fins militares, mas que, paulatinamente, transformou-se em um inovador expediente facilitador de realizações de tarefas, com utilização tanto na comunidade acadêmica, quanto para fins comerciais, disseminando-se pelo globo³. É o que apregoa, nesse sentido, Patrícia Peck Pinheiro⁴:

A Revolução da Informação, plantada em 1957, com a criação do primeiro mainframe, marcou o começo da digitalização da sociedade. Hoje, vivemos uma interdependência completa, globalizada, interativa e em rede. Uma simples página gratuita na internet já nasce global, com responsabilidades e obrigações dentro de um cenário complexo de normas. Somos reflexo não apenas de nosso conhecimento, do “penso, logo existo”, mas de nossa expressão, do “comunico-me, logo existo”.

Pierre Lévy⁵ bem acentua a respeito da revolução da escrita na história, desde a criação da imprensa até as inovações surgidas com a internet. Para o autor, tornou-se possível intercomunicar, através de *links* de

¹CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 3-4.

²FILHO, Luna ; PEREIRA, Eury. “Internet no Brasil e o direito no ciberespaço”. *Infojus*. Rio de Janeiro, [s.n]. 1999. Disponível em : <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em: 03 dez 2008.

³ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica. 2004, p. 31.

⁴PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29-30.

⁵LÉVY, Pierre. “A Revolução Contemporânea em Matéria de Comunicação”. In: *Informática e Democracia*. Rio de Janeiro, 2000, p. 151.

hipertextos, todos os documentos existentes no mundo e ainda viabilizar o seu acesso simplesmente com cliques em um *mouse*, independentemente do local em que se estiver. Tal revolução, sobreleva destacar, não fora prevista e muito menos desejada pelas empresas multinacionais do setor de informática, telecomunicações e multimídia, mas *explodiu como uma rajada de balas entre os cibernautas*⁶.

Pondera Maria Luisa Fernandez Esteban⁷, em disquisição no Centro de *Estudios Políticos y Constitucionales*, de Madri, que:

Buscava-se criar uma ampla rede de computadores na qual a informação pudesse ir de uns a outros através de vias distintas, de maneira que, se uma área era atacada numa ação bélica, a informação pudesse chegar por um caminho ou outro ao seu destinatário. A chave deste sistema era a inexistência de um centro nevrálgico que controlasse esta rede, pois este seria um ponto vulnerável do sistema. Com esta filosofia nasceu ARPANET, que constitui o antecessor imediato da Internet.

Em sintonia, preleciona Gustavo Testa Corrêa que a internet foi desenvolvida com um princípio bem definido de funcionamento, mantendo-se até os dias de hoje, seria ele: [...] *a procura de vários caminhos para alcançar determinado ponto, ou seja, na hipótese de um dos troncos (caminho pelo qual trafega o sinal eletrônico) estar obstruído, procuraria ela, automaticamente, um outro caminho que o substituiu*.⁸

Ocorre que, paralelamente ao avanço tecnológico e à massificação do uso da internet, criou-se uma situação cujas implicações são desconhecidas. Basta imaginarmos que todo e qualquer indivíduo tem livre disponibilidade para veicular na *web* textos, imagens, informações, filmes, músicas, sem qualquer controle ou limite ao atuar que ultrapasse as raias da legalidade e do direito à privacidade, chancelados de forma categórica no texto constitucional pátrio⁹.

Previendo os problemas que o implemento da internet geraria à coletividade, Eric Schmidt, executivo-chefe da empresa *Google*, assim

⁶Idem. *Ibidem*. p. 151.

⁷“Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a da libertad de expresión”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madri : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 53, mayo/ago, 1998. p. 288-289.

⁸CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos da internet. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 7.

⁹GUERRA, Sidney César S. O Direito à privacidade e a internet. In: *Internet e direito, refl exões doutrinárias*. Roberto Roland Rodrigues da Silva Junior (org.) et al. Rio de Janeiro, 2001. p. 127.

vaticinou: *A internet é a primeira coisa que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos*¹⁰.

Nesse contexto, há considerar que o campo para a propagação de condutas desviadas por meio de computadores tornou-se extremamente fértil, desvirtuando do verdadeiro sentido da internet, qual seja o intercâmbio de informações. Surgem, assim, os denominados crimes *virtuais*.

3 Da distinção entre crimes virtuais próprios e crimes virtuais praticados por meio do computador (impróprios)

Inicialmente, há duas grandes classificações que devem ser destacadas, de importância não meramente didática, mas de efeito prático significativo para o próprio enquadramento normativo do fato criminal.

De um lado, existem os denominados delitos virtuais propriamente ditos ou próprios, em que o bem jurídico efetivamente transgredido é a inviolabilidade de dados presentes em um computador. De outro, tem-se os delitos virtuais impróprios, em que o computador é um mero *instrumento* para ataques na rede¹¹. É o caso, vale dizer, da prática do delito de dano, previsto no Código Penal, que ocorre quando há a *destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia*. Curiosamente, a execução e consumação desse crime poderão ocorrer ainda que o agente se encontre fora do alcance do bem jurídico violado, simplesmente pela utilização de um computador. Tal é o incremento, que a ação criminosa pode, inclusive, ser realizada dentro da própria residência do infrator. Demonstra-se, assim, que essas condutas lesivas só podem ser praticadas por pessoas que possuam certa capacidade financeira e intelectual.

Segundo Felipe Cardoso Moreira de Oliveira,¹² os delitos virtuais próprios são assim definidos:

Constituem-se em ações realizadas com o intuito de destruir, obter, copiar ou alterar dados (objeto material) de uma unidade de computador ou, ainda, de uma rede. São condutas a serem praticadas especificamente contra os dados e, por consequência contra a capacidade funcional do sistema que os abriga. Como se percebe, sua realização somente se dá

¹⁰ FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. Jurisdição Metaterritorial para a Cibernética. *Lex*. São Paulo, [s.n]. Disponível em: <<http://www.lex.com.br>>. Acesso em: 24 dez 2008.

¹¹ JÚNIOR, Délio Lins e Silva. Crimes informático: vitimização e a questão do tipo objetivo. In: *Direito Penal Secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Fábio Roberto D'Avila; Paulo Vinícius Sporleder de Souza (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 314.

¹² OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. *Criminalidade informática*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: PUCRS. 2002. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito/Ciências Criminais/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

envolvendo, pelo menos, um computador. Caso não existissem computadores no mundo, tais delitos jamais seriam cogitados e, muito menos, perpetrados em nossa sociedade.

Quanto aos delitos virtuais impróprios, estes se caracterizam por serem crimes de meio, sendo utilizado o contexto virtual para a obtenção de um fim ilegal. A maioria dos delitos virtuais também ocorre no mundo real, sendo a internet apenas um facilitador, principalmente pelo anonimato que proporciona¹³.

Nessa mesma ordem de considerações, é a lição de Maria de La Luz Lima¹⁴, referentemente aos crimes virtuais:

Em um sentido amplo é qualquer conduta criminógena ou criminal que em sua realização faz uso da tecnologia eletrônica seja como método, meio ou fim e que, em um sentido estrito, o delito informático, é qualquer ato ilícito penal em que os computadores, suas técnicas e funções desempenham um papel, seja como método, meio ou fim.

Consoante Patrícia Peck Pinheiro¹⁵:

Os crimes virtuais têm modalidades distintas, dependendo do bem jurídico tutelado. Nesse sentido, podemos dar como exemplo o crime de interceptação de dados, que tem como bem jurídico tutelado os dados, ou seja, o que se quer é proteger a transmissão de dados e coibir o uso dessas informações para fins delituosos, como, por exemplo, captura de informações para envio de “e-mail bombing”¹⁶, o “e-mail com vírus”¹⁷, o “spam”. Esse tipo penal protege também a questão da inviolabilidade das correspondências eletrônicas.

Délio Lins e Silva Júnior¹⁸ não aceita o enquadramento dos delitos praticados por meio de computador como sendo delitos informáticos, justa-

¹³PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 249-250.

¹⁴LIMA, Maria de La Luz. *Delitos electrónicos. Criminalia*. Academia Mexicana de ciencias Penales. n. 1-6, año L, Enero-Junio. México, 1984. p. 100.

¹⁵PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 249-250.

¹⁶E-mail bombing : envio de e-mails imensos ou vários e-mails. Causa atraso na recepção e gasto adicional com conta telefônica.

¹⁷E-mail com vírus – envio de vírus anexado ao e-mail.

¹⁸JÚNIOR, Délio Lins e Silva. Crimes informáticos: vitimização e a questão do tipo objetivo. In: *Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Fábio Roberto D'Avila; Paulo Vinicius Sporleder de Souza (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 315.

mente por entender que tais práticas são equiparadas aos já tradicionais procedimentos previstos no Código Penal e em legislações esparsas, o que inviabilizaria a sua inserção na categoria dos delitos informáticos, cujo bem jurídico atacado é a inviolabilidade de dados armazenados no computador.

Continua o mesmo autor:¹⁹

A falta de atenção para tal diferenciação leva a doutrina a atribuir aos crimes informáticos conceitos amplos, que albergam não apenas a inviolabilidade de dados constantes em sistemas informáticos, mas também a própria utilização de um computador como mero meio de obtenção dos fins ilícitos pretendidos. Com efeito, se os crimes informáticos visam a tutelar a proteção de dados informáticos, seu corolário lógico deve ser a restrição de sua conceituação.

Não é essa a opinião, todavia, de Augusto Eduardo de Souza Rossini²⁰. Afirma o autor que a denominação “delitos informáticos” abrange toda e qualquer conduta em que haja relação (tanto de meio quanto de fim) com sistemas informáticos, e não somente as condutas perpetradas no contexto da internet. Ainda, o conceito englobaria os delitos em que a utilização do computador fosse uma mera ferramenta, *sem a imprescindível conexão à Rede Mundial de Computadores, ou a qualquer outro meio telemático. Ou seja, no caso de fraude em que o computador é usado como instrumento do crime, fora da internet.*

Oportuno que se apresentem as especificações relativas às duas principais modalidades de condutas virtuais praticadas na *web*, sob o enfoque dos bens jurídicos que visam tutelar e das características do próprio agir criminoso.

3.1 A receção tipológica dos crimes virtuais impróprios: a legislação existente

Com a enorme efusão da internet e a aparente impunidade dos atos criminosos de alguns maus usuários, o campo para a propagação de crimes cibernéticos tem se tornado extremamente atrativo. Notadamente pela possibilidade do anonimato das condutas transgressoras e a insipiência em que se encontram os estudos relativos a essa “novel” criminalidade, é imperioso que avancemos em certos dogmas arraigados em nossa cultura, principalmente a

¹⁹Idem. Ibidem. p. 315.

²⁰ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Informática, Telemática e Direito penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 110.

busca exclusivamente da lei penal como meio para a solução das mazelas sociais, para que consigamos combater com eficácia a inevitável disseminação dessa forma de prática delitiva.

Tratando-se dos crimes virtuais impróprios, tais condutas transgressoras instrumentalizadas pela internet em nada se diferem daquelas já previstas em nossa legislação penal, exceto pela necessidade de um computador.

Como bem acentuado por Angela Bittencourt Brasil²¹, *a semelhança dos crimes comuns com esses 'novos' crimes termina pela utilização do computador, para alcançar e manipular o seu sistema em proveito próprio ou para lesionar outrem.*

A necessidade de legislação específica sobre crimes de computador é irrelevante quando estivermos diante de condutas delituosas que já estejam previstas no estatuto repressivo e em leis esparsas, inexistindo qualquer alteração no que tange à adequação das condutas lesivas, via internet, com os tipos penais já existentes.

Nessa mesma ordem de considerações, preleciona José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto, especializado em informática e segurança de informações, em lembrança adequada por Gustavo Testa Corrêa²², que *A Internet não precisa de leis especiais, mas ser incorporada à realidade do país, bem assim, Toda legislação existente, seja de natureza penal, comercial ou civil, se aplica à internet.*

Patrícia Peck Pinheiro²³ refere que, especificamente no caso do Brasil, as infrações penais mais usuais, praticadas via rede mundial de computadores, são aquelas associadas ao delito de estelionato e à pedofilia.

Não destoam Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²⁴, ao afirmar que:

Se a rede é usada para a prática de crimes, usam-se os tipos penais existentes. Se se trata de pedofilia, serve-se do artigo 241 do ECA. Se ela for usada para o tráfico de drogas, a Lei de Tóxicos, ou mesmo o tipo da apologia de fato criminoso. Quando ocorrer violação de correspondência pela forma do e-mail, aplica-se o artigo 151 do Código Penal.

²¹BRASIL, Angela Bittencourt. *Informática jurídica: o ciber direito*. Rio de Janeiro: [s.n]. 2000. p. 37.

²²CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 59-60.

²³PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.252.

²⁴CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação, liberdade de expressão e internet. In: *Internet e Direito, Reflexões Doutrinárias*. Roberto Roland Rodrigues da Silva Junior (org.) et al. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 87.

Em artigo publicado no *site* Espaço Vital²⁵, intitulado *Levantamento mostra que já existem mais de 17 mil decisões judiciais envolvendo problemas na Internet*, há um elenco de alguns tipos penais que se amoldam às condutas danosas de usuários do ciberespaço:

A lista de ilícitos é extensa: insultar a honra de alguém (calúnia – artigo 138), espalhar boatos eletrônicos sobre pessoas (difamação – artigo 139), insultar pessoas considerando suas características ou utilizar apelidos grosseiros (injúria – artigo 140), ameaçar alguém (ameaça – artigo 147) e utilizar dados da conta bancária de outrem para desvio ou saque de dinheiro (furto – artigo 155).

Também comentar, em chats, e-mails e outros, de forma negativa, sobre raças, religiões e etnias (preconceito ou discriminação – artigo 20 da Lei nº 7.716/89), enviar, trocar fotos de crianças nuas (pedofilia – artigo 247 da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente).

Grande parcela das ocorrências delitivas que se apresentam na seara da informática, frize-se, já encontra tutela no ordenamento jurídico vigente. Talvez não de forma adequada, contudo não é crível que se infira que certos delitos virtuais *estejam entregues a um limbo legal, sendo impossível a solução dos conflitos que se apresentam ao mundo jurídico sem a elaboração de um ou vários novos diplomas normativos*²⁶.

Em ilustrativo caso de possibilidade de aplicação dos tipos penais existentes para os “fatos informáticos” de caráter delituoso, em especial atenção aos crimes de estelionato e extorsão, previstos, respectivamente, nos artigos 171 e 158, ambos do Estatuto Repressivo, Júlio César Werneck Martins²⁷ traz à baila os chamados “sequestros virtuais”.

Tal denominação deu-se em razão de uma prática que surgiu por ações de *hackers*, que invadiam sistemas informáticos e modificavam todas as senhas de acesso existentes, impedindo, com isso, que os titulares, proprietários dos dados contidos em um sistema digital, tivessem livre acesso a esses.

Aduz o autor, ainda, que esse agir infracional seria o mesmo *que invadir uma residência e trocar todas as fechaduras das portas, impedindo o acesso dos verdadeiros donos ou locatários*.

²⁵S.n. *Levantamento mostra que já existem mais de 17 mil decisões judiciais envolvendo problemas na Internet*. Espaço Vital. Porto Alegre: [s.n.], 2008. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br>>. Acesso em: 08 dez 2008.

²⁶MARTINS, Júlio César Werneck. O Hackerismo e a defesa da propriedade virtual: O Patrimônio da Informação. In: *Internet e Direito, Refl exões Doutrinárias*. Roberto Roland Rodrigues da Silva Junior (org.) et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 185.

²⁷Idem. *Ibidem*. p. 185.

Diante da impossibilidade de disporem de informações e conteúdos importantes de uso exclusivo e sigiloso, comprometendo sobremaneira o exercício de atividades corriqueiras, empresários submetem-se a legítimas extorsões, tornando-se vítimas das ações criminosas dos *hackers*. Sem alternativa, efetivam-se os pagamentos das quantias exigidas pelos invasores de modo a recuperar o controle dos dados extraviados.

Ademais, continua o autor: *Poderia a empresa adotar postura mais radical, simplesmente derrubando o sistema e reinstalando um novo, porém tal atitude implicaria na destruição de suas informações homem-homem, não apenas a homem-máquina, o que seria desastroso*²⁸.

Carla Rodrigues Araújo de Castro²⁹ menciona outros tipos penais instrumentalizados por computador (crimes virtuais impróprios):

artigo 208 (Escárnio por Motivo de religião); artigo 228 (Favorecimento da Prostituição); artigo 233 (Ato obsceno); artigo 234 (Escrito ou objeto obsceno); artigo 286 (Incitação ao Crime); artigo 287 (Apologia de Crime ou Criminoso); artigo 50 do Decreto-Lei n.º 3.688/41 (Jogos de Azar); artigo 241 da Lei n.º 8.069/90 (Pedofilia); artigos 1.º e 20 da Lei n.º 7.716/89 (Crime de Preconceito e Discriminação); artigos 22 e 23 da Lei n.º 7.170/83 (Crimes Contra a Segurança Nacional); Lei n.º 9.279/96 (Crimes Contra a Propriedade Industrial), artigo 1.º da Lei 9.613/98 (Crime de Lavagem de Dinheiro).

Os crimes contra a propriedade imaterial (de múltiplas condutas), – artigo 184 do Código Penal – praticados via computador, também podem ser classificados em crimes virtuais impróprios, ou seja, são realizáveis por meio da utilização de um sistema computacional, o qual é apenas instrumento para a prática infracional.

3.2 A recepção tipológica dos crimes virtuais próprios: a legislação existente

Anotação que se faz necessária, é a delimitação da abrangência dos delitos virtuais próprios, realizada a partir de uma análise do bem jurídico tutelado, sugerida por Felipe Cardoso Moreira de Oliveira³⁰, *in verbis*:

²⁸ Idem. Ibidem. p. 185.

²⁹ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 16-69.

³⁰ OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. *Criminalidade informática*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: PUCRS. 2002. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito/Ciências Criminais/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

Os delitos informáticos constituem-se em ações realizadas com o intuito de destruir, obter, copiar ou alterar dados (objeto material) de uma unidade de computador ou, ainda, de uma rede. São condutas a serem praticadas especificamente contra os dados e, por consequência contra a capacidade funcional do sistema que os abriga.

Relativamente aos delitos em espécie, previstos no Diploma Penal e em legislações especiais, Carla Rodrigues Araújo de Castro³¹ apresenta as seguintes hipóteses de condutas violadoras da “capacidade funcional do sistema computacional” (crimes virtuais próprios):

Interceptação de *E-mail* (Comunicações):

O sigilo das correspondências constitui uma garantia constitucional prevista no artigo 5.º, XII. Correspondência é uma troca de informações entre pessoas ausentes, que pode ser feita por cartas, bilhetes e agora por computador. O e-mail nada mais é do que uma correspondência enviada pela Internet³².

Segundo a autora, em nossa legislação haveria duas regras aptas a proteger o *e-mail*, perfazendo um conflito aparente de normas. São elas: O artigo 40³³ da Lei n.º 6.538/78 e o artigo 10³⁴ da Lei n.º 9.296/96, que traz eficácia ao inciso XII, parte final, do artigo 5.º da Constituição Federal. Por ser regramento especial, parece razoável inferir-se que o último dispositivo é que deveria prevalecer³⁵.

Trata-se de norma penal que visa a tutelar a comunicação telefônica e telemática, *sendo esta a junção da comunicação com os meios de informática*³⁶.

³¹CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes informática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.21. 32 Idem.

³²Ibidem. p. 21.

³³Art. 40. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem: Pena – detenção, até 6 (seis) meses, ou pagamento não excedente a 20 (vinte) dias-multa.

³⁴Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

³⁵CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

³⁶Idem. Ibidem. p. 22.

Inserção de Dados Falsos em Sistema de Informações – Artigo 313-A³⁷ do Código Penal:

Esse tipo penal foi inserido no CP pela Lei n.º 9.983 de 14/07/2000, no capítulo dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública. Os bens jurídicos tutelados são a probidade da Administração Pública e o sistema de informação e programas por ela utilizados. Trata-se de crime de informática próprio, posto que só pode ser praticado com o auxílio do computador³⁸.

Da mesma forma que o artigo 313-A do Estatuto Repressivo, o delito de Modificação ou Alteração não Autorizada de Sistema de Informação (Artigo 313-B³⁹ do mesmo Diploma) surgiu com o implemento da Lei n.º 9.983/2000. Somente pode ser praticado por funcionário público contra a Administração Pública. Os bens jurídicos tutelados são a probidade da Administração Pública e o sistema de informação por ela utilizado⁴⁰.

4 Crítica ao Projeto de Lei

A iminente aprovação do Projeto de Lei Substitutivo (ao PLS 76/2000, PLS 137/2000 e PLC 89/2003), de iniciativa do Senador Eduardo Azeredo, já submetido à análise do Plenário do Senado brasileiro, que busca *tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares*, suscita alguns questionamentos referentemente aos reflexos que surtirá em nosso contexto.

Fruto de um processo legislativo calcado em um ideário de extrema repressão, o Projeto de Lei Substitutivo define como criminosas algumas condutas na internet, até então inofensivas, e o estabelecimento de penas severas para os pretensos infratores.

Percebe-se, mais uma vez, que o Direito Penal alcança *status* de apaziguador dos problemas sociais oriundos do natural incremento da tecnologia e do aperfeiçoamento, por via de consequência, dos métodos de competi-

³⁷ Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário público autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

³⁸ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de Informática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

³⁹ Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: Pena – detenção, de (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁴⁰ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

mento de ilícitos. O Estado, não cumprindo com o dever social que lhe é peculiar, utiliza-se do Direito Penal como *prima ratio* e estabelece regime extremamente rigoroso em pleno Estado Democrático de Direito.

Não adianta valer-se de leis penais, cumpre dizer, violadoras de princípios constitucionais, com o pretexto de apaziguar a coletividade e restaurar a tranquilidade ameaçada por certos transtornos sociais se esse aparente restabelecimento da normalidade cria verdadeiras ficções jurídicas e rompe com garantias individuais categoricamente chanceladas no texto constitucional.

Tais medidas excepcionais transmitem erroneamente à sociedade e, principalmente, aos meios de comunicação impresso e digital – formadores de opinião –, a sensação de que não há alternativa para a proteção do patrimônio e para a segurança de outros bens igualmente relevantes a não ser por meio do rigorismo penal.

Sob essa ideologia de enfrentamento dos problemas sociais e, diante da política criminal adotada pelo Estado, é que se encaminha a vindoura “Lei dos Crimes na Internet”, que transformará a rede num espaço virtual de medo, território em que todos seremos suspeitos e potenciais criminosos.

Não por outras razões, pesquisadores e professores brasileiros encaminharam ao Congresso Nacional um manifesto, intitulado: *Em defesa da liberdade e do progresso do conhecimento na internet brasileira*, reivindicando aos parlamentares a rejeição do Projeto Substitutivo do Senador Eduardo Azeredo, conforme trecho que segue:

Se, como diz o projeto de lei, é crime “obter ou transferir dado ou informação disponível em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, sem autorização ou em desconformidade à autorização, do legítimo titular, quando exigida”, não podemos mais fazer nada na rede. O simples ato de acessar um site já seria um crime por “cópia sem pedir autorização” na memória “viva” (RAM) temporária do computador. Deveríamos considerar todos os browsers ilegais por criarem caches de páginas sem pedir autorização, e sem mesmo avisar ao mais comum dos usuários que eles estão copiando. Citar um trecho de uma matéria de um jornal ou outra publicação on-line em um blog, também seria crime. O projeto, se aprovado, colocaria a prática do “blogging” na ilegalidade, bem como as máquinas de busca, já que elas copiam trechos de sites e blogs sem pedir autorização de ninguém!

Se formos aplicar uma lei como essa às universidades, teríamos que considerar a ciência como uma atividade criminosa já que ela progride ao

"transferir dado ou informação disponível em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado", "sem pedir a autorização dos autores" (citamos, mas não pedimos autorização aos autores para citá-los). Se levarmos o projeto de lei a sério, devemos nos perguntar como poderíamos pensar, criar e difundir conhecimento sem sermos criminosos⁴¹.

Vê-se, assim, que o Projeto de Lei Substitutivo apresenta relevantes indagações que necessitam ser enfrentadas, com repercussão direta em atividades realizáveis por meio do uso do computador e da internet. Sobre os dispositivos mais polêmicos da iminente "Lei dos Crimes na Internet" o tópico que se segue abordará o tema de forma pormenorizada.

4.1 A análise dos artigos

Conforme texto veiculado pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas⁴², do Estado do Rio de Janeiro, é possível fazer algumas ponderações acerca dos tipos penais constantes no Projeto de Lei Substitutivo, aprovado no dia 9 de julho de 2008, pelo Plenário do Senado Federal.

O Projeto de Lei prevê a criminalização de algumas condutas de usuários do ciberespaço. Necessitam de especial atenção, pela polêmica que encerram, as seguintes modalidades infracionais:

Artigo 285-A. Acessar, mediante violação de segurança, rede de computadores, dispositivo de comunicação, ou sistema informatizado, protegidos por expressa restrição de acesso: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Se o agente se vale de nome falso ou da utilização de identidade de terceiros para a prática do crime, a pena é aumentada de sexta parte.

Tal previsão do projeto transforma condutas banais de usuários da internet em tipos criminais, com apenamento extremamente severo como forma de sancionamento. Ainda, pela circunstância de não haver qualquer menção do que seria *expressa restrição de acesso*, isso dá ensejo

⁴¹LOBATO, Elvira. Baixar arquivo na internet pode virar crime. *Folha On Line*. São Paulo: [s.n.], 2008. Disponível em : <<http://www.folha.com.br>>. Acesso em: 16 dez 2008.

⁴²PROTASIO, Arthur. *Esclareça suas dúvidas sobre os vários problemas do Projeto de Cybercrimes, aprovado pelo Senado*. A2kbrasil. Rio de Janeiro: [s.n.], 2008. Disponível em : <<http://www.a2kbrasil.org.br>>. Acesso em: 16 dez 2008.

a uma série de possibilidades de restrições, como a legal, contratual ou tecnológica⁴³.

Exemplo 1: Desbloqueio de celular de uma operadora para ser acessado em outra. Configura 'acesso a dispositivo de comunicação protegido por expressa restrição de acesso, mediante violação de segurança'⁴⁴.

Exemplo 2: Desbloquear um aparelho de DVD (para que ele funcione com filmes de qualquer região). Configura 'acesso a sistema informatizado protegido por expressa restrição de acesso, mediante violação de segurança'⁴⁵.

Artigo 285-B. Obter ou transferir, sem autorização ou em desconformidade com autorização do legítimo titular da rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, protegidos por expressa restrição de acesso, dado ou informação neles disponível: Pena - 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão, e multa. Parágrafo único. Se o dado ou informação obtida desautorizadamente é fornecida a terceiros, a pena é aumentada de um terço.

Novamente são criminalizadas condutas absolutamente triviais, cabendo ao legítimo titular a prerrogativa de “completar” a lei, podendo escrever como quiser a sua “autorização”, que, uma vez violada, configura o delito⁴⁶.

Exemplo 1: Acessar um site em violação a seus termos de uso. Configura 'obtenção de dados em desconformidade com autorização do legítimo titular de sistema informatizado protegido por expressa restrição de acesso'⁴⁷.

Ademais, Note que a "expressa restrição de acesso" consiste nos próprios termos de uso do site. Para sites que não possuem termos de uso (um blog, por exemplo) o problema continua, já que o conteúdo dos mesmos é protegido pela lei de direitos autorais (ou seja, esta também é uma "expressa restrição de acesso", que como dito acima, pode ser tecnológica, jurídica ou contratual)⁴⁸.

⁴³ Idem. Ibidem.

⁴⁴ Idem. Ibidem.

⁴⁵ Idem. Ibidem.

⁴⁶ Idem. Ibidem.

⁴⁷ Idem. Ibidem.

⁴⁸ Idem. Ibidem.

Exemplo 2: “Resgatar música de um iPod de volta para o computador. Configura ‘obter dado em desconformidade com a autorização do legítimo titular do dispositivo de comunicação ou sistema informatizado’⁴⁹.

Artigo 163-A. Inserir ou difundir código malicioso em dispositivo de comunicação, rede de computadores ou sistema informatizado. Parágrafo 1.º. Se do crime resulta destruição, inutilização, deterioração, alteração, dificuldade do funcionamento, ou funcionamento desautorizado pelo legítimo titular, de dispositivo de comunicação, de rede de computadores, ou de sistema informatizado: Pena - 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A conduta tipificada traz uma abrangência que ultrapassa o conceito de “vírus”:

Ele diz respeito a qualquer programa que resulte na ‘alteração’, ‘dificultação do funcionamento’ ou ‘funcionamento desautorizado pelo legítimo titular’⁵⁰.

Exemplo 1: Desbloqueio do iPhone utilizando um software compatível, configura ‘inserir código malicioso em dispositivo de comunicação que resulta em funcionamento desautorizado pelo legítimo titular’⁵¹.

Artigo 22. O responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores mundial, comercial ou do setor público é obrigado a: III. informar, de maneira sigilosa, à autoridade competente, denúncia que tenha recebido e que contenha indícios da prática de crime sujeito a acionamento penal público incondicionado, cuja perpetração haja ocorrido no âmbito da rede de computadores sob sua responsabilidade.

Estes são os principais equívocos do dispositivo:

A denúncia não deveria ser feita diretamente à autoridade competente? O provedor, nesse sentido, não tem a obrigação de receber denúncias. Como não existe restrição para que qualquer interessado possa enviar denúncias aos provedores, isso cria uma espécie de ‘indústria de denúncias’. Além disso, a própria definição de ‘provedor’ não é clara no texto da lei (há vários tipos de provedores de acesso: à rede, a conteúdo, a serviços online etc.)⁵².

⁴⁹Idem.Ibidem.

⁵⁰Idem.Ibidem.

⁵¹Idem.Ibidem.

⁵²Idem.Ibidem.

Exemplo: Cria-se um blog em um provedor brasileiro por algum usuário, este blog possui 'links patrocinados'. Alguém denuncia a pessoa ao provedor, que por sua vez é obrigado a denunciá-lo à autoridade competente⁵³.

Se isso não bastasse, o profano – provedor – ainda deve possuir conhecimento técnico-jurídico suficiente para aferir se determinada conduta de usuário seu é ou não ensejadora de um “acionamento penal público incondicionado”. Ainda:

Com o novo dispositivo, interessados (como a indústria do conteúdo) podem evitar completamente um processo prévio de identificação, ficando prejudicado o direito constitucional de devido processo legal. Isso ocorre porque a partir da simples denúncia ao provedor de acesso, este fica obrigado a encaminhá-la imediatamente à autoridade competente, conforme prevê o dispositivo, podendo inclusive mandar os dados do usuário vinculado ao IPs "denunciado". Dessa forma, ocorrerá automaticamente a identificação do usuário, ao arrepio do devido processo legal⁵⁴.

Evidente, pois, a ausência de cientificidade na proposta parlamentar que visa à regulamentação do agir no âmbito informático, estando em total desintonia com o princípio constitucional implícito da proporcionalidade e da razoabilidade, este agora expressamente esculpido no artigo 5º da *norma normarum*, conforme se clarificencia no comando que subjaz de seu inciso LXXVII.

A natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal de mínima intervenção está longe de ser alcançada no Projeto de Lei Substitutivo, sendo oportuna a lição de Claus Roxin⁵⁵, quando aduz, com grande proficiência, que: *onde bastarem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se*.

5 Criminalidade contemporânea e a tutela penal subsidiária

Conforme referido em tópicos precedentes, é notório que a propalação crescente das facilidades trazidas pela internet e a inevitável sensação de impunidade dos atos criminosos de alguns usuários, que veem na rede um

⁵³Idem.Ibidem.

⁵⁴Idem.Ibidem.

⁵⁵ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1986. p.29.

encorajador espaço para a prática de atividades ilegais até então impensáveis, traz como apanágio o aumento dos crimes cibernéticos, peculiar às reflexões atinentes à criminalidade contemporânea.

A presença do meio digital, permeando todas as atividades humanas, já havia sido motivo de preocupação da magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, de forma pioneira, ainda no ano de 1983.

No início, a inserção da computação no meio jurídico e social no Brasil demandava uma discussão mais aprofundada sobre os efeitos da informática nas relações intersubjetivas, bem como o aperfeiçoamento dos novos conceitos que estavam sendo apresentados ao judiciário.

Na obra *Juscibernética*⁵⁶, publicada pelo Departamento de Estudos da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, foram apresentadas as noções de cibernética e a sua relação com o computador. Juscibernética seria um termo convencional que indica as relações entre Direito e cibernética. O direito do qual se ocupa a informática jurídica é o direito positivo, isto é, o conjunto das normas da convivência social, providas de sanção.

Como advertiu Júlio César Werneck Martins⁵⁷, *ao operador do direito que tencione aventurar-se no mundo do “direito e internet”, não é permitido o “analfabetismo cibernético”*.

Tal advertência é uma realidade que não podemos ignorar, segundo dados publicados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil e outros⁵⁸:

1,5 bilhão é quanto os bancos gastam por ano no combate a fraudes eletrônicas; 300 milhões foi o prejuízo dos bancos com fraudes em 2005 (último dado informado) e 3 de cada 4 spams estão contaminados com códigos maliciosos e podem conter programas para roubar senha bancárias.

Estamos enfrentando o completo desvirtuamento do verdadeiro sentido do uso do computador e da internet. Diante disso, torna-se impreterível a implementação de estudos que objetivem a inibição dos efeitos danosos surgidos com o aprimoramento da tecnologia.

⁵⁶ LOSANO, Mario G. Juscibernética. Edição da Diretoria da Revista de Jurisprudência e Outros Impressos do Tribunal de Justiça. *Ajuris*, [s.n.], 1983. p. 11.

⁵⁷ MARTINS, Júlio César Werneck. O Hackerismo e a defesa da propriedade virtual: o patrimônio da informação. In: *Internet e Direito, Reflexões Doutrinárias*. Roberto Roland Rodrigues da Silva Junior (org.) et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 173.

⁵⁸ Fontes: Comitê Gestor da Internet no Brasil, Febraban, FBI, Consultoria em Segurança Iron Port. S.n. Golpe Eletrônico. Reportagem Especial. Jornal Zero Hora. Porto Alegre, 9 de setembro de 2008. p. 5.

São positivas as perspectivas de uma gradativa adaptação dos conceitos e interpretação das normas criminais, de forma mais condizente com as práticas infracionais virtuais, todavia não parece razoável que se persista na elaboração sistemática de leis penais a cada adaptação do agir criminoso, em completo desprestígio aos demais mecanismos de controle existentes.

Talvez seja essa uma das razões que levou Pedro J. Montano Gómez⁵⁹ a tecer o seguinte posicionamento:

La consecuencia en la actualidad, es que apesar de existir esas leyes específicas e innovadoras, éstas han sido de escasa aplicación y también han presentado lagunas y dificultades de interpretación porque, al ingresar en la casuística descripción de nuevas situaciones, forzosamente ya han quedado obsoletas, a pesar del corto lapso transcurrido. Puede afirmarse que – a pesar de los esfuerzos – no han sido aun una verdadera solución al problema.

Apregoa o autor uruguaio, ainda, que o combate aos crimes perfectibilizados com o auxílio de recursos tecnológicos não seria uma novidade para a história do Direito Penal. Basta recordarmos, por exemplo, do surgimento da energia elétrica, quando delitos passaram a ser praticados por meio da utilização dessa tecnologia, sem que com isso fosse necessária a implementação de novos tipos penais⁶⁰.

Termina Pedro J. Montano Gómez⁶¹: *El automóvil se vio como un nuevo instrumento u objeto para cometer delitos clásicos, como las lesiones, el homicidio, el hurto o el daños.*

Imperioso observar, as legislações que procuraram adaptar-se às novas roupagens de apresentação dos delitos não resolveram de forma eficiente o que objetivavam, isto é: fornecer obstáculos às condutas desregradas. Com a possível aprovação da “Lei dos Crimes na Internet”, a tendência, pelo que se tem observado nos últimos anos, deverá ser o insucesso da tentativa do Estado de depositar novamente no Direito Penal uma responsabilidade que não lhe deveria caber.

⁵⁹GÓMEZ, Pedro J. Montano. Delitos Informáticos y los Tipos que Exigen la “Cosa Ajena Mueble”. Justiça Penal 7. In: *Críticas e Sugestões*. Justiça Criminal Moderna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 337.

⁶⁰Idem. Ibidem, p. 337.

⁶¹Idem Ibidem, p. 339.

É justamente nesse contexto que se insere a discussão acerca da necessidade da *intervenção do Direito Penal na seara do mais moderno, revolucionário e emblemático conhecimento humano*, aduz Rossini⁶².

Em linha meridiana, indaga o autor:

Qual dos ramos do Direito, dentre todos, fornecerá a ferramenta para que se chegue o mais rapidamente à solução⁶³. Ainda: Há a efetiva necessidade de se estabelecer um sistema composto por novos tipos penais que, juntamente com outros delitos já consagrados, constituiriam as “infrações penais telemáticas”⁶⁴

A “Lei de Direitos Autorais” (n.º 9.610/98), de abrangência civil, que protege *os direitos de autor e os que lhes são conexos*, é o Diploma Legal apropriado para dispor acerca de direitos violados na seara virtual.

Havendo na legislação pátria dispositivo legal suficiente para coibir o agir cibernético ilegal, resta indagar se há real necessidade de tutelar, de forma mais rigorosa, as condutas comuns na seara virtual. Acresce-se a esse dilema, a circunstância de que se está tratando de direitos individuais consagrados na Lei Maior, e que devem ser considerados, em toda sua amplitude, quando da busca de um controle social por meio de legislação repressiva. Aí a relevância de se ponderar os princípios norteadores da razoabilidade e proporcionalidade, porquanto limitam os excessos punitivos.

Conforme apregoadado por Carlos Bernal Pulido⁶⁵:

A proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental.

Não destoa Ingo Sarlet⁶⁶ quando informa que o princípio da proporcionalidade deve servir tanto para controlar os excessos do Estado, em detrimento

⁶²ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, Telemática e Direito penal*.: São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 127.

⁶³Idem. *Ibidem*, p. 127.

⁶⁴Idem. *Ibidem*, p. 126.

⁶⁵PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002. p. 805.

⁶⁶SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 12, ano 3, 2003. p. 87.

to dos direitos fundamentais, quanto para cobrar uma efetiva prestação que não esteja sendo atendida e que venha, conseqüentemente, acarretar algum prejuízo a direito individual ou social. É o que se denominou de dupla face de proteção dos direitos fundamentais, uma positiva e outra negativa. Frente ao Estado e por meio do Estado.

Em defluência, reitera-se a desnecessidade de criação legislativa, de coloração repressivo-penal, porquanto representaria um efetivo rigorismo legal, excesso punitivo, em havendo regramento em vigor no país, de natureza civil, mais condizente para a obtenção do restabelecimento de bens e direitos de titularidade de usuários da *web*, eventualmente atingidos por práticas ilícitas. E o mais relevante, sem afrontar direitos individuais esculpido categoricamente na Carta política de 1988.

6 Considerações finais

O desenvolvimento dos estudos iniciais e o efetivo surgimento da internet remontam a um período da história mundial em que a tecnologia avançava a passos largos. Fruto das inovações advindas com a nova realidade presenciada na época, o campo para a propagação de condutas desviadas por meio de computadores tornou-se extremamente fértil.

Diante desse panorama, incrementou-se o agir criminoso mediante um *modus operandi* que, sob certo aspecto, trouxe novos contornos às práticas delitivas tradicionais, tornado-as “requintadas” em razão da complexidade exigida para o manuseio técnico do computador – execução – e, conseqüentemente, consumação do desiderato criminoso arquitetado. Não poderiam, evidentemente, o Estado e suas instituições, bem como o Direito e os estudos criminológicos, negarem o enfrentamento dessas questões. Impulsionou-se, assim, uma construção dogmática no sentido de classificar e especificar, em tipos penais existentes no ordenamento jurídico pátrio, alguns dos delitos virtuais que vinham sendo perpetrados, bem assim definir qual seria o bem jurídico violado na prática do delito virtual puro.

O Projeto de Lei Substitutivo (ao PLS 76/2000, PLS 137/2000 e PLC 89/2003), aprovado pelo Plenário do Senado brasileiro, trouxe à tona a problemática da criminalização de fatos sociais como forma de coibir ações transgressoras decorrentes da inovação tecnológica. O Projeto de Lei prevê a tipificação de algumas condutas de usuários do ciberespaço, até então consideradas corriqueiras e inofensivas, rompendo com garantias constitucionais basilares do cidadão. Para a aprovação de qualquer documento regulamentador em nosso país, máxime o de natureza sancionatória, mister proposta parlamentar que contenha tecnicidade e cientifi-

cidade suficientes para que não se incorra em equívoco legislativo, comprometendo garantias individuais.

Destarte, desnecessária a elaboração de leis de coloração repressivo-penal na seara virtual, porquanto representaria um efetivo rigorismo legal, excesso punitivo, quando já há normatizações em vigor no país – tanto de repercussão civil (Lei n.º 9.610/98), que trata dos Direitos Autorais, quanto criminal (artigo 184 do Código Penal) – mais propícias à obtenção do restabelecimento de bens e direitos de titularidade de usuários do ciberespaço, eventualmente atingidos por práticas ilegais, sem qualquer afronta a direitos individuais de rubrica categórica na Lei Maior.

Referências

- BRASIL, Angela Bittencourt. *Informática jurídica : O ciber direito*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2000.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de informação, liberdade de expressão e internet. In: *Internet e direito, reflexões doutrinárias*. Roberto Roland Rodrigues da Silva Junior (org.) et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. *Jurisdição Metaterritorial para a Cibernética*. Lex , São Paulo, [s.n] , 2006. Disponível em <<http://www.lex.com.br>>. Acesso em: 24 dez 2008.
- FILHO, Luna; PEREIRA, Eury. *Internet no Brasil e o Direito no Ciberespaço*. Infojus, Rio de Janeiro, [s.n], 1999. Disponível em <<http://www.infojus.com.br>>. Acesso em: 03 dez. 2008.
- GÓMEZ, Pedro J. Montano. Delitos informáticos y los tipos que exigen la “Cosa Ajena Mueble”. Justiça Penal 7. In: *Críticas e Sugestões*. Justiça Criminal Moderna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GUERRA. Sidney César S. O Direito à Privacidade e a Internet. In: *Internet e Direito, Reflexões Doutrinárias*. Roberto Roland Rodrigues da Silva Junior (org.) et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- JÚNIOR, Délio Lins e Silva. Crimes informáticos: vitimização e a questão do tipo objetivo. In: *Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. Fábio Roberto D’Avila; Paulo Vinícius Sporleder de Souza (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LÉVY, Pierre. A Revolução Contemporânea em Matéria de Comunicação. In: *Informática e Democracia*. Rio de Janeiro: UERJ, 2000.

LIMA, Maria de La Luz. Delitos Electrónicos. *Criminalia. Academia Mexicana de ciencias Penales*, México, Porrúa, Enero-Junio, n. 1-6, año L., 1984.

LOSANO, Mario G. Juscibernética. Edição da Diretoria da Revista de Jurisprudência e Outros Impressos do Tribunal de Justiça. *Ajuris*, [s.n], 1983.

MARTINS, Júlio César Werneck. O Hackerismo e a defesa da propriedade virtual: O patrimônio da informação. In: *Internet e Direito, Reflexões Doutrinárias*. Roberto Roland Rodrigues da Silva Junior (org.) et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. *Criminalidade Informática*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS. 2002. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito/Ciências Criminais/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PROTASIO, Arthur. *Esclareça suas Dúvidas sobre os vários problemas do Projeto de Cybercrimes aprovado pelo Senado*. In: *A2kbrasil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2008. Disponível em :<http://www.a2kbrasil.org.br>>. Acesso em:16 dez. 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, telemática e Direito penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1986.

SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de estudos Criminais*, Sapucaia do Sul, n. 12, ano 3. 10, 2003.

S.n. *Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a da libertad de expresión*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madri, n. 53, mayo/agosto , 1998.

S.n. *Levantamento mostra que já existem mais de 17 mil decisões judiciais envolvendo problemas na Internet*. Espaço Vital. Porto Alegre: 2008.
Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

Antonio Braz Rolim Filho

Bacharel em Direito

Cynara Rodrigues Carneiro

Professora da UFCG

1 Introdução

Este artigo se propõe a analisar a atuação do Ministério Público no processo de execução penal, verificando as suas atribuições, mais detidamente no que concerne à introdução trazida pela Lei nº 10.792/03, que instituiu o regime disciplinar diferenciado, alterando a Lei nº 7.210/84 (LEP) e o Código de Processo Penal, e incluindo uma nova forma de sanção disciplinar para os presos definitivos e provisórios.

Embora o assunto já tenha sido tratado inúmeras vezes por pesquisadores e doutrinadores de renome, inclusive com a análise da constitucionalidade do dispositivo, o presente trabalho busca apresentar, de forma pragmática, a questão da aplicação prática do instituto, do ponto de vista do Órgão titular da ação penal pública, elencando os motivos da necessidade de aplicação do RDD nos dias atuais.

Tendo em vista a existência de um “Estado Paralelo”, organizado e em crescente desenvolvimento, e, mais ainda, considerando a ineficácia do sistema penitenciário nacional, o legislador ordinário concebeu a Lei nº 10.792/03, com a finalidade de limitar a atuação dos líderes das facções criminosas.

Dessa forma, na tarefa de apresentar uma justificativa que considere necessária a criação do RDD, passa-se a tratar do tema.

1.1 O Ministério Público na Defesa da Ordem Jurídica

De contornos estruturais bem recentes, mais precisamente fixados pela Constituição Federal de 1988, a instituição conhecida por Ministério Público ainda é novidade para a maioria da população.

Com a independência que lhe conferiu o constituinte de 1988, através do fenômeno da institucionalização, o *Parquet*, como é chamado no meio jurídico, recebeu a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis¹.

¹Art. 127- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

Não obstante a definição de curador dos interesses sociais que lhe conferiu a Magna Carta, permanece, ainda, incrustada na mente das pessoas, a ideia de que o Ministério Público é o órgão acusador, voltado apenas para a persecução penal do Estado contra o particular.

Muito embora não esteja inteiramente correta a afirmação popular, a função acusatória, por si só, já é considerada uma fonte de resguardo do ordenamento jurídico, pois, como bem preceitua Hugo Nigro Mazzille (1991, p. 11):

É fundamental deixar claro que, por paradoxal que possa parecer, seu mister acusatório já constitui o primeiro fator de proteção das liberdades individuais, por assegurar o contraditório na acusação e possibilitar a presença de um juiz imparcial porque desvinculado do ônus de acusar².

A participação do Promotor de Justiça visa justamente assegurar um julgamento justo, evitando, assim, o episódio do juiz inquisidor, tão difundido em tempos remotos, quando acumulava as funções de acusar, defender e julgar, tudo ao mesmo tempo, demonstrando um verdadeiro malefício para o réu.

O argumento de que o Promotor de Justiça apenas acusa e coloca o cidadão na cadeia não pode mais ser difundido, uma vez que o órgão exerce tarefa das mais fascinantes, consubstanciada na promoção da Justiça para uma coletividade indeterminada de pessoas.

No campo criminal, no entanto, ao contrário do que pensam os leigos, o Órgão Ministerial não está vinculado ao critério acusatório. Tem ele plena liberdade de atuação, podendo e/ou devendo, quando convencido pelas circunstâncias do caso, pedir a absolvição ou recorrer em favor do acusado. Fato que muitas vezes acontece na execução das penas, notadamente quando um apenado já cumpriu com a reprimenda que lhe foi imposta e ainda continua preso, sem o amparo adequado da defensoria pública e sem ter a quem recorrer.

Nas visitas que faz aos estabelecimentos penais, na função de fiscal da execução da pena³, tomando conhecimento de uma situação de ilegalidade na prisão de um apenado, o Promotor de Justiça deve requerer ao Juízo das execuções penais a imediata libertação do detento, promovendo, desta forma, Justiça com eficiência.

Especificamente sob o prisma da execução penal, a atuação do Ministério Público é de relevante importância, sendo incluído pela lei no rol

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.11.

³ Art. 67 da Lei nº 7.210/84.

dos órgãos de execução penal⁴ oficiando em todos os feitos do processo de execução, podendo requerer medidas que considere urgentes e expedir recomendações para a adequada aplicação da lei.

Questão interessante tem sido a da participação do Órgão do Ministério Público como parte no processo de execução penal, divergindo a doutrina sobre o tema. Uma pequena parcela entende que a Lei de Execuções Penais é clara e taxativa ao colocar o *Parquet* apenas como fiscalizador da execução.

Inobstante o enquadramento legal e o argumento dos que entendem desta forma, a melhor doutrina afirma ser o Ministério Público fiscal e, muitas vezes, parte no processo de execução. Essa afirmação deriva de um raciocínio lógico: embora na instrução criminal se admita a atuação do particular na promoção da ação penal, nos casos em que se permite a queixa-crime, no processo de execução esta participação privada é vedada, por ser atributo exclusivo do Estado a execução das penas, incumbindo ao Ministério Público a fiscalização e a promoção de medidas que entender de direito, inclusive, como dito, na defesa do apenado.

Conforme o crivo de Renato Marcão (2008, p. 5):

Decorrendo de sentença ou decisão criminal de ação penal pública, condicionada ou incondicionada, ou mesmo de ação penal privada, em qualquer de suas modalidades, a execução será sempre de natureza pública⁵.

a) b) c) d) e) Igualmente, em diversos dispositivos, a Lei de Execuções Penais demonstra a atuação do Promotor de Justiça como parte no processo de execução penal, como consta do art. 68, II e III, do aludido diploma⁶.

Não é demais ressaltar que, embora na condição de parte no processo de execução, não há uma perseguição desenfreada do Ministério Público contra o condenado, a fim de que este seja punido a qualquer custo. Deve o

⁴Idem. *Ibidem*.

⁵MARCÃO, Renato Flávio. *Curso de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

⁶Art. 68. Incumbe ainda ao Ministério Público:

II – Requerer:

a) Todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) A instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

c) A aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

d) A conversão das penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

e) A internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

III – Interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

Promotor de Justiça, como muito foi dito, recorrer de decisões que considere injustas e prejudiciais ao apenado, por não demonstrarem a real necessidade da aplicação da medida.

Com base nessas informações, sem o condão de elencar aqui todas as formas de atuação do Órgão Ministerial no processo de execução, evidencia-se a demasiada importância da atuação desta instituição na execução das penas, correndo-se o risco de incorrer em flagrante nulidade a hipótese de instauração de processo de execução penal sem a intervenção do *Parquet*.

Superada esta análise, cumpre compreender agora a motivação que levou à criação do regime disciplinar diferenciado (RDD).

1.2 O Sistema Carcerário Brasileiro e a Criação do RDD

É cediço que o sistema carcerário no Brasil nunca andou bem das pernas. Tal afirmação não depende de um estudo aprofundado sobre o tema, já que o homem mais simples, sem o mínimo de instrução, facilmente constata esta verdade, que aparece diuturnamente nos informativos da imprensa, anunciando rebeliões em presídios, maus tratos aos detentos, além de toda uma gama de situações que colocam os condenados em uma situação desumana.

A execução penal está assentada em estabelecimentos superlotados, sem qualquer infraestrutura, onde se acumulam pessoas que, pelas condições em que se encontram, de muito já perderam a dignidade.

Fora isso, existe também um complexo e organizado mundo do crime, em que os líderes, apesar de estarem reclusos em “penitenciárias de segurança máxima”, comandam de dentro dos presídios a atuação de suas quadrilhas.

Foi nesse panorama, de crise do sistema penitenciário e crescimento das organizações criminosas, que surgiu o regime disciplinar diferenciado (RDD), como forma de limitar a atuação dessas facções criminosas, impondo regras mais severas para os membros do crime organizado que se encontram presos.

Tal procedimento foi adotado, inicialmente, no Estado de São Paulo, onde a facção criminosa conhecida por PCC aterrorizou aquele Estado no ano de 2001, conforme a lição de Renato Marcão, citando o ilustre magistrado pernambucano Adeildo Nunes (2008, p. 37):

Com base no crescimento desenfreado do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas nos grandes e médios presídios de São Paulo, seu Secretário de Administração Penitenciária, em maio de 2001, pela resolução n. 26, criou em seu Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, estipulando a

possibilidade de isolar o detento por até trezentos e sessenta dias, mormente os líderes e integrantes de facções criminosas e todos quantos o comportamento carcerário exigisse um tratamento específico⁷.

A repercussão foi tamanha que, no mesmo ano, foi enviado pela Presidência da República o Projeto de Lei nº 7.053, convertido na Lei nº 10.792/03, que instituiu, em âmbito nacional, o RDD, incluindo no rol das sanções disciplinares previstas no art. 53 da Lei de Execuções Penais a possibilidade de o detento ser transferido para o regime disciplinar diferenciado, que, conforme ensina o mesmo autor (Marcão, 2008, p. 45): “*O rol de sanções também é taxativo, não comportando ampliação em razão dos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei*”⁸.

Assim, com base no ensinamento de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 1021), o RDD foi criado

Para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos⁹.

A criação do regime disciplinar diferenciado gerou um fervor entre muitos juristas, que consideraram inconstitucional a lei que o instituiu, taxando-a de incompatível com o sistema constitucional vigente, por ferir direitos como a da proibição de aplicação de penas cruéis e o da igualdade de tratamento.

Comissões de direitos humanos questionaram a aplicação do RDD, taxando-o de desumano, afirmando que o dispositivo afronta a norma constitucional, sendo considerado um verdadeiro *direito penal do inimigo*¹⁰ (teoria que considera inimigo todo aquele que persiste na prática de delitos, pondo em risco o ordenamento jurídico e a própria existência do Estado).

O RDD, como se viu, já nasceu cercado de polêmica. Contudo, cumprida a tarefa de demonstrar o motivo do surgimento do instituto, cabe agora verificar a sua compatibilidade com as normas constitucionais.

⁷NUNES, Adeildo, 2006.

⁸Ibidem, p. 45. Nota 5.

⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.1021.

¹⁰Teoria desenvolvida por Günter Jakobs.

2 Desenvolvimento

2.1 O Conceito de RDD e o seu Procedimento

Conforme já transcrito, o regime disciplinar diferenciado consiste em mais uma hipótese de sanção disciplinar¹¹. Criado pela Lei nº 10.792/03 com as seguintes características¹²: recolhimento do preso em cela individual; duração máxima do recolhimento de 360 (trezentos e sessenta) dias, sendo possível a prorrogação por mais 1/6 (um sexto) da pena aplicada, caso o detento cometa nova falta grave; visitas semanais de 02 (duas) pessoas, pelo período de 02 (duas) horas; banho de sol por 02 (duas) horas diárias. Tudo sem prejuízo da sanção penal aplicada em virtude da falta grave cometida.

A sanção disciplinar será aplicada na hipótese da prática de um fato definido como crime doloso, que ocasione subversão da ordem ou disciplinas internas do estabelecimento; para presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; e no caso de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas.

A inclusão do detento no RDD dependerá de requerimento do administrador do estabelecimento penitenciário, ou de outra autoridade administrativa, entenda-se, ligada a área de segurança pública ou ao sistema carcerário. Tal requerimento deverá estar fundamentado, demonstrando a necessidade de se aplicar a sanção ao preso, sob pena de indeferimento pelo Juízo da execução penal, a quem cumpre apreciar o pedido, conforme preceituam os §§ 1º e 2º do art. 54 da LEP¹³.

Recebido o pedido, abrir-se-á vista dos autos para o Ministério Público e para a defesa, os quais se pronunciarão sobre o requerimento, que seguirá concluso para o magistrado proferir a decisão, também fundamentada, elencando os motivos do deferimento ou não da aplicação da sanção ao preso.

Todavia, tomando conhecimento sobre fato que enseje a aplicação da medida disciplinar, o juiz da execução poderá determinar *ex officio* a aplicação da sanção, sem necessidade de comunicar ao MP ou à defesa. Porém, essa é

¹¹ Art. 53, V, da LEP.

¹² Idem. Ibidem.

¹³ Idem. Ibidem. Art. 54.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre a inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

uma medida cautelar, apenas asseguradora da finalidade da aplicação da sanção. Não poderá o magistrado decidir, definitivamente, sobre a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado sem que se pronunciem Ministério Público e defesa, pois tal fato estaria em desacordo com os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, acarretando, assim, a nulidade da decisão prolatada.

Ainda de forma preventiva, poderá o administrador do estabelecimento prisional determinar o isolamento provisório do detento, pelo prazo de 10 (dez) dias, até que a autoridade judiciária profira a decisão de mérito, sendo improrrogável o prazo de isolamento preventivo.

Como se pôde notar, a lei não conferiu ao Ministério Público legitimidade para requerer a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

2.2 Da Compatibilidade do RDD com os Preceitos Constitucionais

Pelo que se demonstrou até agora, o regime disciplinar diferenciado foi instituído por lei, sendo, portanto, formalmente legal. Além disso, da análise do seu procedimento, verifica-se que, apesar de iniciar-se com um requerimento administrativo, repita-se, fundamentado, o procedimento de aplicação da sanção disciplinar é jurisdicional, seguindo os mesmos ditames dos demais incidentes do processo de execução penal, com as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal¹⁴, não ficando, como se vê, a mercê do diretor da instituição carcerária.

É cediço que o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria mista da pena, na qual a função desta é punir, ou seja, cumprir as disposições da sentença condenatória, e reintegrar o condenado à vida social¹⁵.

Não obstante, porém, o nobre sentimento que motivou a redação do art. 1º da Lei de Execuções Penais, sabe-se que, diante da situação do sistema carcerário brasileiro, uma ínfima parcela dos que cumprem pena em nosso país saem recuperados dos presídios e cadeias públicas. Apenas uma minoria escassa será capaz de se reintegrar ao convívio social. A grande parcela, por sua vez, quando não padece na prisão, ganha ânimo para continuar a delinquir.

Nas sábias palavras de Manoel Pedro Pimentel, citado por Marcão (2008, p. 30), assim define-se o indivíduo que inicia o cumprimento de sua pena:

¹⁴Art. 5º, LV, da Constituição Federal/88.

¹⁵Art. 1º da Lei de Execuções Penais.

Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado¹⁶.

Muito embora ainda sem eficácia a letra da lei, no que concerne ao cumprimento da função social da pena, não se pode alegar, por si só, que, diante do quadro atual de desrespeito aos direitos humanos (porque a falta de assistência material, de saúde e de higiene, estes sim são verdadeiras violações aos direitos humanos), o tratamento diferenciado conferido a um indivíduo que se encontra em situação diferente dos demais, viola a norma constitucional de proibição de penas cruéis.

Ora, a própria situação dos apenados e presos provisórios, trancafiados em estabelecimentos que não oferecem o mínimo de dignidade, já é, de per si, uma pena cruel.

Sobre o conceito de penas cruéis, observa o ilustre Alexandre de Moraes (2005, p. 235):

Dentro da noção de penas cruéis deve estar compreendido o conceito de tortura ou de tratamento desumano ou degradante, que são, em seu significado jurídico, noções graduadas de uma mesma escala que, em todos os seus ramos, acarretam padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre¹⁷.

O que os defensores da inconstitucionalidade da Lei nº 10.792/03 alegam é que: a sanção não favorece a reintegração social do preso, pois o isolamento tornaria o indivíduo frio e violento, favorecendo ainda mais o seu instinto delinquente.

Todavia, a segregação não isola o preso do mundo. Tem ele direito à visita, a banho de sol e, acima de tudo, ao respeito pela sua integridade moral e física. Tudo, porém, com certos limites, atendendo aos preceitos de segurança e disciplina internas.

¹⁶PIMENTEL apud MARCÃO, 2008, p.30.

¹⁷MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p.235.

O problema da afirmação supra citada reside nas seguintes questões: qual a probabilidade de um preso se ver recuperado ao final de sua pena? Será que diante de tanta desumanidade com que são tratados os condenados, os críticos do RDD acreditam na possibilidade de recuperação?

Que cidadão nunca se perguntou o porquê das comissões de direitos humanos protegerem tanto os presidiários e não dispensarem a mesma atenção às outras camadas da sociedade?

O RDD não pode ser considerado pena cruel, primeiro porque não é pena, nem muito menos uma nova modalidade de regime de cumprimento de pena, como bem assevera Mirabete (2004, p. 149):

O RDD não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior¹⁸.

O tratamento mais severo de um preso, que apresente alto risco para o estabelecimento prisional e para a sociedade, não ostenta grau de crueldade. Não se pode esquecer que, embora se tenha adotado a teoria do caráter dualista da pena, o criminoso não poderá se valer de direitos constitucionais com a mera intenção de afastar o *Jus Puniendi* do Estado, pois, conforme preceitua o Dr. Guilherme Nucci (2008, p. 1005):

Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime, cumprindo, pois, a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas consequências¹⁹.

Se o Estado olvidasse em punir com maior severidade os criminosos que atentam contra a própria segurança da sociedade, por entender que estariam sendo violados direitos fundamentais do indivíduo, não estaríamos diante de uma democracia, mas sim de uma anarquia, favorecendo o aumento da criminalidade.

O que se cogita com a implantação do RDD não é somente restringir direitos, mas restringir alguns, de determinados sujeitos, para garantir a

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.149.

¹⁹ NUCCI, 2008, p. 1005. Nota 9.

liberdade de toda uma gama de cidadãos, que não se satisfazem mais com medidas paliativas, suplicando por resultados concretos.

De outra banda, levando em consideração o princípio da igualdade, tão difundido no direito constitucional, onde, segundo o qual, “*se deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem*”, percebe-se que o RDD não fere o direito à igualdade, uma vez que não se pode dispensar tratamento igual para um indivíduo que cumpre pena por ter furtado um pacote de biscoitos e para um grande traficante internacional de drogas. Se assim fosse, estaria o Estado violando também um princípio do direito: o da proporcionalidade.

Nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto. Havendo conflito entre eles, há de se buscar a harmonia, prevalecendo o de maior valia, sacrificando-se o outro, já que são relativos.

De acordo com o citado princípio da proporcionalidade, no caso concreto, preponderará o direito à liberdade da população, tendo em vista ser mais amplo que o direito à liberdade do preso incluído no RDD.

É nesse diapasão que observa o Promotor de Justiça César Mariano (2008, p. 10):

Se, por um lado, deve ser preservada a dignidade dos presos, por outro, esses mesmos presos não podem se valer desse direito para colocar em risco o sistema prisional e a própria sociedade, que é diretamente afetada por fugas e determinação para a prática de crimes de dentro do presídio. Não é dado a qualquer pessoa valer-se de direitos e garantias constitucionais para a salvaguarda de práticas ilícitas²⁰.

O sistema prisional do Brasil é mantido sob duas colunas: ordem e disciplina. Ausente um desses requisitos haverá quebra do sistema, com a consequente insegurança para a sociedade.

É de conhecimento notório que leis criadas em momentos de clamor social, como é o caso da lei que instituiu o regime disciplinar diferenciado, merecem uma maior atenção por parte dos juristas, mormente em questões de compatibilidade constitucional, tendo em vista que, na sua grande maioria, são criadas para satisfazer os anseios urgentes da sociedade e poupar os políticos de incômodas reclamações. Entretanto, o argumento não pode ser tornar um lema a ser seguido fielmente. Os conflitos sociais e as queixas da população devem sempre servir de

²⁰SILVA, Cesar Dário Mariano da. *Regime disciplinar diferenciado*. 2008, p. 10. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/regime_diferenciado.doc>. Acesso: 03 maio 2009.

motivação para o legislador. Não fosse isso, muitos projetos não sairiam do papel e seriam engavetados por tempo indeterminado.

O RDD, embora surgido em meio a uma crise do sistema carcerário, é uma ferramenta de grande poder que o Estado detém para diminuir o poderio das facções criminosas.

Para encerrar este tópico, sábias são as palavras de Astério Pereira dos Santos (2007, p. 08):

Aos criminosos que, mesmo aprisionados, pretendem continuar a exercer sua malévola liderança é imperioso que o Estado lhes imponha um regime de disciplina diferenciado que, sem ser desumano ou contrário à Constituição, possa limitar os direitos desses presos evitando que eles, ao arrepio da Lei e do Poder Constituído, acabem por restringir os direitos da grande massa carcerária²¹.

E acentua o autor:

Não se ignora que o Estado tem na dignidade da pessoa humana o centro de sua atuação e sua própria razão de ser. Nem se pretende com o RDD suprimir a dignidade da pessoa do apenado, ao contrário se quer garantir que aqueles presos que compõem a grande massa carcerária possam dignamente cumprir sua pena e buscar rumos que os afastem da criminalidade²².

2.3 Da Legitimidade do Ministério Público para Requer a Inclusão do Preso no RDD

Foi afirmado anteriormente que, com base no § 1º do art. 54 da LEP, a aplicação da sanção disciplinar de inclusão de preso em regime disciplinar diferenciado só poderá ser requerida pelo diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa.

Pela dicção expressa do artigo, não se contemplou entre os legitimados o *Parquet*, afirmando o § 2º do mesmo dispositivo que cabe ao Ministério Público pronunciar-se acerca do requerimento dirigido ao juiz da execução.

A colocação do Órgão Ministerial como simples fiscalizador da aplicação do RDD vai de encontro com o que foi dito linhas acima, pois o MP intervém no processo de execução não apenas como *custos legis*, mas também como parte. Colocá-lo como mero observador de um instituto tão polêmico

²¹SANTOS, Astério Pereira dos. *Regime disciplinar especial: legalidade e legitimidade*. 2007, p.08. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/Depen/publicacoes/asterio_santos.pdf>. Acesso em: 18 de abr. 2009.

²²Idem. *Ibidem*.

retira do Ministério Público a função que o constituinte originário lhe outorgou, isto é, o de defensor da ordem jurídica²³.

No que pese, entretanto, a infelicidade da redação do texto legal, os Tribunais têm decidido que o Órgão do Ministério Público tem legitimidade para requerer a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, conforme se observa o trecho do voto do desembargador Valmir de Oliveira Silva, do TJ do Rio de Janeiro, no Agravo nº 11624333-8 de 10/01/06:

É certo que o artigo 54, par. 1. e 2., introduzidos na LEP pela Lei n. 10.792, de 01 de dezembro de 2003, dispõe que a autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar diferenciado dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa, sobre o qual haverá manifestação do Ministério Público e da defesa, decidindo o magistrado, fundamentadamente, no prazo máximo de quinze dias. Todavia, a iniciativa do Diretor do estabelecimento prisional, por certo, não retira do Ministério Público a legitimidade para requerer a imposição da sanção disciplinar, no caso de não ser a mesma postulada no processo disciplinar, por isso que, sendo o Órgão incumbido de fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, não se concebe o exercício deste poder sem a possibilidade de requerer ao magistrado a aplicação de medidas necessárias a aplicação da lei penal, processual e de execução penal, como, aliás, infere-se dos artigos 67 e 195 da LEP, perfeitamente harmônicos com os artigos 127 e 129, II, da Carta da República²⁴.

Ora, com todas as particularidades do instituto, corroborada na polêmica que se estende na sua aplicação e, mais ainda, consoante a posição conferida ao Ministério Público no âmbito das execuções penais, considerar que o Promotor de Justiça diante de uma situação extrema, não pudesse tomar medida visando à correta aplicação da lei, seria amputar do *dominus litis* a essência de sua existência, isto é, a promoção da justiça.

A finalidade do regime disciplinar diferenciado não comporta interpretações restritivas, devendo o magistrado das execuções penais ter bom senso ao analisar o requerimento ofertado pelo Órgão do Ministério Público, conferindo-lhe plena legitimidade para buscar a sanção.

Com efeito, não paira a menor dúvida de que o Ministério Público tenha legitimidade para requerer a inclusão de preso no regime disciplinar

²³ Op. cit. p. 2.

²⁴ SILVA, Valmir de Oliveira. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo nº 11624333-8 de 10/01/06*.

diferenciado. Se a ele é atribuída a função fiscalizadora da correta aplicação dos dispositivos da Lei de Execuções Penais, certamente também detém a prerrogativa de requerer medidas que propiciem a adequada segurança da unidade e do sistema prisional.

3 Conclusões

Da análise do estudo ficou evidenciado que o sistema carcerário brasileiro encontra-se em uma crise permanente, situação que fez o legislador buscar um instrumento capaz de tratar, de forma eficaz, a mácula do crime organizado nos estabelecimentos penais, criando, assim, o RDD.

Constatou-se que o regime disciplinar diferenciado é perfeitamente compatível com o ordenamento constitucional vigente, pois não fere qualquer norma constitucional, limitando-se a restringir a liberdade de um, para garantir a liberdade de toda a sociedade.

Observou-se, ainda, que, embora excluído do texto legal, o Ministério Público tem legitimidade para ingressar em juízo, requerendo a inclusão de preso no RDD, decorrente do seu relevante papel de defensor do regime jurídico.

É necessário que os aplicadores do direito observem o contexto social em que está incluído o dispositivo para, a partir daí, analisar a eficácia do instituto e a sua adequação prática à realidade.

Referências

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *O RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) é um acinte*. Disponível em: <<http://www.processocriminalpslf.com.br/rdd.htm>.> Acesso em: 30 abr. 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Lei nº 7.210/1984*: alterada pela Lei nº 10.792/2003.

FURUKAWA, Nagashi. *Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)*. Disponível em: <http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11 de julho de 1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Astério Pereira dos. *Regime Disciplinar Especial: legalidade e legitimidade*. Disponível: <http://www.mj.gov.br/Depen/publicacoes/asterio_santos.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2009.

SILVA, Cesar Dário Mariano da. *Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2008/regime_diferenciado.doc.>. Acesso em : 03 maio 2009.

SILVA, Valmir de Oliveira. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo nº 11624333-8 de 10/01/06*.

PARA ALÉM DO CONCEITO DE FEMINICÍDIO

Mazukyevicz Ramon S. N. Silva
Bacharel em Direito

1 Introdução

A violência¹ é um fenômeno simbiótico à experiência humana cuja diversidade das formas de manifestação pode ser registrada em diferentes culturas e momentos históricos. Mais que isso, pode-se afirmar que a violência tem se revelado um dos graves males que aflige a humanidade, declarado pela Organização Mundial de Saúde desde 1996 como um importante problema de saúde pública, que constitui uma das principais causas de morte para a população entre 15 e 44 anos no mundo.²

Atualmente, por causa da banalização e do recrudescimento, os casos de violência tornaram-se tão familiares que o substantivo “violência” foi transformado num significante vazio e em constante expansão, utilizado para homogeneizar uma pluralidade de acontecimentos de percepção social negativa (RIFIOTIS, 1999). Em outras palavras, à primeira análise, tudo é violência, sendo que, o elemento decisivo nesse exercício de categorização é o grau de aproximação simbólica ou reprovação moral de cada acontecimento negativo em relação a nós mesmos.

Por um lado, essa universalização da violência age como um instrumento de autoproteção dos sujeitos, na medida em que a transforma numa espécie de ameaça virtual, relativizando o medo e a sensação de insegurança social. Contudo, é nesse contexto que surge a chamada “violência da indiferença”, que, revelada sob o corpo de estigmas e preconceitos, torna algumas formas específicas de violência imperceptíveis àqueles que não são suas vítimas imediatas (PEQUENO, 2002), dentre as quais, a violência contra a mulher.

A violência contra a mulher representa a expressão máxima da violação dos seus direitos humanos, e se reproduz de maneira análoga em todos os países, independentemente de classe social, econômica, religiosa e cultural, atingindo mulheres das mais distintas faixas etárias, raças, etnias e orientações sexuais. Entretanto, as reações mais concretas em face dessa realidade costu-

¹A Organização Mundial de Saúde define a violência como sendo o uso intencional da força ou do poder físico, de fato ou como ameaça, contra pessoa, grupo ou comunidade, que cause ou tenha grandes possibilidades de causar lesões, morte, danos psicológicos, transtornos de desenvolvimento ou privações.

²ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Washington D.C., 2003. Disponível em:<http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/Violencia_2003.htm>.

mam originar-se apenas a partir da mobilização impulsionada por casos particulares de violação, que assumem altos índices de repercussão nacional, sobretudo devido à veiculação midiática.

No Brasil, conquanto não existam estatísticas sistemáticas e oficiais que revelem de maneira fidedigna a magnitude do problema, alguns estudos já realizados permitem projetar que a cada cinco brasileiras uma já tenha sofrido violência por parte de algum homem.³ No mesmo sentido, segundo dados divulgados pela Corregedoria Geral do Ministério Público da Paraíba referentes ao ano de 2009, o Ministério Público estadual impetrou mil e setenta e três denúncias com base na Lei Maria da Penha, o que em média corresponde a três crimes contra a mulher denunciados por dia.⁴

Embora inegáveis os avanços conquistados no sentido do reconhecimento formal e proteção dos direitos humanos da mulher tanto no plano internacional quanto no nacional⁵, a violência decorrente das relações desiguais de gênero está longe de ter alcançado estabilidade e permanece invisível aos olhares sociais e institucionais, imersa no âmbito privado, na percepção casuística do fenômeno e no domínio patriarcal latente.

Isso posto, as múltiplas formas de violência que acometem cotidianamente as mulheres não podem ser consideradas como casos desconexos, mas, pelo contrário, hão de ser reconhecidas como o reflexo de um problema estrutural e político invisível na sociedade, que tem sido historicamente produzido e reproduzido de maneira padronizada e sistemática (SCIORTINO, 2009).

Com efeito, a violência contra a mulher está arraigada em profundas raízes sociais e culturais que se baseiam numa crença ancestral de que a mulher seria naturalmente inferior ao homem e propriedade deste, que, por tal razão, poderia tratá-la conforme julgasse adequado. É uma violência vinculada ao desequilíbrio nas relações de poder entre os gêneros e que mantém os privilégios históricos do ser masculino forjados no patriarcado (BLANCO, 2004).

³BRASÍLIA. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Plano Nacional de Política para as Mulheres*. Brasília: SEPM, 2004.

⁴PARAÍBA. Ministério Público do Estado da Paraíba. Corregedoria Geral. *Relatório de Atividades Funcionais 2009*. João Pessoa: MPPB, jan.2010.

⁵INTERNACIONAIS: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher de 1979; Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994. Declaração e Plataforma de Ação de Beijing – 1995. NACIONAIS: Plano Nacional de Políticas para as Mulheres de 2004 e 2009; Plano Nacional de Direitos Humanos I, II e III; Lei n°. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Essa proposta conduz ao entendimento de que os casos de violência contra a mulher situam-se no bojo de um sistema de opressão, o patriarcado, definido como o conjunto de relações sociais de matriz hierárquica que elevam os homens a uma condição de superioridade e que atinge a sociedade em diferentes níveis, seja na estrutura inconsciente que distribui valor entre os atores sociais, seja na ideologia de gênero presente nas representações de cada sociedade, ou ainda, seja no nível das práticas (SEGATO, 2006).

O cerne da questão resta configurado na imposição, pelo patriarcado, de uma necessidade de controle, apropriação e exploração do corpo, da vida e da sexualidade das mulheres, de forma que, para tanto, são estabelecidos dois princípios: a noção de que as mulheres são propriedades dos homens e estariam predestinadas a servi-los e a divisão das mulheres em duas categorias, as puras e as não puras, sendo a violência justificada para as segundas, quando não se enquadrem nos papéis e responsabilidades que lhes cabem.

Dessa maneira, a violência contra a mulher se explica a partir da total inferiorização dela frente ao homem e fomenta a satisfação de uma série de necessidades originadas pelo desequilíbrio nas relações de poder entre os gêneros. E é partindo dessa visão que se pode compreender a importância da criação do conceito de feminicídio, que surge como uma intenção de tornar visível o sistema de dominação patriarcal subjacente à violência sexista, abandonando as percepções individualizadas e difundindo o caráter global e sistematizado do problema.

2 Para além do conceito de Feminicídio

Os movimentos feministas sejam como teoria ou prática política, ainda que heterogêneos, surgem diante da necessidade de atuação contra a subordinação, a discriminação e a desigualdade, manifestadas num modelo de organização social que atribui valores e significados a partir das diferenças biológicas entre os gêneros. Estão na base das reivindicações e das construções de conceitos e categorias, a exemplo do feminicídio, que deram certa visibilidade à violência contra a mulher, transformando-a num fenômeno público a ser combatido via estratégias políticas opostas a um sistema, e não a casos isolados (RIFIOTIS, 2003).

Atualmente não há ainda um consenso acerca da definição de feminicídio, permanecendo o termo em constante construção. Certo é que ele não se

restringe apenas ao âmbito jurídico penal do corpo normativo de alguns países, especialmente nas Américas⁶, mas alcança um significado para além da tipificação, identificando e revelando todas as ocorrências sistemáticas violadoras dos direitos humanos das mulheres relacionadas à desigualdade de gênero.

A palavra feminicídio encontra antecedente direto na expressão inglesa *femicide*, utilizada inicialmente por Jane Caputi e Diana Russell, em 1976, no Tribunal Internacional sobre Crimes contra as Mulheres, reunido em Bruxelas, tendo sido posteriormente desenvolvido no artigo *Femicide: Speaking and Unspeakable*, publicado na revista *Ms.*, em 1990, e no livro *Femicide: The politics of woman killing* de Russel e Jill Radford, publicado em 1992.

Esta primeira formulação surge como uma tentativa de evidenciar que a maioria dos homicídios cometidos contra mulheres possui um substrato comum, motivado pelo desprezo, pelo prazer, pelo sentimento de propriedade ou pela misoginia, de forma que se trata de um conceito que surge com evidente intenção política, destinado a revelar o terrorismo sexista patriarcal, oculto em expressões neutras como homicídio ou assassinato (VÁSQUEZ, 2009).

Embora numa primeira análise o conceito de feminicídio esteja relacionado principalmente à ideia de crime, em especial ao crime contra a vida, sua amplitude ultrapassa essa significação.

El femicidio representa el extremo de un continuum de terror anti-femenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos, tales como violación, tortura, esclavitud sexual (particularmente por prostitución), abuso sexual infantil incestuoso o extra-familiar, golpizas físicas y emocionales, acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina, y en el aula), mutilación genital (clitoridectomías, escisión, infibulaciones), operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías gratuitas), heterosexualidad forzada, esterilización forzada, maternidad forzada (por la criminalización de la contracepción y del aborto), psicocirugía, negación de comida para mujeres en algunas culturas, cirugía plástica, y otras mutilaciones en nombre del embellecimiento. Siempre que estas formas de terrorismo resultan en muerte, ellas se transforman en femicidios.⁷

⁶Na Costa Rica, a lei prevê sanção para o homicídio feminino que se produz no âmbito da relação matrimonial ou da união de fato. No México, o feminicídio é tipificado como todo o conjunto de condutas misóginas contra os direitos humanos das mulheres e que podem culminar em homicídio. Na maioria dos países não há um tipo penal específico, aplicando circunstâncias agravantes quando o homicídio tenha sido cometido por pessoa do círculo íntimo ou familiar.

⁷RUSSEL, Diana; RADFORD, Jill. *Femicide*. 1998. Disponível: <www.dianarussell.com>.

Em outras palavras, o feminicídio⁸ pode ser compreendido como toda e qualquer forma de violência intencional contra a mulher pelo simples fato de ela ser mulher. Assim, em sendo a violência um dispositivo destinado a coisificar o outro, negando-lhe continuamente sua humana condição, é forçoso considerar a relevância da formulação do conceito de feminicídio na construção de um marco teórico para o reconhecimento, a investigação e a reação em favor dos direitos humanos da mulher e contra as relações desiguais de poder entre os gêneros e os problemas sociais delas decorrentes.

Ao reconhecer os padrões de violência e a herança patriarcal subliminar que afetam as mulheres, dá-se origem a um pressuposto para a atuação institucional no sentido da proteção. Daí por que se faz necessária uma intensa investigação e um correto monitoramento de toda e qualquer situação de violência contra a mulher, ainda que não identificada imediatamente como um problema de gênero.

Apesar de, a partir da formulação de conceitos como o de feminicídio, a violência contra a mulher ter se distanciado dos particularismos difusos e alcançado toda uma coletividade, impende atentar para o contexto específico de cada manifestação misógina como condição *sine qua non* para uma melhor resposta ao problema. Nesse sentido, com base nas investigações de Diana Russell, desenvolveu-se uma amplamente conhecida classificação do feminicídio, a partir das terminologias feminicídio íntimo, feminicídio não íntimo, e feminicídio por conexão.

Enquanto o feminicídio íntimo faz referência às violências cometidas por agentes que mantinham relação íntima, familiar ou de convivência com a vítima, o feminicídio não íntimo, por dedução, diz respeito às violências praticadas por homens que não mantinham tais relações com a vítima, aí incluídas a maioria dos ataques sexuais. Por fim, entende-se por feminicídio por conexão os casos em que mulheres tornam-se vítimas por estarem “na linha de fogo” de uma outra ação feminicida, aí incluídas, v.g., os casos em que parentes (ascendentes, descendentes ou colaterais), acabam vítimas por interferirem na execução de outra violência misógina.

Outro aspecto relevante que se desprende do conceito de feminicídio é a união entre teoria e prática. No momento de formulação, Caputi e Russell eram ativistas do movimento feminista, cuja produção teórica era intimamente comprometida com a prática política, sendo esta solidariedade entre pensamento e ação fundamental para que se evitasse o pragmatismo irreflexivo da militância e o abstracionismo completo do academicismo.

⁸O presente trabalho não se aprofunda nas discussões terminológicas acerca das diferenças de significado entre femicídio e feminicídio, e parte de uma identidade conceitual entre ambos, relacionada à violência motivada por razões de gênero.

Assim, “a elaboração do conceito de feminicídio é um claro exemplo da relevância da produção de conhecimento para a orientação das práticas feministas” (SCIORTINO, 2009), sendo que, a partir daí, foi possível elaborar estratégias que atacassem a questão desde suas raízes.

Com efeito, construções teóricas como o feminicídio foram fundamentais para que o movimento de emancipação e libertação⁹ feminista fortalecesse seu viés político, transformando suas representantes desafiadoras do patriarcado em agentes que fazem política não restrita ao âmbito dos partidos e das instituições governamentais, mas na atuação diária, combinando a capacidade de pensamento, do discurso e da ação, criando uma nova maneira de ver o mundo e repudiando os determinismos históricos (MARTÍN, 2005).

Conceitos como o de feminicídio dizem respeito, verdadeiramente, à tentativa de organização de um vetor de resistência qualificado contra uma rede de complicitades sociais transversalizada pela misoginia que insiste em legitimar, minimizar e negar a gravidade da violência masculina, através de complexos e poderosos mecanismos de ocultação que remetem a uma infinidade de atores, os quais, mesmo inconscientemente, atuam na preservação de uma estrutura social patriarcal.

Dentre as estratégias de ocultação, podem ser destacadas a eufemização (que, por exemplo, substitui o discurso da violência doméstica pelo das diferenças conjugais), a desumanização da vítima (redução da mulher ao corpo erotizado), a ideologia de culpabilização da vítima e a diluição de responsabilidade, processos de naturalização e de biologização (irracionalidade do comportamento feminino) e, por fim, a psicologização, a patologização e a despolitização da violência contra as mulheres, que tendem a tomar os casos de violência de gênero a partir de uma perspectiva individual e isolada, negando seu caráter sistemático (THURLER, 2009).

Por tudo isso, para além do conceito de feminicídio, o que se busca é superar uma percepção casuística da violência contra a mulher que inibe as ações eficientes de resposta ao problema e atentar, assim, para uma teia permanente de discriminação e agressão aos direitos humanos que se constitui na expressão máxima do patriarcado.

⁹A história do movimento feminista costuma ser apresentada em três fases, sendo a primeira, que vai da Revolução Francesa ao fim da Primeira Guerra Mundial, marcada pelo discurso da emancipação da mulher, que corresponde à busca de igualdade em relação ao homem; a segunda, iniciada na década de 60, caracterizada pelo discurso da liberdade, ou seja, do reconhecimento das diferenças entre os gêneros e afirmação da mulher como indivíduo pleno; e a terceira, que tem origem a partir da década de 90, que questiona o próprio discurso feminista.

Referências

BLANCO, Pilar; VINUESA, Leonor García et al. La violencia de la pareja y la salud de la mujeres. *Gaceta Sanitaria*, Barcelona, v.18, maio 2004, sup.11. Disponível em : <http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0213-91112004000400029&script=sci_arttext>.

BRASÍLIA. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.. *Plano Nacional de Política para as Mulheres*. Brasília, 2004. Disponível em : <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/>.

MARTÍN, Marta Monasterio. Es el feminismo una teoría política o una ética? Madrid, 2005. Disponível em: <<http://www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf/feminismo-politicoetica.pdf>>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Washington D.C, 2003. Disponível em:<<http://www.paho.org/>>.

PARAÍBA. Ministério Público do Estado da Paraíba. Corregedoria Geral. *Relatório de Atividades Funcionais 2009*. João Pessoa: MPPB, jan.2010.

PEQUENO, Marconi. Violência e direitos humanos. In: LYRA, Rubens Pinto. Direitos Humanos : os desafios do Século XXI, uma abordagem interdisciplinar. Brasília, p.121-133, 2002.

RIFIOTIS, Theophilos. As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a judicialização dos conflitos conjugais. *Soc. Estado*, v.19, n.1, p.85-119, Jun. 2004. Disponível em :<www.scielo.br/>.

RIFIOTIS, Theophilos. *Violência policial e imprensa: o caso da Favela Naval*. São Paulo, Perspec., v.13, n. 4, p.28-40, dez. 1999. Disponível em:<www.scielo.br/>.

SCIORTINO, María Silvana; GUERRA, Luciana Analía. Um abordaje del feminicidio desde la convergencia entre teoría y activismo. *Revista vnezoelana de estudios de la mujer*, Caracas, v.14, n.32, p.99-124, jan.-jun. 2009 . Disponível em :<<http://www.scielo.org.ve/pdf/rvem/v14n32/art09.pdf>>.

SEGATO, Rita Laura. *Que és un feminicidio?* Notas para un debate emergente. Serie Antropologia, n. 401. Brasília: UNB, 2006. Disponível em :<<http://vsites.unb.br/ics/dan/Serie401empdf.pdf>>.

THURLER, Ana Liési. *Criminalidade sexista e cumplicidade social*. Anais do XIV Congresso Brasileiro de Sociologia, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em:< http://starline.dnsalias.com:8080/sbs/arquivos/14_6_2009_22_26_54.pdf>.

VÁSQUEZ, Patsilí Toledo. *Feminicidio*. Oficina em México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009. Disponível em :<http://www.unifem.org.mx/un/index.php?option=com_remository&Itemid=2&func=fi_leinfo&id=285>.

PARTICIPAÇÃO NO HOMICÍDIO CULPOSO: A APLICAÇÃO DA TEORIA RESTRITIVA COM O CRITÉRIO OBJETIVO-FORMAL

Marcelo Ramos Alves

Acadêmico de Direito pela UEPB

Natália Freire Chaves

Acadêmica de Direito pela UEPB

1 Introdução

O crime de homicídio, do qual versaremos neste trabalho, tem preferência dentre os demais crimes gravosos, por atentar contra o bem jurídico mais valioso tutelado em nosso ordenamento, a vida, que atinge a ordem e a segurança, desestruturando, assim, as bases da convivência em sociedade.

Previstos no Código Penal, em seu artigo 121, admite-se neste delito forma dolosa e culposa, esta modalidade última, que, para efeitos de nossos estudos, deter-nos-emos em maiores análises.

Tratando-se de tipo aberto, cumpre-se de situações onde foi previsto o risco por seu agente, e por ele não foi assumido, havendo uma quebra do dever de cuidado, imputado, pelo legislador, ao homem médio. Ao praticar a conduta culposa, presencia-se um comportamento praticado com finalidade lícita, mas que pela quebra do dever de cuidado (determinado no Código Penal, no artigo 18, inciso II), sobreveio resultado ilícito, configurando, desta maneira, a tipicidade da conduta.

Na produção do resultado, que deve, obrigatoriamente, ocorrer com liame de causalidade com a conduta, as práticas delituosas para consumação da infração poderão ocorrer por diversos agentes, configurando o concurso de pessoas.

Sobre o tema, é necessário um estudo mais aprofundado das teorias quanto à autoria, visto que, mesmo sendo adotada, em nosso ordenamento pátrio, na maioria dos casos, a possibilidade de coautoria no crime culposos, por força do *caput* do artigo 29 do Código Penal, parece-nos de grande pertinência o levantamento de questões referentes ao descumprimento dos princípios da acessoriedade, reserva legal e individualização da pena.

Dessa maneira, atendendo a um interesse latente de estudos mais aprofundados, através, inclusive, de estudos de sistemas alienígenas, esclareceremos pontos que julgamos importantes quanto à procedência da admissão de participação no homicídio culposos. Quanto à teoria unitária (adotada pelo nosso Código no *caput* do artigo 29), onde se entende que todos são autores independentemente de distinção das condutas realizadas, acreditamos que a mesma é inconveniente por impor às condutas acessórias iguais reprovação dada às principais. Em relação à teoria do domínio do fato, onde se diferenciam os agentes devido ao domínio da ação delituosa, julgamo-la limitada, por não haver controle por parte destes quanto ao resultado.

Assim, após a análise minuciosa dos institutos e teorias que cercam o tema, inclinamo-nos pela adoção da teoria restritiva cumulada com o critério objetivo-formal, por esta diferenciar verdadeiramente os agentes da conduta delituosa (autores e partícipes), que, mesmo apresentando certas limitações, como nas demais, cumpre da melhor maneira uma graduação justa e igualitária da culpabilidade, efetivando, inclusive, o princípio da reserva legal.

2 Do Homicídio

O Crime de Homicídio está previsto no art. 121 do Código Penal. Trata-se, na verdade, do crime por excelência, cuida-se de delito contra aquele que é considerado o bem jurídico mais importante e, por conseguinte, mais protegido pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a vida.

Neste sentido, o douto magistério de Nelson Hungria adverte:

Todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem da vida. O homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social¹.

O homicídio é, na verdade, crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exige qualquer condição especial no tocante à autoria ou ao sujeito passivo, todos estão suscetíveis a ter ou a ameaça o bem jurídico tutelado no tipo. Assim, “toda criatura humana, com vida, pode ser sujeito passivo do homicídio, pois a qualquer ser humano é reconhecido o direito à vida que a lei penalmente tutela”.²

No tocante aos meios de execução, é necessário atentarmos para o fato de que o homicídio é crime de forma livre, ou seja, praticado por qualquer meio de execução, não sendo exigido pelo legislador qualquer meio ou forma especial para sua exequibilidade. Pode ser cometido tanto por ação quanto por omissão, sendo neste último imprescindível o dever jurídico de agir, nos termos do art. 13, §2º do CP.

É crime instantâneo, posto que o resultado ocorre imediatamente após a ação delitiva do tipo, e é de dano, gera, portanto, resultado naturalístico³, qual seja, a morte do sujeito passivo.

¹HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código penal*. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, p.26-27, 1979. 5v.

²CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte especial. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.11. 2v.

³Entenda-se resultado naturalístico como sendo aquele que gera consequências de ordem material, ou seja, visíveis à realidade.

Admite o crime em apreço tanto forma dolosa, nos termos do art. 121, *caput*, como a culposa, nos termos do art. 121, §3º, que, por sua vez, nos traz – como o faz toda a estrutura do diploma penal – verdadeiro tipo aberto para tal forma.

Feitas essas considerações iniciais, a título de recapitulação acerca de algumas características do crime ora exposto, passamos a nos debruçar sobre o homicídio em sua forma culposa, no intuito de apreciarmos o concurso nesta hipótese infracional, inclusive no tocante à possibilidade de participação no mesmo.

2.1 Do Homicídio Culposo

O homicídio culposo é previsto na forma do §3º, do art. 121 do CP. Cuida-se de tipo aberto, no qual há quebra do dever de cuidado, sendo exceção, pois a regra geral é de que as infrações penais sejam imputadas a título de dolo. O risco, aqui, pode até ser previsto pelo agente, mas não assumido pelo mesmo, assim, há vontade dentro dos parâmetros da licitude, no entanto, existe também a superveniência de resultado ilícito não querido pelo agente.

Na estrutura do delito culposo, deve-se considerar que “o elemento decisivo da ilicitude do fato culposo reside no desvalor da ação e não do resultado”⁴. Assim, quer-se demonstrar que a ação, nos crimes culposos, só se afigura como antijurídica na medida em que é violado o cuidado exigido ao homem médio. Desta forma, tem-se a conduta normal como a que é ditada pelo senso comum, com o afastamento da previsibilidade das normas sociais e havendo, portanto, a quebra do dever de cuidado.

Como elementos do homicídio culposo, podemos apontar a conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade da conduta.

Na conduta culposa, observa-se uma ação voluntária voltada a uma finalidade lícita, mas que, pela quebra do dever de cuidado, sobrevém resultado de caráter ilícito, incidindo, assim, a tipicidade. Ressalte-se que não basta a conduta ser eivada de quebra do dever de cuidado, há que se atentar para o fato de que as consequências de tais condutas sejam previsíveis. Observe-se ainda que

[...] Não basta que a conduta seja violadora do dever de cuidado e cause o resultado, mas que, além disto, deve haver uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a causação do resultado, isto é, que a violação do dever de cuidado deve ser determinante no resultado⁵.

⁴FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.272.

⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.441. 1v.

Por fim, é necessário salientar que o Código Penal exige a relação de determinação no art. 18, II, daí se depreende que, para o nosso ordenamento, não basta a simples produção do resultado, mas sim, que o mesmo tenha ocorrido em função da quebra do dever de cuidado, nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia.

3 Do concurso de pessoas no Homicídio culposo

As ações delituosas, por diversos momentos, são resultados da concorrência de condutas praticadas por sujeitos distintos, podendo a cooperação para a realização das mesmas ocorrer desde a sua premeditação intelectual até a consumação do crime. O crime de homicídio, por se configurar como delito de concurso eventual, levanta grandes problematizações frente à modalidade coletiva do sujeito ativo.

O concurso de pessoas, como sendo “a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal”⁶, tem como necessária a presença de elementos de natureza objetiva e subjetiva, quais sejam: a pluralidade dos participantes e das condutas – contribuição de mais de um indivíduo para a realização da conduta, seja através da prática do núcleo do tipo ou fatos atípicos –, relevância causal de cada conduta – o comportamento relevante e com nexo de causalidade para consumação do delito –, vínculo subjetivo entre os participantes – consciência comum da intencionalidade do crime comprovada pelo liame psicológico – e, por fim, a identidade de infração penal – um mesmo objetivo típico, ou seja, um tipo penal único.

Feitas tais considerações, faz-se imprescindível para o estudo ora desenvolvido a exposição das teorias quanto à autoria⁷.

3.1 Teoria Unitária

Pela teoria unitária, todos são considerados autores, inexistindo, desta forma, a presença do partícipe no concurso. Aqui, entende-se por autor qualquer indivíduo que concorre para o resultado típico, não havendo diferenciação no tocante às condutas realizadas.

Tem como fundamento básico a ideia de equivalência das condições, trata-se da teoria *conditio sine qua non*, segundo esta, “qualquer contribuição, maior ou menor, para o resultado é considerada sua causa”⁸ Essa teoria é

⁶MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1990. p.223. 1 v.

⁷Autoria aqui entendida em seu sentido *lato*.

⁸CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

adotada pelo Código Penal alemão, no que se refere ao concurso nos crimes culposos, não havendo distinção, portanto, entre instigador e cúmplice dos autores, considerando-os todos autores da conduta criminosa. Atente-se para o fato de que tal teoria, também conhecida como monista, foi adotada no Código Penal, assim dispondo o *caput* do seu artigo 29: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” (BRASIL, 2009).

Há que se fazer referência aos inconvenientes à equivalência de tais condições, pois, a nosso ver, não se pode fazer equiparação de reprovação entre a conduta central do tipo penal, qual seja a realização do verbo, com a as condutas acessórias, típicas da participação, uma vez que ambos não deram igualmente causa ao delito.

3.2 Teoria Restritiva C/C critério objetivo-formal

Para tal teoria, há verdadeira diferenciação entre autor e partícipe. “A autoria não decorre da mera causação do resultado, pois não é qualquer contribuição para o desfecho típico que se pode enquadrar nesse conceito”⁹.

Adotamos, para efeitos deste estudo, a vertente objetivo-formal para a autoria, que destaca os caracteres exteriores da ação, ou seja, busca uma verdade subsunção da conduta ao tipo, definindo o autor “como aquele cujo comportamento se amolda ao círculo abrangido pela descrição típica”¹⁰.

Apesar de padecer de algumas limitações, nossa adesão a esta vertente se dá em virtude de entendermos que seja a mais adequada ao princípio da reserva legal¹¹ vigente em nosso país.

De fato, não se nos afigura arrazoada a saída de imputar a alguém na autoria de conduta acessória mesma imposição penal da que seria a eleita para sanção da conduta central do tipo.

3.3 Teoria do domínio do fato

De pronto é importante frisar que esta tem como ponto de partida a teoria restritiva, dessa forma, não se anulam, pelo contrário, até se complementam em alguns pontos. Neste sentido, leciona Bitencourt:

⁹Ibidem, p. 335. Nota 08.

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 420.

¹¹Ibidem, p. 338. Nota 08.

A teoria objetivo-material procurou suprir os defeitos da formal-objetiva, considerando a maior perigosidade que deve caracterizar a contribuição do autor em comparação com a do partícipe; em outras palavras, considerando a maior importância objetiva da contribuição do autor em relação à contribuição do partícipe¹².

Por esta teoria, o autor não se confunde de forma obrigatória com o que executa o crime de maneira material, sendo também denominado de autor intelectual. Assim, o autor tem domínio da ação delituosa, determinando todo o percurso da prática delitiva.

Importante referir, entretanto, à limitação que o domínio do fato sofre no tangente ao concurso de agentes na modalidade culposa do homicídio e em virtude dos que não querem o resultado – como os agentes –, não há que se falar em ter controle sobre o indesejável, sendo imperiosa, portanto, a necessidade da teoria restritiva para tal diferenciação.

4 Da coautoria no Homicídio culposo

Pode-se conceituar coautoria como sendo “o cometimento comunitário de um fato punível mediante uma atuação conjunta, consciente e querida” (WESSELS, 1976, p. 121)¹³. Em sede de homicídio culposo, a coautoria se nos mostra na doutrina tradicional como aceita em virtude de que o Código Penal, como já dito, adere à teoria unitária, pelo que se observa do art. 29 supraexposto. Cuida-se de equiparação, em se tratando de homicídio culposo, dos que participaram da ação delituosa, seja cumprindo a ação núcleo do tipo, seja praticando condutas acessórias.

Na coautoria, não se presencia relação de acessoriedade. Cuida-se de imputação principal recíproca, posto que, cada indivíduo desempenha função essencial na consecução do crime.

Tendo o homicídio culposo tipo aberto, “sendo típica toda conduta que descumpra o dever objetivo de cuidado”¹⁴, é autor todo aquele que viola tal dever e que, por consequência, dá causa ao resultado. Desta forma, independentemente da conduta, principal ou acessória, a respeito do resultado típico ter-se-á indiferença entre autores e partícipes. Nesse sentido, ampla jurisprudência dos tribunais pátrios¹⁵.

¹²Ibidem, p. 420. Nota 10.

¹³WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1976.

¹⁴CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.25.2v.

¹⁵STF. HC 61405.

É necessário não olvidar, para a exceção prevista no § 2º do artigo 29, segundo a qual é imprescindível a consciência de se estar de alguma forma colaborando com a conduta culposa dos demais agentes. Dando-nos margem à posição que tendemos a nos arvorar, no sentido de que não pode o indivíduo submeter-se a juízo discricionário do operador do direito sobre a relevância ou não das ações.

No que concerne a imputação objetiva, não nos inclinamos a aceitá-la no que tange à modalidade culposa do homicídio. De fato,

Com a imputação objetiva, toda vez que o agente realizar um comportamento socialmente padronizado, normal, socialmente adequado e esperado, desempenhando normalmente seu papel social, estará gerando um risco permitido, não podendo ser considerado causador de nenhum resultado proibido¹⁶.

O afastamento de tal teoria se dá, a nosso ver, pelo fato de que no crime culposos o *animus* é de desenvolver uma conduta lícita, podendo, mesmo assim, ser considerado causador do resultado proibido, em decorrência da ausência do dever de cuidado, configurando o delito na sua forma culposa.

5 Da participação no Homicídio culposos

O instituto da participação, engendrado no sistema do concurso de pessoas, encontra previsão legal no sentido de que partícipe é aquele que, mesmo sem realizar a conduta típica, concorre de alguma maneira para a execução da infração penal.

Partícipe, é, portanto, aquele que “não pratica a conduta descrita pelo preceito primário da norma penal, mas realiza uma atividade secundária que contribui, estimula, ou favorece a execução da conduta proibida”.¹⁷

Passamos a oferecer um exemplo, dado pelo por Fernando Capez, para a facilitação da compreensão:

Na hipótese de homicídio culposos a descrição típica é de ‘matar alguém culposamente’; logo quem matou é autor e quem o auxiliou, instigou ou induziu à conduta culposa é o partícipe.¹⁸

Cuida-se de clara adoção à teoria restritiva com o critério formal-objetivo, não por acaso supraexposto.

¹⁶Ibidem. Nota 14.

¹⁷Ibidem. p.345. Nota 10.

¹⁸Ibidem. p.347. Nota 8.

Quem conduzia o automóvel do exemplo é o praticante do núcleo do tipo, ou seja, o principal responsável pela morte, enquanto quem instigou, induziu ou auxiliou é, na verdade, praticante de conduta acessória e não pode, assim, incorrer na mesma penalidade, até porque não desempenha a função prescrita no tipo.

De fato, quem empresta uma arma para a execução de crime, não o comete, sendo atentatório à reserva legal, é inclusive hipótese de atentado à individualização da pena, se parte do pressuposto de que as condutas têm incidências diferenciadas no tocante ao tipo prescrito.

Desta forma, sob a perspectiva de uma diferenciação na graduação das penalidades, em virtude da necessidade de distinção das condições quanto à acessoriedade de conduta, nos parece imperiosa a demanda no sentido de que, sob risco de desrespeito à reserva legal, produzido pelos efeitos da teoria extensiva, estar-se-iam os indivíduos sujeitos a um perigoso subjetivismo do aplicador da lei ao mensurar de forma igualitária tais condutas de caráter e incidência diversos também no crime culposos.

Num rápido lance acerca do estudo comparado com sistemas alienígenas, deparamo-nos com diferenciadas posições.

Na Alemanha não são admitidas nem coautoria, nem participação, sob o entendimento de que “qualquer contribuição na causa produtora do resultado não querido, caracteriza, em si, a autoria”.¹⁹

No Brasil, a doutrina é quase unânime no sentido de admissão da coautoria, por força artigo 29 do CP, mas há uma refutação no que tange à participação sob o argumento de que como o tipo culposos tem caráter aberto é típica toda conduta que venha a descumprir o dever objetivo de cuidado.²⁰

O sistema de participação no homicídio culposos é utilizado na Espanha, que também admite a coautoria. Aqui, entende-se, e nós partilhamos desta vertente, que há possibilidade de comum acordo na conduta imprudente, de caráter voluntário. Relevante argumento utilizado é que há uma possibilidade de graduação mais justa no que tange à responsabilidade penal, mantendo o princípio da acessoriedade.

Por fim, cumpre esclarecer que nossa posição quanto à adesão a teoria restritiva com o critério objetivo-formal também encontra força motriz pelo fator de que se mostra falha a teoria do domínio do fato, quanto ao concurso de agentes no crime culposos, em virtude desta não dar respostas plausíveis à matéria, pois em sede de culpa, não há como prever resultado. Desta forma, mostra-se impossível a detenção sobre o domínio fí nal do fato, visto que, com a conduta lícita, não se quer o resultado típico.

¹⁹Idem. Ibidem, p.429.

²⁰JESUS. Damásio E. de Jesus.

6 Considerações finais

O crime de homicídio, atentado ao maior bem jurídico tutelado pelo ordenamento pátrio, qual seja, a vida, além da modalidade dolosa, admite a forma culposa. Os tipos culposos, de modo geral, têm caráter aberto, ou seja, não são previstos no Código Penal sob a forma de tipos expressamente elencados.

Desta forma, o que se considera nos delitos culposos é o desvalor da ação e não o resultado. Esse desvalor deve ser demonstrado pela quebra do dever de cuidado e, além disso, para o fato de que as consequências de tais condutas sejam previsíveis a qualquer homem médio.

Envolta em questão arguida neste trabalho, estar a possibilidade da participação nos crimes de homicídio em sua modalidade culposa.

De fato, a doutrina brasileira parece assente no sentido de graduar de forma igualitária as condutas dos agentes em tipos culposos, neste caso o homicídio, considerando todos os eventuais envolvidos na prática delituosa como verdadeiros coautores, independentemente de qual conduta tenham praticado, importante somente se concorreu para o resultado.

Para a viabilização de tal possibilidade, utiliza-se o legislador pátrio, no *caput* do art. 29 do CP, da aplicação da teoria unitária, sob o argumento de que todos sejam considerados autores, independentemente da conduta, pelo fato de que todos contribuíram para o resultado da mesma.

No trabalho, fazemos algumas considerações e ponderamos contrariamente a aplicação desta teoria, por entendermos haver ofensa aos princípios da acessoriedade da conduta e da reserva legal, assim como a individualização da pena, visto que se estaria imputando a um indivíduo que não cometeu a conduta principal do tipo à mesma penalidade ao que incorreu nesta.

Adotamos, em contraposição, apesar de reconhecermos certas limitações, a teoria restritiva com a aplicação do critério objetivo-formal, dessa forma, poder-se-ia viabilizar a individualização com base na graduação de reprovabilidade das condutas dos agentes envolvidos no concurso em homicídio culposo, fazendo, de maneira objetiva, a separação das punições, em virtude de que, ao nosso entender, como já exposto, não se pode auferir o mesmo grau de reprovação a quem comete a conduta descrita no tipo, ou seja, o núcleo, e quem o auxilia.

Nisso andou mal o legislador, a nosso ver, em virtude de que a teoria unitária não dá respostas concretas nesta questão, deixando sempre à discricionariedade do aplicador da lei a feitura da extensão na aplicação penal devida.

Em sede de culpa, há que se observar ainda a deficiência da teoria domínio do fato, que, em verdade, complementa a restritiva, mas se nos afi gura

insuficiente para aplicação no tipo culposo. De fato, apesar de reconhecer a necessidade de uma graduação diferente para quem não praticou o núcleo do tipo, tal teoria carece de complemento, pois não há como haver domínio de um fato que não era previsto, do contrário estarse-ia a desaguar no dolo.

No que tange à utilização da imputação objetiva para afastar a participação no homicídio culposo, ávidos nos mostramos em refutar a aplicação de tal teoria pelo simples motivo de que o comportamento social padronizado, ou seja, lícito, não pode ter o condão de afastar a responsabilidade penal, pois na culpa o comportamento é igualmente lícito, sendo o resultado, advindo da falta do dever de cuidado, que será o causador da punição, ou seja, quando do comportamento lícito e resultado punível estaremos diante de crime culposos e não de afastamento da responsabilidade.

Desta feita, procuramos, ao longo deste ensaio, fazer as definições necessárias, para então adentrarmos na questão que se nos avulta extremamente relevante que é a necessidade de se fazer uma graduação, de forma objetiva, das penalidades a serem imputadas aos diversos integrantes do concurso na forma culposa. De fato, à primeira vista, o tema se mostra inclusive contraditório, pela essência dos institutos ora estudados, mas, ao nos debruçarmos de forma mais atenta e profunda no assunto em questão, podemos vislumbrar a importância e, sobretudo, a necessidade de uma mensuração mais objetiva, pela simples e imperiosa demanda no sentido de se atentar para a acessoriedade das condutas e ainda mais para tornar efetiva a individualização da pena e, assim, conferir plena eficácia ao princípio basilar da reserva legal.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito penal: parte geral*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. _____.: parte especial. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2v.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. _____.: *parte especial*. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 2v.

_____. Teorias do direito penal. O que é a teoria da imputação objetiva?. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 14, n. 2338, 25 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13905>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código penal*. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 5v.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1990.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POLUIÇÃO SONORA AUTOMOBILÍSTICA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

Glauber Antônio Fialho Fontes
Bacharel em Direito

1 Introdução

A poluição provocada pelos sons automobilísticos é um tormento para o cotidiano de qualquer cidadão. Trata-se de um problema tipicamente urbano, haja vista que as cidades de grande e médio porte são as que mais padecem com os estridentes ruídos emitidos por aparelhos cada vez mais potentes. Em algumas oportunidades, os equipamentos de alta tecnologia ocupam inteiramente os compartimentos traseiros dos veículos, em outras, por serem tão avantajados, necessitam ir a reboque nos famigerados *paredões*, legítimos carrascos do sossego alheio.

Antes mesmo de adentrarmos a aspectos jurídicos, é oportuno enfatizar que a questão concerne primeiramente à educação do ser humano, pois é inadmissível que num país civilizado, que almeja atingir o *status* de desenvolvido, exista tamanho desrespeito à tranquilidade pública. A educação a que nos reportamos não é aquela formada por alguns anos de estudo, mas, sobretudo, a adquirida mediante a criação de uma consciência cívica, em que a maturidade é um ingrediente indispensável. Não era preciso existir uma lei para coercitivamente obrigar o cidadão a não perturbar o sossego alheio, bastava a percepção de que não é prudente invadir os diversos domicílios com ruídos extremamente desagradáveis, afetando, dessa forma, a paz e a saúde da população. Além desses inconvenientes, saliente-se que ninguém está obrigado a ouvir determinado ritmo musical. Vivenciamos o regime democrático, com pluralidade de preferências musicais, sendo inconcebível a ideia de se estabelecer uma ditadura dos sons.

Expostas essas observações iniciais, analisaremos algumas discussões que dizem respeito ao tema, tais como: tipificação adequada, aspectos de saúde pública, ações do Estado, tendo em vista que, frequentemente são alvos de interpretações equivocadas.

2 Extensão do problema e atuação do Ministério Público

Esse grave problema social só tem crescido nos últimos anos. Apenas para se ter uma ideia da repercussão, o Ministério Público da Paraíba¹, através do seu portal, informa que:

¹PORTAL DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Controle da poluição sonora*/ Resolução CONAMA nº01/90. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=98>>. Acesso em: 24 maio 2010.

Oito mil reclamações relativas à poluição sonora foram registradas na Secretaria de Meio Ambiente de João Pessoa (Semam), em 2009. Embora não haja estatísticas nos demais municípios da Paraíba, promotores de justiça que atuam na área do Meio Ambiente são enfáticos ao dizer que, atualmente, a poluição sonora é o problema ambiental que mais aflige as populações urbanas em todo o Estado e País. Por conta disso, o Ministério Público da Paraíba, órgãos ambientais e secretarias vão atuar em parceria para enfrentar o problema.

O Meio Ambiente recebeu da Constituição Federal 1988² tratamento especial, pois fora reservado um Capítulo exclusivo para tratar do tema. Vejamos o que preceitua a Carta Magna:

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.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VI- promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Lei Maior da República Federativa do Brasil elegeu o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como uma incumbência a ser perseguida pelos Poderes Públicos, devendo estes planejar ações preventivas e repressivas no combate às degradações ambientais.

O Ministério Público, que atua na defesa dos direitos difusos cujo rol inclui o Meio Ambiente, tem voltado a sua atenção para o enfrentamento da poluição sonora. A preocupação do *Parquet* é no sentido de uniformizar o combate da poluição sonora em todo o Estado da Paraíba, padronizando, dessa maneira, todos os procedimentos realizados pelos diversos órgãos que têm a atribuição de fiscalizar essa infração. É o que se depreende de reportagem veiculada no portal do Ministério Público da Paraíba³:

²BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2010.

³PORTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA. Capital registra 8 mil reclamações de poluição sonora, em um ano, 2010. Disponível em: <http://www.mp.pb.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=891%3Acapital-registra-8-mil-reclamacoes-de-poluicao-sonora&catid=46%3Ameioambiente&Itemid=149>. Acesso em: 30 abr. 2010.

A Equipe Especializada em Meio Ambiente e Urbanismo do MPPB já recomendou à Secretaria de Segurança e Defesa Social da Paraíba (Seds) que a poluição sonora seja combatida pelas Polícias Militar e Civil, todo o Estado. “Dependendo do potencial ofensivo, a poluição sonora pode ser uma contravenção penal ou um crime ambiental e ambos são de ação penal pública incondicionada, o que significa dizer que a polícia tem o dever de reprimir de ofício, sem esperar a recomendação ou determinação do Ministério Público”, explicou o promotor de Justiça que integra a equipe especializada, José Farias.

Discorrendo especificamente sobre o Estado da Paraíba, é oportuno mencionarmos que existem 223 Municípios e que a fiscalização não é efetiva em razão da ausência de servidores e aparelhos próprios, como os decibelímetros, que mensuram a quantidade de decibéis emitida pelo som. Para combater esse tipo de poluição, é imprescindível a formação de equipes aparelhadas que possam atuar em todo o Estado.

Com os órgãos que compõem a segurança pública trabalhando em harmonia, havendo treinamento específico, pessoal suficiente, atuação de forma padronizada em todo o Estado, certamente teremos melhores resultados no combate a essa mácula cívica que é a poluição sonora.

3 Enquadramento jurídico

Discussão bastante acirrada é a que versa sobre o enquadramento jurídico atribuído à conduta que causa a poluição sonora, através dos aparelhos de som instalados nos veículos automotores. Toda a celeuma gira em torno da tipificação penal correta, alguns estudiosos entendem que se trata de crime ambiental, definido no art. 54 da Lei nº. 9605/98, outros defendem a configuração de contravenção penal, situada no art. 42, III, do Decreto-Lei nº. 3688/41.

Iniciando o debate, é conveniente analisarmos a objetividade jurídica colimada por cada uma das legislações, ou seja, vamos descortinar o bem jurídico a ser protegido por cada diploma legal. Quando discorrermos sobre o art. 42, III, do Decreto-Lei nº. 3688/41, é possível constatar, através de processo interpretativo, que a intenção da norma foi resguardar o sossego público, de forma mais restrita, sem alcançar o caráter coletivo, difuso. Neste caso, é possível identificar, especificamente, quem são os sujeitos ativos e passivos da contravenção, pois, a abrangência é restrita. Observe-se a dicção do artigo 42 da Lei das Contravenções Penais⁴:

⁴BRASIL. Decreto-Lei nº. 3688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/_quadro.htm>. Acesso em: 23 maio 2010.

Art.42. Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios:

I. com gritaria ou algazarra;

II. exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III. abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV. provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda.

Pena- prisão simples, de 15 dias a 3 meses, ou multa.

Da análise do texto normativo supracitado, infere-se que a proteção individualizada foi a intenção do legislador. Neste caso, a objetividade jurídica é mais restrita. A título ilustrativo podemos citar o caso corriqueiro de jovens que se divertem ao som ensurdecador dos seus automóveis, incomodando as localidades circunvizinhas aos bares e restaurantes. As pessoas que estão ao redor são os sujeitos passivos da contravenção penal, pois tiveram o seu sossego violado.

De outro lado, o art. 54 da Lei n°. 9605/98, que disciplina os crimes ambientais, tem o desiderato de proteger o meio ambiente, de forma difusa, ou seja, aqui estão tutelados os direitos transindividuais, aqueles que não podem ser fracionados. Os titulares são sujeitos indeterminados, ligados por uma circunstância de fato. Vejamos os dizeres do texto legal⁵:

Art. 54, Lei n. 9.605/98: 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.

Pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Como se percebe, neste caso, o prejuízo não pode ser individualizado, mas deve, diferentemente do caso tratado anteriormente, alcançar grandes proporções, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a qualidade ambiental.

Não podemos olvidar que o enquadramento jurídico, dependendo da intensidade dos ruídos e das consequências advindas, poderá ser alterado. Por isso, mesmo se utilizando um aparelho de som instalado em veículo automotivo, é possível que haja a configuração de crime ambiental, bastando que o som emitido seja de uma intensidade tal que provoque danos à saúde humana ou cause um dano ambiental caracterizado, por exemplo, como a mortandade de animais. É o caso, a título ilustrativo, de um grupo de jovens que resolve ouvir o som de um automóvel,

⁵BRASIL. Lei n°. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1998.htm>. Acesso em: 30 maio 2010.

em volume ensurdecador, ao lado de uma reserva ambiental, onde estejam diversos pássaros em extinção e, exatamente em razão dessa conduta, haja uma enorme mortandade das espécies protegidas.

Portanto, é bastante relevante a análise minuciosa do caso concreto, para que, ante as particularidades da prática, possamos enquadrar o fato de maneira correta, conforme preceituam os conceitos jurídicos.

4 Exercício do Poder de Polícia

Numa sociedade civilizada, regida pelo Estado Democrático de Direito, os cidadãos possuem um leque de direitos, além de estarem protegidos contra a arbitrariedade do poder estatal. Ocorre que, para exercitarem esses direitos, os indivíduos devem observar certos limites, como o interesse público. É oportuna a observação, nesse cenário, de que nenhum direito é absoluto.

O Poder de Polícia é o instrumento que o Estado se utiliza para restringir o exercício de direitos individuais que estejam em desarmonia com o interesse público. O Princípio da Supremacia do Interesse Público fundamenta a aplicação desse dever-poder por parte do ente estatal. O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ faz a seguinte definição:

A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos e concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Em razão desses fundamentos jurídicos, quando ocorre a perturbação do sossego alheio através de sons incorporados a veículos automotivos, o Estado é obrigado a agir mediante as polícias civil e militar. Entra em cena o Poder de Polícia, pois as autoridades administrativas vão restringir um direito individual utilizado indevidamente, em benefício do interesse público. O procedimento correto, segundo a legislação aplicável à espécie, reza a adoção das seguintes medidas: constatação da quantidade de decibéis, por meio do decibelímetro; verificada a inadequação do volume, deve-se conduzir o motorista à Delegacia de Polícia para que seja lavrado o Termo Circunstancia-

⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

do de Ocorrência (TCO); o veículo será apreendido para que sejam retirados os equipamentos de som, pois estes constituem os instrumentos do crime; imputa-se multa administrativa ao infrator.

Nesse contexto, é imprescindível verificarmos o quantitativo de decibéis emitidos pelo aparelho de som, para que sejam adotadas as providências legais que o caso requer. O órgão incumbido de estabelecer os parâmetros de ruídos é o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), criado pela Lei nº 6.938/81, que fora regulamentada pelo Decreto nº. 99.274/90. Este órgão editou a resolução CONAMA Nº 01/90⁷, que nos itens I e II prevê:

I - a emissão de ruídos, em decorrências de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política, obedecerá no interesse da saúde, do sossego público, a padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta resolução;
II – são prejudiciais à saúde e ao sossego público, para fins do item anterior, os ruídos superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152, avaliação de ruídos em área habitadas – visando ao conforto da comunidade – da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Analisemos o que estabelece a norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas⁸:

NBR nº. 10.151 - que fixa as condições exigíveis para avaliação da aceitabilidade do ruído em comunidades. Especifica um método para a medição de ruído, a aplicação de correções nos níveis medidos (de acordo com a duração, característica espectral e fator de pico) e uma comparação dos níveis corrigidos, com um critério que leva em conta os vários fatores ambientais.

A citada norma NBR 10.152⁹, por seu turno, dispõe sobre níveis de ruído para conforto acústico, complementando a NBR nº 10.151; vejamos:

⁷PORTAL DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Controle da poluição sonora/Resolução CONAMA nº01/90. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=98>>. Acesso em: 24 maio 2010.

⁸PORTAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Normas técnicas da ABNT, 1987. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

⁹PORTAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Normas técnicas da ABNT , 1987. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

Quadro 1. Demonstrativo de Decibéis Permitidos

Área	Período	Decibéis (dB)
Zona de hospitais	Diurno	45
	Noturno	40
Zona residencial urbana	Diurno	55
	Noturno	50
Centro da cidade (negócios, comércio, administração)	Diurno	65
	Noturno	60
Área predominantemente industrial	Diurno	70
	Noturno	65

Fonte: Norma NBR nº 10.151/1987, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)

De posse desses dados regulamentares específicos, os órgãos estatais poderão exercer o Poder de Polícia com eficiência. Ocorre que, na prática, o que se constata é que faltam aos agentes administrativos treinamentos e equipamentos adequados, sobretudo no quesito informação, o que dificulta a atuação das instituições estatais.

Depreende-se, com isso, que não são poucas as consequências para quem pratica esta contravenção penal. Uma vez aplicadas as medidas legais em vigor, que, diga-se de passagem, são simples e de fácil exequibilidade, essa prática delituosa poderá ser bastante reduzida.

4 Consequências à Saúde

Além de implicações jurídicas, vítimas e infratores poderão padecer com consideráveis complicações de saúde, que vão desde a perda do sentido auditivo até o desenvolvimento de depressões, tamanho é o estresse causado pela poluição sonora. Vejamos o que relata Antônio Silveira Ribeiro dos Santos¹⁰, em referência a dados da Organização Mundial de Saúde:

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o limite tolerável ao limite humano é de 65 dB (A); acima disso nosso organismo sofre de estresse aumentando o risco de doenças. Ruídos acima de 85 Db

¹⁰SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. *Poluição sonora e sossego público*. Disponível em: <<http://www.aultimaarcadenoe.com/artigo12.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

(A) aumentam o risco de comprometimento auditivo, sendo dois os fatores determinantes para a amplitude do dano: tempo de exposição e o nível do barulho a que se expõe a pessoa ou pessoas.

Os estudos comprovam que o ouvido humano só é capaz de suportar até uma determinada quantidade de decibéis; ultrapassado esse limite, os prejuízos são diversificados.

Com todo esse quadro de adversidades, um detalhe chama a atenção: é que, nesse tipo de poluição, nem mesmo o sujeito ativo da contravenção penal está imune aos malefícios advindos. O próprio agressor sofre diretamente as consequências da ilicitude. Devido à proximidade aos ruídos, este sujeito acaba tendo sua saúde mais comprometida que a vítima, além, evidentemente, dos desdobramentos penais aplicáveis.

É preciso dobrar os cuidados com os nossos sentidos, pois através deles interagimos com todo o mundo, firmando, dessa maneira, o nosso espaço no meio social. O respeito ao meio ambiente produz qualidade de vida aos seres humanos, sendo a saúde um pressuposto elementar para se alcançar esse benefício.

5 Conclusão

À guisa de conclusão, podemos constatar que, atualmente, o problema da poluição sonora automobilística tem levado bastante preocupação à nossa sociedade e este inconveniente não vem sendo enfrentado adequadamente pelas autoridades administrativas, causando transtornos de toda ordem à população.

O problema se inicia com ausência de uma educação sólida, calcada nos valores do respeito, da sensibilidade e boa convivência. Inexistem campanhas educacionais conscientizadoras, demonstrando os malefícios causados à saúde, à convivência social. Não há vontade política da Administração para solucionar o problema. Poucos órgãos possuem equipamentos suficientes, como os decibelímetros. O procedimento policial não é padronizado, pois faltam informações acerca do tema, desencadeando omissões de um lado, arbitrariedade de outro. A escassa fiscalização existente não tem condições de atender a todas as ocorrências, o que proporciona a impunidade aos transgressores da lei e a revolta na população pelo não atendimento dos pleitos requeridos.

Em razão desse cenário, medidas drásticas precisam ser tomadas a bem da sociedade. Um trabalho de conscientização, alertando sobre as consequências dessa modalidade de contravenção penal, deve ser implementado. Os órgãos administrativos precisam atuar de maneira padronizada, isto é, as

Polícias Civil e Militar cuidando da parte criminal, as Secretarias do Meio Ambiente imputando multas, tudo conforme preconiza as leis que regem a matéria.

Proporcionar um Meio Ambiente equilibrado e tranquilo é uma incumbência que cabe a cada cidadão. Não era necessário o receio de uma reprimenda estatal para que os particulares se conscientizassem de que não podem perturbar a paz pública com ruídos ensurdecedores, bastava a percepção de que tal postura fere a civilidade.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília; Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2010.

_____. Decreto-Lei n.º. 3688, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/_quadro.htm>. Acesso em: 23 maio 2010.

_____. Lei n.º. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1998.htm>. Acesso em: 30 maio 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PORTAL DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Controle da poluição sonora/Resolução CONAMA n.º01/90. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=98>>. Acesso em: 24 maio 2010.

PORTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA. Capital registra 8 mil reclamações de poluição sonora, em um ano. 2010. Disponível em: <http://www.mp.pb.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=891%3Acapital-registra-8-mil-reclamacoes-de-poluicao-sonora&catid=46%3Ameioambiente&Itemid=149>. Acessado em: 30 abr. 2010.

PORTAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS. Normas técnicas da ABNT, 1987. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Poluição sonora e sossego público. Disponível em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com/artigo12.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2010.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE À TENDÊNCIA DA DESINSTITUCIONALIZAÇÃO: COTEJO DA PROBLEMÁTICA DOS LIMITES TEMPORAIS MÁXIMO E MÍNIMO

Karin O'Donnell Kyburz
Bacharela em Direito

1 Por que desinstitucionalizar?

Desde a antiguidade até a era moderna, a sociedade busca “purificar-se” para manter sua integridade e sobrevivência. A forma encontrada de eliminar as frustrações sociais foi através do que Thomas Szasz chama de *scapegoat*¹, ou seja, bode expiatório, visto como símbolo de mau, que é necessário expurgar da ordem social.

Desse modo, ao longo da história, a sociedade vem excluindo, segregando e institucionalizando parcelas diferentes da população, isto é, eliminando frustrações mediante a separação de minorias. Assim como o bode foi sacrificado por motivo religioso, as feiticeiras e hereges foram queimados no período da inquisição por demonstrarem certa ameaça ao catolicismo, os leprosos, além de não serem medicamente tratados, encontraram na própria doença a razão da exclusão, os vagabundos, os desempregados, os inválidos, os ociosos, os mendigos e muitos outros economicamente improdutivos tornaram-se para o Estado, por motivos políticos e de mercado, indivíduos que deveriam ser expurgados em prol da ordem social. Nesse mesmo contexto insere-se o louco, como mais um dos personagens da tragédia da exclusão, num primeiro momento mediante pretextos místicos, como a possessão diabólica².

Somente no Renascimento luta-se contra a superstição e obtêm-se pequenos avanços práticos por meio de cientistas, filósofos, homens de letras e artistas do Século XVII. Através do empirismo e do racionalismo, com métodos de observação e classificação, Felipe Pinel tornou possível tratar os transtornos

¹O termo em inglês é uma contração de *escape goat* e exprime que, através dele, o homem escapa da culpa e do pecado. Traduzido como “bode expiatório”, signifi ca aquele que sofre por nós. Expiar, em português, como em latim, signifi ca purifi car, sofrer. SZASZ, Th omas S. *A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a inquisição e o movimento da saúde mental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, [s.d.], p. 298.

²A expulsão do louco não se deu somente através do alojamento num pequeno espaço da cidade, mas também através da “Nau dos Loucos”, isto é, o meio através do qual alguns desses loucos, alojados e mantidos pelo orçamento da cidade – sem tratamento algum –, eram levados, por mercadores e marinheiros, sendo largados em qualquer lugar fora da cidade. O importante é que fossem perdidos, que deixassem os muros da cidade, se tornando prisioneiros de sua própria partida e purificando de sua presença o lugar de onde vieram. Dessa forma, entendemos que a comunidade via como um grande sacrifício ceder uma parcela de seu espaço aos loucos, que não eram considerados merecedores de nada. Somente em alto mar eles encontrariam seu lugar e sua identidade ou, talvez, sua falta de identidade por excelência, sem saber de onde vêm, nem para onde vão, se tornando, portanto, o que Foucault chama de “passageiro absoluto”. Ver FOUCAULT, Michel. *A história da loucura: na idade clássica*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. p.10-14.

mentais de uma forma mais objetiva e humana, através de importantes classificações e da libertação dos insanos de suas correntes³. Sucessor de Pinel, Jean-Etienne Esquirol escreveu sobre as condições indignas dos asilos⁴ e afirmou que os doentes mentais eram tratados como criminosos, atirados em calabouços, onde definhavam em seus próprios excrementos, amarrados a correntes que dilaceravam suas carnes. Diante disso, defendeu um tratamento mais justo para os doentes mentais e para os criminosos portadores destas doenças.⁵

Assim, a loucura separou-se do campo geral da exclusão, em razão da vedação da privação da liberdade isenta de garantias jurídicas, convertendo-se em uma entidade clínica que era preciso atender em termos médicos para buscar a cura. Contudo, para a “escola clássica” de Paris – de Pinel e Esquirol –, que dominou o cenário psiquiátrico europeu até o início do século XX, era condição do tratamento alienista – tratamento moral – isolar o paciente da sociedade – vista como comunidade que suscitava distúrbios –, ocupando os espíritos e os corpos dos doentes mentais em manicômios, onde os ânimos da loucura restariam isolados, controlados e reprimidos.⁶

Na visão de Franco Basaglia, “Pinel libertou os loucos das prisões, mas, infelizmente, depois de tê-los libertado, colocou-os em outra prisão que se chama manicômio”⁷. Voltado contra este aprisionamento, ele cria na Itália, em 1973, o movimento da psiquiatria democrática, através do qual pretendia estender por todo país a reforma psiquiátrica – oriunda, após a Segunda Guerra Mundial, das críticas da eficiência dos asilos, dos tempos de reconstrução social, desenvolvimento econômico e de movimentos civis, de uma tolerância maior às minorias, da descoberta de medicamentos psicotrópicos e da adoção da psicanálise. Assim, concluiu-se que o hospital psiquiátrico deveria ser transformado ou até abolido. Esta reforma se daria através da transformação do manicômio em uma instituição terapêutica ou do seu fechamento – acarretando a desinstitucionalização dos pacientes –, que, segundo Franco Rotelli:

³ALEXANDER, Franz G. *História da psiquiatria*. Tradutor: Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1968. Cap.-8.

⁴Esquirol foi um dos primeiros alienistas que usou o termo asilo para desviar do cunho pejorativo que ainda tinha a palavra hospital. Ver DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 1999. p. 17.

⁵STONE, Michael H. *A cura demente: a história da psiquiatria da antiguidade até o presente*. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 92-3.

⁶DESVIAT, Manuel, op. cit., p. 17. “Na época de Pinel, quando a relação fundamental da ética com a razão será convertida num relacionamento segundo da razão com a moral, e quando a loucura não será mais que um avatar involuntário sucedido, do exterior, à razão, se descobrirá com horror a situação dos loucos nas celas dos hospícios. Vem a indignação pelo fato de os ‘inocentes’ terem sido tratados como ‘culpados’. O que não significa que a loucura recebeu finalmente seu estatuto humano ou que a evolução da patologia mental sai pela primeira vez de sua pré-história bárbara, mas sim que o homem modificou seu relacionamento originário com a loucura e não a percebe mais a não ser enquanto refletida na superfície dele mesmo, no acidente humano da doença.” FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 143-4.

⁷BASAGLIA, Franco. *A psiquiatria alternativa: Contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática*. 3. ed. São Paulo: Brasil Debates, 1982. p. 13.

(...) é um trabalho prático de transformação que, a começar pelo manicômio, desmonta a solução institucional existente para demonstrar (e remontar) o problema. (...). O processo de desinstitucionalização torna-se agora uma reconstrução da complexidade do objeto. A ênfase não é mais colocada no processo de *cura*, mas no projeto de *invenção de saúde* e de *reprodução social do paciente*.⁸

A doença mental é uma doença como qualquer outra, devendo, portanto, ser tratada e somente acarretar a internação em caso extremo de necessidade, como a crise, por exemplo.⁹

O processo, muitas vezes desnecessário, de institucionalização, acarreta, segundo Ervin Goffman, uma sistemática mortificação do eu, através de progressivas mudanças na vida do paciente, como a perda do *status* social no mundo externo; o despojamento da sua aparência visual e de todos os seus bens – originando a perda da identificação pessoal –; a violação da reserva de informação quanto ao eu; dias marcados para visitas, que são geralmente controladas pela administração; o ócio forçado e através da passagem do tempo, um sentimento de tempo perdido não só pela perda do contato com o mundo externo, mas pela impossibilidade de adquirir coisas que possam ser transferidas para a vida externa.¹⁰

Desse modo, não deve existir mais uma preocupação direta com a cura – vida produtiva –, mas com a produção de vida, ou seja, com a convivência social, a utilização dos papéis sociais. Rompe-se, a partir daí, a mecânica rígida do *processo de doença*¹¹.

Mais uma vez, nas palavras de Franco Rotelli:

Esta transformação da forma organizativa dos sistemas de saúde mental rompeu o domínio cultural do modelo segregativo clássico da Psiquiatria, no qual o manicômio constituía a única resposta ao sofrimento psíquico. E nesta perspectiva foram multiplicadas as estruturas extrahospitalares, médicas e sociais, que deveriam assistir aos pacientes egressos dos hospitais psiquiátricos e constituir um filtro contra hospitalizações ulteriores¹².

⁸ROTELLI, Franco, et. al. *Desinstitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2001. p. 29-30.

⁹Essa ideia baseia-se na perspectiva de Basaglia ao afirmar que um caso apresentado a ele não mais seria um caso de doença, mas de crise vital, ou seja, se alguém está com problemas psiquiátricos, poderia ser diagnosticado, poderia ser rotulado e conseqüentemente institucionalizado, mesmo que sua doença não tenha cura. Mas ao invés disto, pode ter seu problema encarado de uma forma subjetiva, como uma crise, tendo uma resposta e um tratamento relativos a tal crise. A doença, sugere Basaglia, deve passar a ser expressão de uma crise existencial, social, familiar, etc. Todavia, essa forma de encarar os fatos é problemática, pois “o psiquiatra sempre confundiu o internamento com sua própria liberdade. Quando o doente está internado, ele (médico) está em liberdade. Quando o internado tem liberdade, o internado é o médico! O médico não aceita essa situação de paridade, porque ou o doente vem para dentro ou eu (médico) entro”. BASAGLIA, Franco, op. cit., p. 17-9.

¹⁰GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: perspectiva, 2003. p. 23-69.

¹¹DESVIAT, Manuel, op. cit., p. 30.

¹²ROTELLI, Franco, et. al. op. cit., p. 20.

Desse modo, independente da (in)viabilidade total das propostas da reforma psiquiátrica, deve-se ter presente as influências trazidas por esses movimentos, exercendo-as na realidade dos manicômios e, conseqüentemente, no instituto da medida de segurança.

2 A medida de segurança frente à tendência da esinstitucionalização

Preliminarmente, devemos aclarar que a medida de segurança tem como pressuposto necessário a prática de um ilícito penal típico, a presença da periculosidade e a ausência de imputabilidade plena do agente¹³. Frente a esses requisitos, faz-se possível a aplicação da medida de segurança, que terá por objetivo o tratamento do paciente-delinquente e a defesa da sociedade.

Com base nestes objetivos da medida asseguradora, analisaremos algumas de suas características a fim de verificarmos até que ponto a respectiva conexão é adequada. Em relação ao tratamento, devemos ter presente a sua atual concepção, segundo a qual, para Franco Basaglia, a pessoa doente tem como primeira necessidade não só a cura da doença, mas muitas outras coisas, como um relacionamento humano com quem a trata, respostas reais para o seu ser, precisa de dinheiro, de uma família e de tudo aquilo que nós também precisamos¹⁴. Devemos, portanto, nos perguntar até que ponto a internação faz-se mister quando o objetivo é tratar, cuidar, beneficiar o paciente, sendo que sua doença pode vir a ser controlada somente com medicamentos e com tratamento ambulatorial.

Relativamente à defesa da sociedade, devemos ter em mente o binômio perigo que ameaça e sociedade que se defende, de onde nasceu a teoria da perigosidade¹⁵, a fim de vincularmos diretamente a finalidade de defesa social com a real periculosidade do paciente-delinquente, pois se esse agente não é criminalmente perigoso, deve-se, irremediavelmente, afastar a aplicação de uma medida de segurança, mormente de internação¹⁶.

Feita análise de como deveria ser a medida asseguradora, de acordo com o seu objeto, passemos a analisar como é a medida de acordo com sua previsão legal.

Existem duas espécies de medida de segurança, ambas pessoais: a detentiva e a restritiva. A primeira consiste no tratamento mediante recolhi-

¹³BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 641.

¹⁴BASAGLIA, Franco, op. cit., p. 17.

¹⁵BRUNO, Aníbal, Teoria da perigosidade criminal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 753-776, 2000.

¹⁶MONTEIRO. Cristina Libano. *Perigosidade de inimputáveis e 'in dubio pro reo'*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 83-4.

mento do sujeito, ou seja, internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, podendo também ser cumprida em outro estabelecimento adequado¹⁷. A segunda, inovação da reforma de 1984 do Código Penal, de acordo com as tendências de *desinstitucionalização*¹⁸, é o tratamento ambulatorial, que supõe o comparecimento do delinquente “ao hospital nos dias que lhe forem determinados pelo médico, a fim de ser submetido à modalidade terapêutica prescrita”¹⁹, sem que para tanto lhe seja restrita a liberdade.

A medida detentiva é a regra geral para os inimputáveis, e, excepcionalmente, isto é, quando o fato delituoso for punível com detenção, poderá ser substituída por tratamento ambulatorial.

Contudo, a punibilidade com pena de detenção não é suficiente para tal conversão, sendo necessário examinar as condições pessoais do agente e a sua compatibilidade com a medida mais liberal²⁰. “Sendo assim, embora tenha sido a periculosidade a motivadora da medida de segurança, é o tipo de ilícito penal cometido que definirá se a medida de segurança será ambulatorial ou em regime de internação integral”²¹.

O Código Penal prevê que o tratamento ambulatorial poderá a qualquer momento, quando necessário para fins curativos do agente, ser convertido em internação em hospital de custódia e tratamento (art. 97, § 4º, do Código Penal)²². Todavia, não previu que, quando necessário para fins curativos do agente, fosse possível, em razão da sua baixa periculosidade, a dispensa da internação, com possibilidade de aplicação direta do tratamento ambulatorial, por indicação do médico-perito.

A modalidade de terapia adotada pela medida de segurança, na forma como está no ordenamento jurídico, surpreendentemente não decorre de recomendação médica ou pericial, mas do desvalor do resultado. A escolha da espécie da medida de segurança se dá *ope legis*, manifestando *contraditio in terminis*, priorizando o resultado do delito, em detrimento da doença diagnosticada pelos médicos²³.

¹⁷BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 642.

¹⁸Exposição de motivos ns. 90 e 91 do Código Penal.

¹⁹Exposição de motivos n. 90 do Código Penal.

²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 642.

²¹RAMOS, Maria Regina Rocha e COHEN, Cláudio. Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, p. 215-229, 2002. 39v.

²²PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 694

²³SMANIOTTO, Edson Alfredo Martins. Da Medida de Segurança. *Revista de Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, n. 6, p.19-22,2001.

Além disso, a lei estabelece, no § 1º do art. 97 do Código Penal, um prazo mínimo de cumprimento da medida de segurança, de um a três anos, como marco para realização do primeiro exame de verificação de cessação de periculosidade²⁴. Enquanto não for averiguada, mediante esse exame, o fim da periculosidade do paciente, a medida perdurará, isto é, embora os critérios da medida sejam o tratamento e a defesa social, tais fins parecem não ter relevância enquanto não findar o tempo mínimo predeterminado.

Mas qual é a natureza jurídica deste tempo? Por que a espécie de medida asseguradora depende da pena aplicada ao delito, se não é este o critério da medida?

Para alguns, a resposta estaria na prevenção geral positiva, embora, no plano teórico, a medida de segurança tenha por objetivo a prevenção especial, enquanto a pena visa à prevenção geral e à especial²⁵.

Mas será que essa função existe na medida de segurança? Em tese, não deveria existir, mas há quem entenda que “o abalo social propagado pelo inimputável à comunidade exige uma estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada (...)”²⁶, e a forma de reafirmar essa norma, favorecendo o processo de integração social, é vincular a gravidade do ilícito penal com a sua consequência jurídica. Precisamente, isso ocorre na escolha da espécie da medida de segurança e do tempo mínimo de internação.

Tanto a ideia de prevenção geral positiva quanto a de retribuição não poderiam fazer parte da medida de segurança, pois “a internação desnecessária ou por tempo desnecessário apenas piorará o estado do recolhido, evidenciando que se preferiu um jogo que beneficia aparentemente a segurança social com olvido de que esta só existe quando se tutela cada um”²⁷.

²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 645.

²⁵PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 690. Sob a influência da escola positivista, do pensamento de que o criminoso não mais necessitava de retribuição pelo mal praticado, mas de tratamento, surge a ideia de que a sanção deveria recuperar o delincente, corrigir individualmente o desajustamento gerador do crime. Esta é a acepção prevencionista-especial positiva. Considerando o objetivo principal das sanções, a emenda ao delincente, admitia-se, excepcionalmente, a sua segregação, em casos de incorrigibilidade e de perigo para a sociedade. Esta é a acepção preventivista-especial negativa. A prevenção geral também se subdivide em negativa e positiva. A negativa se fundamenta na intimidação, na temorização do delincente, a fim de atuar pedagogicamente na comunidade, demonstrando aos delinquentes que quem comete crimes é punido. Esta função será inócua frente aos criminosos doentes, que não têm discernimento e compreensão da norma jurídica, não sendo por ela intimidados. A positiva assume a função de revalorizar o ordenamento jurídico, visando restabelecer a confiança institucional afrontada pela conduta ilícita, sendo que somente a aplicação de uma sanção pode trazer este respeito almejado. Ver FERRARI, Eduardo Reale. *Medida de segurança e Direito penal no Estado democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49-61.

²⁶Idem, ibidem, p. 62.

²⁷ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Manicômio judiciário e medidas de segurança alternativas. *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*. Brasília, v. 43, p. 53-61. 1981.

A ideia de repressão é, pois, totalmente estranha à medida de segurança. A ideia de reação, substancialmente, não convém também, a menos que se queira falar em uma reação meramente naturalista, mecânica que se manifesta sempre que um organismo for tocado em suas condições de existência física. Nunca no sentido de reação como reafirmação do ordenamento jurídico contra uma ação violadora de um preceito sancionado²⁸.

Dessa forma, tendo a medida de segurança fulcro no tratamento do paciente, deve-se realizá-la tal qual indicarem os médicos, almejando sua real eficácia em vez de permitir que tenha fins diversos daqueles a que ela se propõe, mormente diante das novas tendências da psiquiatria, onde a internação, quando recomendada, dura dias, jamais chegando a um ou três anos, como exige a lei.

Percebemos, assim, que a exigência de uma internação, e sua vinculação a tempo mínimo pré-fixado, representa uma afronta aos pilares da medida de segurança, tendo em vista que a obediência à norma torna despiendo o ponto de vista médico na escolha da espécie da medida, bem como a finalidade de defesa social, ao permitir a internação de pessoa não perigosa, por mera limitação legal.

Além disso, não poderíamos deixar de apontar o critério legal adotado pelo Código Penal, que compreende os inimputáveis como presumidamente perigosos até o término do tempo mínimo fixado²⁹. A periculosidade deveria ser verificada individualmente, analisada caso a caso, tendo em vista que “a presunção legal ignora as particularidades do problema, para poder aspirar a uma aplicação homogênea e generalizada”³⁰. Nem precisamos mencionar que o preço desta homogeneidade é a injustiça³¹.

Existem duas hipóteses flexibilizadoras desse contrassenso. A primeira, prevista no artigo 176 da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal –, consistente na permissão da realização de um laudo extraordinário antes do término do prazo mínimo determinado, viabilizando, por exemplo, a desinternação de um paciente que tenha sua periculosidade cessada antes de findo esse prazo, ou daquele que nunca possuiu periculosidade criminal e foi “vítima” da presun-

²⁸BETTIOL. Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Red Livros, 2000. p. 751.

²⁹BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 39-40. v. 1, t. I

³⁰MONTEIRO. Cristina Libano, op. cit., p. 104.

³¹Deve-se considerar que a injustiça consiste no fato de essa presunção ser absoluta, não admitindo prova em contrário. Afinal, se não existisse qualquer presunção, o próprio médico encontraria grandes dificuldades se tivesse que instantaneamente realizar um juízo de periculosidade em alguém; contudo, ele necessita ter não só o direito, mas o dever de ser ouvido, respeitado e acatado sempre que afirmar que alguém não representa perigo criminal, merecendo a liberdade. Assim, mister se faz a relativização desta presunção.

ção³². A segunda é um instituto extralegal, chamado *alta progressiva*, que viabilizou, pela primeira vez no Brasil, em 1966, no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, de Porto Alegre, a progressão dos pacientes-delinquentes, permitindo que se dirigissem à casa de familiares, inicialmente nos fins de semana, ampliando paulatinamente tais liberações para uma semana, quinze dias, um mês, até a permanência definitiva, quando demonstradas as condições de reintegração comunitária³³.

A alta progressiva foi incorporada em 1977 ao regimento interno da instituição, de comum acordo com os juízes da Vara de Execuções Criminais, e sempre lhes é solicitada quando há uma melhora significativa nos sintomas do paciente e na capacidade da família para recebê-lo de volta, sendo geralmente concedida, exceto quando solicitada durante o primeiro período da medida de segurança. Ao longo dos anos, metade dos pacientes sob custódia no IPF mantém-se em tratamento em casa ou na comunidade. Um estudo transversal de toda população do IPF, realizado em 1999, demonstrou que de um total de 618 pacientes, 189, ou seja, 30,6%, tratavam-se em casa. “O fator determinante para que um paciente possa beneficiar-se da Alta Progressiva é a avaliação clínica presente e não o delito cometido no passado. As pacientes são entendidas simultaneamente como protagonistas e vítimas dos próprios delitos cometidos”³⁴. Essa forma de tratamento é baseada numa profunda confiança na possibilidade de superação da doença mental, até mesmo nos casos mais complexos³⁵.

Seguindo o exemplo de Porto Alegre, o hospital de custódia e tratamento Franco da Rocha, em São Paulo, de 1981 a 1984 permitiu que seus pacientes passassem fins de semana com a família. Após superar a suspensão de tal atitude pela ausência de amparo legal, em 1989 foi inaugurado um pavilhão

³²Todavia, até quando se almeja uma alternativa para favorecer o paciente, há aqueles que visam restringir a norma favorável. Cesar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado entendem que antes do término do prazo mínimo determinado na sentença, “poderá o exame ser realizado mediante provocação do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor – mas nunca de ofício”. (grifo nosso). Ver BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 649 e PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 697. De modo diverso entende REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176; MESTIERI, João. *Teoria Elementar do direito criminal: parte geral*. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990. p. 378; ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 33.

³³“Reintegração comunitária significa possibilidade de integração social, exteriorizada pela progressividade na execução de qualquer espécie de sanção-penal, estendendo-se também àqueles suscetíveis às medidas de tratamento criminal”. Ver FERRARI, Eduardo Reale. *Medida de segurança e Direito penal no Estado democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 168-169.

³⁴MENEZES, Ruben de Souza. *Vencedor Categoria de Direitos: programa de alta progressiva da Unidade Feminina do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso*. Porto Alegre: Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://www.premiodeinclusao.com.br>>.

³⁵Idem. Ibidem.

destinado ao implemento da progressividade na execução da medida de segurança de internamento, consistindo em local de transição entre o regime fechado e o retorno ao meio social. Este instituto recebeu o nome de *desinternação progressiva*³⁶.

3 Cotejo da problemática dos limites temporais máximo e mínimo da medida de segurança

Muito se suscitou a contestável falta de tempo máximo na medida de segurança. A norma que impunha prazo indeterminado foi relativizada ao longo dos anos por tribunais diversos, sendo os artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, interpretados de forma sistemática e teleológica pelo Supremo Tribunal Federal, que, considerando a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas, jungiu a medida de segurança ao período máximo de 30 anos³⁷.

A partir de 2009, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, o Superior Tribunal de Justiça passou a limitar a duração da medida de segurança à pena máxima cominada *in abstracto* ao delito cometido³⁸.

Indubitável que o tempo tornou mais justa a medida de segurança, ao passo que equiparou a concessão de garantias fundamentais entre imputáveis e inimputáveis. Contudo, tal equiparação restou limitada à esfera de maior visibilidade da medida, qual seja o limite temporal máximo.

Na prática, o tempo mínimo pré-fixado desencadeia o rompimento dos laços sociais do paciente delinquente. A doença e a reclusão acarretam um afastamento da família, que, em algumas circunstâncias, acomoda-se à nova condição isenta de responsabilidades, não se dispondo a assumi-las posteriormente.

Excluído de direitos fundamentais focados na ressocialização, o impropriamente absolvido permanecia institucionalizado por tempo mínimo, suficiente a eliminar resíduos de adequação à vida social. Ao fim da necessidade da medida, sem que houvesse mínimas chances de resgate sociofamiliar, acabava “condenado” a eterna permanência no instituto psiquiátrico, por motivos absolutamente diversos dos objetivos da medida de segurança, quais sejam a falta de amparo social, familiar, a ausência de condições para (re)começar uma vida sem guarida, estrutura econômica, emprego, moradia etc.

³⁶FERRARI, Eduardo Reale. As medidas de segurança criminais e sua progressão executória: desinternação progressiva. *IBCCRIM*. São Paulo, n. 99, 2001. p. 09.

³⁷STF, HC n.º 84219/SP, DJ de 23/09/2005. p. 16.

³⁸STJ, HC n.º 121877/RS, DJe de 08/09/2009.

Assim, percebe-se que as internações por tempo indeterminado, quando ainda aceitas, ocorriam, muitas vezes, em virtude da existência do tempo mínimo. As consequências sociais deste prazo obrigavam a manutenção eterna do inimputável, que já não possuía mais um amparo para ser recolocado à sociedade ao fim da medida de segurança.

Por todo exposto, mister se faz uma reflexão em torno da necessidade e, conseqüentemente, da possível flexibilização do tempo mínimo da medida asseguradora. Somente assim, respeitando-se aos fins desta medida, aos direitos e garantias fundamentais e às tendências da reforma psiquiátrica, far-se-á possível conciliar a realidade em que vivemos à realidade em que queremos viver, focando na sociedade, sem, contudo, descuidarmos do indivíduo como sujeito de direitos, independente da doença que possua.

Dessarte, não reduzindo a importância dada à falta de determinação do limite temporal máximo à medida de segurança, cremos que, após tantos avanços neste sentido, os olhares devem voltar-se às restrições de seu tempo mínimo, porquanto este se tornou o meio propulsor da manutenção de internações, independente da necessidade de defesa social e de tratamento ao paciente-delinquente. Assim, a obrigatoriedade do prazo mínimo fere frontalmente os objetivos da medida de segurança, tornando-se, muitas vezes, mote à desintegração social do impropriamente absolvido, qualquer que seja o ilícito penal que cometera e sua gravidade.

Referências

ALEXANDER, Franz G. *História da psiquiatria*. Tradutor: Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 1968.

ANDRADE, Haroldo da Costa. *Das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Manicômio judiciário e medidas de segurança alternativas. *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*. Brasília, v. 43, p. 53-61, 1981.

BASAGLIA, Franco. *A psiquiatria alternativa: contra o pessimismo da razão, o otimismo da prática*. 3. ed. São Paulo: Brasil Debates, 1982.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. São Paulo: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.1

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 121877/RS*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 29/05/2009, publicado no DJe de 08/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=medida+de+seguran% E7a+e+tempo+m% E1ximo+e+pena&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 11 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84219/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 16/08/2005, publicado no DJ de 23/09/2005, p. 16. Disponível em : <G:\artigo\stf ateh 30 anos.mht.> Acesso em: 11 maio 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.1, t. I.

_____, Teoria da perigosidade criminal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 753-776, 2000.

DESVIAT, Manuel. *A reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 1999.

FERRARI, Eduardo Reale. As medidas de segurança criminais e sua progressão executória: Desinternação progressiva. *IBCCRIM*. São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 99, 2001.

_____. *Medida de segurança e Direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A história da loucura: Na idade clássica*. 7. ed., São Paulo: Perspectiva, 2004.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MENEZES, Ruben de Souza. *Vencedor Categoria de Direitos*: programa de alta progressiva da Unidade Feminina do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.premiodeinclusao.com.br>>.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do Direito criminal*: parte geral. Rio de Janeiro: Edição do autor, 1990.

MONTEIRO, Cristina Líbano. *Perigosidade de inimputáveis e 'in dubio pro reo'*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro*: parte geral. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Maria Regina Rocha e COHEN, Cláudio. Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.39, p. 215-229, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROTELLI, Franco, et. al. *Desinstitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Editora Hucitec, 2001.

SMANIOTTO, Edson Alfredo Martins. Da Medida de Segurança. *Revista de Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, n. 6, p.19-22, 2001.

STONE, Michael H. *A cura da mente: a história da psiquiatria da antiguidade até o presente*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SZASZ, Thomas S. *A fabricação da loucura: um estudo comparativo entre a inquisição e o movimento da saúde mental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, [s.d.].

4 TUTELA COLETIVA E INFÂNCIA E JUVENTUDE



**1940 Correios e Telégrafos - João Pessoa-PB
(Acervo Arion Farias)**

A VIOLÊNCIA POLICIAL VERSUS DIREITO HUMANOS NA PARAÍBA: UMA ABORDAGEM ATUAL

Larissa Lucena dos Santos
Acadêmica do Curso de Direito

Maria da Penha Medeiros
Acadêmica do Curso de Direito

1 Introdução

Hodiernamente, pode-se afirmar com toda convicção que os direitos humanos, sob o ponto de vista sociológico, são a conquista maior da humanidade, prova da evolução constante dos conceitos de fraternidade, igualdade e solidariedade. Mencionados direitos pretendem ser universais, alcançando novos horizontes, como os países que se fecham aos direitos humanos por conta de suas tradições e costumes. O Brasil não só reconhece a Declaração Internacional dos Direitos Humanos como o constituinte de 1988 achou por bem adotá-los como base para a construção de boa parte das garantias fundamentais, sacramentadas como cláusulas pétreas no ordenamento jurídico pátrio. No estado da Paraíba, os direitos humanos ainda não são vividos em sua plenitude. Os fatos e relatos que são objetos do presente estudo ocorreram nessa unidade da federação brasileira, a partir do ano de 2007, estendendo-se até o presente.

Muito recentemente, comemorou-se o aniversário de vinte anos da “Constituição Cidadã”, assim apelidada por Ulisses Guimarães, parlamentar que presidiu os trabalhos da assembleia nacional constituinte. Desde então, a sociedade brasileira espera que nossa *ground norm* (conceito pronunciado pelo famoso jurista Hans Kelsen) seja efetivamente do tipo normativa, ao invés de semântica. Em uma Constituição do tipo semântica faz-se uso da realidade política de uma nação para se mascarar as atitudes das elites, sendo transmitido ao povo um falso sentimento democrático. Em segundo plano impera a desigualdade e a corrupção política, dando início à violência estatal para com as minorias e os cidadãos comuns espoliados dos direitos mais mezinhos de respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. Nesse diapasão, os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade são pura ficção de uma carta que visa assegurar os direitos humanos.

O Estado da Paraíba enfrenta muitos problemas que maltratam diretamente os direitos humanos. De acordo com dados do IBGE (2009), os maiores prejuízos estão nas áreas de educação, saúde e desemprego. Entretanto, o objeto do presente estudo ater-se-á às violações praticadas contra os cidadãos no que se refere à área de segurança pública, principalmente no que se refere à

repressão violenta e desmedida, afastada dos preceitos esculpidos na Carta Magna da razoabilidade e da proporcionalidade, cometida, na maioria das vezes, pelas autoridades policiais paraibanas contra os que não podem se defender da fome, da miséria, do preconceito, do analfabetismo, da prostituição infantil e do tráfico de drogas, entre outras mazelas que afligem a população do Estado.

O estudo está baseado em reportagens e denúncias coletadas nos meios de comunicação paraibanos e nacionais, assim como em depoimentos de pessoas que sofreram algum tipo de intimidação ou violência policial. Tais violências foram praticadas por autoridades policiais militares, civis ou agentes de segurança penitenciários, que estes também exercem poder de polícia no âmbito penitenciário.

Não se pretende com o presente estudo fazer qualquer juízo de valor, tendo em vista que no âmbito processual em que cada caso abordado foi possibilitado aos envolvidos as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. O que se pretende com o texto é alertar contra os casos de violação aos direitos humanos no sentido de iluminar a discussão jurídica acerca das denúncias no que diz respeito à infração dos direitos humanos que devem ser apuradas, com todo rigor, para que a justiça prevaleça sobre a violência e o estado de barbárie.

2 Um breve histórico acerca da violação dos Direitos Humanos no Estado Brasileiro

Os estudiosos dos direitos humanos presenteiam com um grande leque de definições sobre o que são os direitos humanos, e mostram o caminho a ser percorrido pela sociedade para que eles sejam alcançados em sua plenitude.

Para Bobbio (2004), os direitos humanos são aqueles que pertencem, ou devem pertencer, a todos os homens, dos quais nenhum homem pode ser despojado. Dallari (2004) menciona que os Direitos Humanos são direitos que nem as leis nem as autoridades públicas podem contrariar. Enquanto Braun (2001) diz que não são concedidos ao homem, pois o homem nasce com esses direitos, advindos da própria dignidade humana.

Assim, é possível entender que os Direitos Humanos são irrenunciáveis como, por exemplo, o direito à vida, que embora reconhecido como direito individual, não pode ser desrespeitado, possibilitando o abrir mão da própria vida.

Outra importante característica é que eles não podem ser violados, não se podem criar outros direitos abrindo exceção e violando direitos fundamentais preexistentes. Também são indivisíveis, não se pode tê-los pela metade,

temos que buscá-los como o todo. Em relação ao alcance global, “pretendem ser universais”.

Neste sentido, aduz Dallari (2004):

Toda pessoa humana tem direitos. Isso acontece em qualquer parte do mundo. Em grande número de países há pessoas que têm mais direitos que as outras. Existem diferenças também quanto ao respeito pelos direitos, pois enquanto certos países direitos fundamentais da pessoa humana são muito respeitados em outros quase não há respeito [...]¹

Os Direitos Humanos podem se tornar universais à medida que alcancem lugares e países que não os aceitam por causa de suas tradições, cultura e costumes. É o caso de países de base fundamentalista islâmica, que não têm o princípio da igualdade como norteador da sociedade, mas sim um princípio religioso e legalista de superioridade dos homens em relação às mulheres.

Um marco na história dos direitos humanos foi a Revolução Francesa, ocorrida em 1789, importante acontecimento no processo de emergência desses direitos, selou o fim da servidão e do regime feudal e elencou princípios fundamentais do direito atual. Os princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade tornaram-se símbolos do Estado moderno, sendo também inspiração na revolução americana de 1776 e nos ideais iluministas da assembleia nacional constituinte francesa, que aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, sendo a primeira semente no mundo moderno dos atuais direitos humanos.

Após a Segunda Guerra Mundial, as nações que emergiram como potências, atônitas com os efeitos devastadores que esta causou, entraram em acordo para restabelecer a paz mundial. O passo mais importante foi fortalecer e apoiar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em dezembro de 1948.

A declaração não tinha efeitos de força coercitiva, mas serviu de base para muitos tratados e acordos internacionais e também para a elaboração de vários artigos das garantias fundamentais da constituição brasileira de 1988. Com efeito, é importante observar que a declaração inicia reconhecendo a dignidade do homem como fundamento da liberdade, da justiça e da paz.

Embora em fase muito avançada, os direitos humanos estão em constante evolução e exigem dos Poderes Constituídos um forte esforço para que sejam efetivamente aplicados; neste sentido, destaca Bobbio (2004):

Os direitos do homem uma classe variável, como a história desses últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do

¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

homem se modificou, e continua a se modificar, com mudanças das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.²

Outra importante característica dos direitos humanos, visivelmente destacada no texto de Bobbio (2004), é a evolução ou progressão histórica, a sociedade mudou e os direitos também se transformam, principalmente no que diz respeito aos direitos do homem.

Atualmente temos na doutrina os chamados direitos dos cidadãos, que seriam uma nova categoria de direitos humanos, referente às pessoas que moram nas cidades lutando pelos direitos sociais e coletivos de infraestrutura básica, como saneamento básico, coleta de lixo, arborização de avenidas, políticas de redução de poluição, entre outros. Não existe, ainda, consenso sobre a inclusão dessa nova modalidade no rol dos direitos humanos, mas, na Europa, existe uma luta das sociedades organizadas para sua inclusão.

3 Os Direitos Humanos e a Constituição Brasileira

A Constituição brasileira de 1988 dá especial tratamento aos direitos humanos, estes serviram de base ideológica na construção das garantias constitucionais fundamentais. Os direitos humanos citados como matéria de tratado internacional, no qual o Brasil faça parte, depois de aprovados pelo Congresso Nacional nos mesmos moldes das Emendas Constitucionais, passam a fazer parte do arcabouço constitucional, tendo os mesmos efeitos que as próprias emendas à Constituição. Assim, podemos entender que no Brasil, pelo menos no campo formal, os direitos humanos são respeitados. Ao contrário do que se pode verificar em algumas situações, na realidade prática, onde a distância entre regulamentação legal e aplicação prática e efetiva parece intransponível.

Sobre o destaque dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1998, Piovesan (1996) relata:

A carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores fundamentais da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil³.

²BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

³PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

Os preceitos acima são a base da Constituição Federal de 1988 e vislumbram um conjunto de valores acerca dos direitos humanos. Assim, no capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), a Constituição Federal Brasileira de 1988⁴ reza:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido- se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à esperança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

De igual modo a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos⁵, de 22 de dezembro de 1969, prevê direitos do cidadão da seguinte forma:

Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem o direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Art. 70- Direito à liberdade pessoal

[...]

3. Ninguém pode ser submetido à detenção e encarceramento arbitrários.

Toda ação do Estado deve ser regida pelo respeito a esses fundamentos constitucionais. Logo, tornam-se inadmissíveis as ações de violência empregadas pela polícia no ato de prender alguém, uma vez que a dignidade da pessoa humana e o limite de atuação do Estado são considerados os sustentáculos primordiais dos direitos humanos.

A atuação estatal tem sido antagonista à proteção dos direitos fundamentais insculpidos na nossa Carta Política. Há de se questionar, na prática, as vedações do tratamento desumano ou degradante, o respeito à integridade física e moral das pessoas, além da preservação dignidade. Por tudo isso,

⁴BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. 1969.

afirma-se que a atuação do Estado deve ser reavaliada, uma vez que a própria polícia está desvinculada da sua verdadeira atuação, fugindo ao que lhe é ordenada pela própria Constituição, ferindo, assim, aos preceitos dos direitos humanos.

Com efeito, existe farta jurisprudência no Supremo Tribunal Federal (STF) relacionada aos Direitos Humanos, constantemente colocando a dignidade da pessoa humana no ápice de suas decisões. O STF é o guardião de nossa constituição e, por inferência lógica, pode-se dizer dos nossos Direitos Fundamentais. Uma ilustração de decisão baseada no princípio da dignidade humana é versada na questão sobre o uso de algemas; a súmula vinculante nº 11 STF (2008), expressa que:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado⁶.

É constante o abuso da autoridade policial quanto às formas de abordagem nas operações policiais. O uso das algemas é visto como meio de humilhação pública sobre os suspeitos de praticar crimes. A imprensa quando mostra a imagem de um homem algemado tenta repassar aos telespectadores a imagem que a justiça já se tem por realizada antes mesmo de prover ao suspeito o direito ao contraditório e a ampla defesa.

O direito à vida é um pressuposto para o gozo de outros direitos, estando no vértice dos Direitos Humanos. O tema já foi discutido pelo STF, dando origem ao debate acerca do direito à vida e de quando ocorre o seu início. Foi patente do julgamento da ADI 3510, na qual a Suprema Corte entendeu que era constitucional a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias e que estas não denotavam violação do direito à vida.

4 Maltrato aos Direitos Humanos: violência Policial no Estado da Paraíba

Os fatos colacionados abaixo refletem situações de violação aos direitos humanos dos cidadãos paraibanos, noticiados pela imprensa local ou nacional. Buscaram-se fatos expressivos para a sociedade paraibana cujo teor impende para o caos em que as autoridades públicas expõem os direitos mínimos a um patamar único de violência, completamente afastados dos ideários buscados pela Constituição brasileira de 1988.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 11°. Disciplina o uso das algemas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 16 set. 2009.

O primeiro fato de violação aos direitos humanos pelo Poder Público através dos seus representantes foi o caso reportado pela Comissão Pastoral da Terra (2009), abaixo relatado:

Mais de trezentos Sem Terra acamparam em áreas próximas aos municípios de Itabaiana, Juripiranga e Pilar, realizam ato em frente à delegacia de Pilar denunciando a prisão e as agressões físicas sofridas pelo trabalhador rural preso no dia 29 de agosto de 2008 durante a ocupação da fazenda Barra II, próxima ao município de Pilar, região de grandes conflitos agrários e perseguição de capangas armados. Um Sem Terra de 51 anos foi levado por policiais para a delegacia de Itabaiana, preso ele foi espancado pelos policiais e pelo delegado. Na segunda-feira ele foi transferido para a delegacia de Pilar, apresentando vários hematomas no rosto e no corpo⁷.

O conflito agrário na Paraíba é constante, principalmente no brejo paraibano. São inúmeros os casos de violência praticada por policiais contra os integrantes do Movimento Sem Terra (MST), muitas vezes contratados pelos próprios fazendeiros. Como de costume, nada foi apurado. Segundo informações obtidas pelo sítio da Comissão Pastoral da Terra, nem sequer uma sindicância foi aberta nesse caso; aliás, não houve como fazer um boletim de ocorrência porque o próprio delegado era um dos agressores.

O próximo caso foi relatado pela Radio Agência NP (2009):

No dia 02 de maio de 2008 aproximadamente sessenta famílias sem terra foram expulsas da fazenda cabeça de boi, localizada no município de Pocinhos, a 135 km da capital, segundo o movimento dos sem terra, MST, cerca de dez viaturas policiais cercaram o acampamento, mesmo sem nenhuma ordem judicial de desocupação, os sem terra acusaram a polícia militar da Paraíba de espancar, e usar de violência descomunal até contra mulheres e crianças, destruíram o acampamento, a polícia incendiou a sede do acampamento com muitos militantes ainda dentro e um veículo de propriedade de um sem terra⁸.

Nesse caso não havia ordem judicial, o ex-ministro do STF, Maurício Correia, em um de seus despachos assinalou que “Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito.” Supremo Tribunal Federal (2009). A ilegalidade da ação policial precisa ser apurada, como também a investigação precisa esclarecer quem proferiu a ordem de desocupação. Não houve punidos, o MST

⁷COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, 2009. Disponível em: <<http://www.cptpe.org.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

⁸RÁDIO AGÊNCIA NP. Trad. Wanderley Barbosa de Araújo. Disponível em: <<http://www.radioagencianp.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

procurou a secretaria especial dos direitos humanos, em Brasília, para que fosse registrada a denúncia, mas, até agora, o sentimento que brota é o da impunidade.

O Portal Paraiba.com (2009), noticiou:

No dia 13 de março de 2008 o técnico em refrigeração, Josenildo Silva Santos, de 24 anos, denunciou ter sido vítima de violência praticada por policiais. Ele contou que voltava de João Pessoa quando o pneu da motocicleta dele baixou perto de Riachão do Bacamarte. Ele teria calibrado o pneu e seguido viagem. Na entrada para Galante, o mesmo problema se repetiu e ele parou outra vez. Dois policiais o teriam revistado, nesse momento, e ido embora, mas segundo Josenildo, ao seguir viagem junto com um amigo, os policiais teriam retornado e mandado ele parar, sob o argumento de que a motocicleta tinha placas frias: "Eu perguntei se havia algo de errado na motocicleta, porque ele não continuou com o procedimento na primeira abordagem e só naquele momento. Ele simplesmente chegou e me respondeu com dois murros no peito. Eu caí e ele me deu pontapés, me chutou muito", contou a vítima, exibindo hematomas pelo corpo. Segundo o técnico, o policial apresentaria sinais de embriaguez ainda teria lhe intimidado, dizendo que ele tinha dez minutos para deixar o distrito, sob ameaça de ser preso. Com a recusa de Josenildo, ele teria sido colocado na viatura e levado para o distrito policial. O amigo foi orientado a conduzir a motocicleta até o local da prisão⁹.

Esse caso mostra que o sentimento de impunidade faz com que os homens fardados extrapolem suas atitudes para com as pessoas comuns e honestas. Uma vez que o proprietário da moto, após o episódio, fez um boletim de ocorrência contra os policiais, o exame de corpo de delito detectou vários hematomas. Através de uma certidão de "nada consta" da polícia rodoviária federal, ficou comprovado que seu veículo estava em situação regular.

O Ministério Público Federal (2009), através do site da Procuradoria Geral da República, e o Portal Correio (2009) reportaram os seguintes casos, respectivamente:

Manoel Bezerra de Mattos Neto, 40 anos, testemunhou contra grupos de extermínio que agem na divisa da Paraíba e Pernambuco, na CPI do Extermínio no Nordeste. Ex-vereador de Itambé (PE) e vice-presidente do PT pernambucano, Manoel Mattos foi executado a tiros, na noite de 24 de janeiro deste ano, na Praia Azul, no município de Pitimbu, Litoral Sul da Paraíba, divisa com Pernambuco. Mattos também era integrante da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e teve sua atuação em defesa dos direitos humanos reconhecida em âmbito internacional graças às denúncias que fez sobre a atuação de

⁹PORTAL PARAIBA.COM. Disponível em: <<http://www.paraiba.com.br>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

grupos de extermínio na Zona da Mata pernambucana, no final da década de 1990. O advogado denunciou o envolvimento de policiais paraibanos em grupos de extermínio¹⁰.

Antes da reforma do judiciário, na maioria dos casos, a União não dispunha de competência para investigar, processar e julgar crimes contra os Direitos Humanos. A federalização dos crimes contra os Direitos Humanos está prevista no Art. 109, V-A e § 5º da Emenda Constitucional Nº 45/2004. O Ministério Público Federal, em audiência com o Governador do Estado da Paraíba e com o Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, solicitou que a investigação do caso Manoel Matos ficasse sob responsabilidade da polícia federal.

Na madrugada do dia 27 de agosto de 2009 uma flanelinha disse ter sido abusada sexualmente por policiais militares e um outro flanelinha foi encontrado morto no Bairro das Indústrias. Neste caso, os suspeitos de praticar o crime também são policiais. A flanelinha identificada como C.C.J.S., de 20 anos, disse ter sido estuprada quando estava na orla do Cabo Branco, em João Pessoa, quando três policiais, que estavam numa viatura a abordaram e a violentaram dentro do carro da polícia. A denúncia foi feita na 3ª Delegacia Distrital, que está investigando o caso. A mulher vai passar por exames no Departamento Médico Legal de João Pessoa. Segundo a Polícia, no horário que a vítima informou ter sido abusada não havia nenhuma viatura naquela área. Outro crime envolvendo policiais e um flanelinha foi registrado na 1ª Delegacia Distrital da Capital. O corpo do flanelinha Jailson Laurentino dos Santos, de 19 anos, foi encontrado por volta das 5h da manhã no Bairro das Indústrias, em João Pessoa. A vítima estava com as mãos amarradas e sem os olhos. Segundo familiares, Jailson foi visto pela última vez na companhia de policiais¹¹.

Esses dois últimos casos são lamentáveis. Se comprovada a participação de policiais militares, fica claro o baixo nível de respeito aos direitos humanos no Estado da Paraíba. São exemplos que deveriam ter o acompanhamento do Ministério Público Federal e da Secretária Especial dos Direitos Humanos, haja vista que o caso encontra-se na esfera estadual, onde as influências políticas são mais tendenciosas, tendo como consequência uma possível impunidade dos infratores.

Do Portal PBAgora (2009) foi extraído o seguinte caso:

Um protesto promovido por estudantes de Campina Grande, no centro da cidade, contra o reajuste de tarifas de transporte urbano, na manhã de 19 de março de 2009 terminou em pancadaria e prisões. A tropa de

¹⁰MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC. Disponível em: <<http://www.pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

¹¹Idem. Ibidem.

choque da Polícia Militar da Paraíba perdeu o controle da situação, após ser convocada pela Prefeitura de Campina Grande, e deu início a espancamento de jovens, inclusive menores, próximo ao Terminal de Integração de Passageiros, no Largo do Açude Novo. No total, oito estudantes foram presos - inclusive dois menores. A confusão teve início quando, após chegar um forte aparato ao local do protesto, no Terminal de Integração, a tropa de choque da PM passou a revistar os manifestantes. Uma estudante se recusou a deixar ser revistada, alegando que só permitiria a ação por parte de uma policial feminina. Irritado, o policial militar passou a espancá-la, o que gerou uma onda de protestos e pancadaria. Mais de mil estudantes participavam do protesto. Entre os estudantes presos, destacam-se Marcelo de Lima, da União Brasileira de Estudantes Secundaristas; Marcelo David - diretor da União da Juventude Socialista; Felipe Lime - estudante de filosofia da UEPB e também integrante da UJS, além de Samara Silva, da Associação dos Estudantes Secundaristas da Paraíba¹².

O confronto, como foi noticiado, mostra a forma abusiva como foi conduzida a operação policial, a tentativa de revista numa jovem estudante, sexo feminino, por um policial, sexo masculino, mostra o desrespeito da dignidade da pessoa humana, fato este que deu início a toda confusão. Segundo consta nos meios de imprensa, a jovem apenas solicitou que fosse revista por uma autoridade policial de seu mesmo sexo, o que não deixa de ser um direito um natural a qualquer cidadão.

Respectivamente, o Portal Globo (2009) e o Portal O Norte (2009) relataram os dois recentes casos ocorridos no Estado da Paraíba:

Um vídeo feito por um cineasta amador registrou as cenas de tortura cometidas pelos agentes penitenciários contra o preso Carlos José Soares de Lima, de 26 anos, acusado de matar seis pessoas de uma mesma família. O crime aconteceu no bairro do Roger, na capital da Paraíba. As cenas brutais de tortura que ocorreram no presídio do Roger, localizando também em João Pessoa, e para onde o detento foi levado, provocou o afastamento de um dos diretores do presídio, Dinamérico Cardim. O vídeo, gravado com celular, mostra os agentes agredindo violentamente o preso com socos, tapas na cara, pontapés e o chamado “telefone”¹³.

De acordo com advogado Alexandre Guedes, presidente da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o caso será levado para o Conselho Estadual de Direitos Humanos: “Este é um crime grave porque se tratar de um crime praticado dentro da estrutura do Estado. Sempre recebemos denúncias, mas ainda não tínhamos provas visuais. É um absurdo, porque pessoas pagas pelo Estado estão praticando um ato de ilegalidade que pode causar prejuízos ao próprio

¹²PORTAL PB AGORA. Disponível em <<http://www.pbagora.com.br>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

¹³PORTAL GLOBO. Disponível em: <<http://www.globo.com.br>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

Estado [...] Não se trata de a vítima de tortura ser culpado ou inocente. Mas o agente do Estado não pode praticar vingança pessoal contra o preso”, afirmou Guedes¹⁴.

Tanto o crime cometido por Carlos José Soares de Lima e sua companheira, conhecido regionalmente como “Chacina do Rangel”, quanto o vídeo mostrando seus algozes de tortura, externando um sentimento de vingança pela barbaridade que o réu confesso cometera, pousaram como destaque na mídia nacional e internacional. Sobre o ocorrido, se faz mister mencionar a lição apresentada por Rabenhorst (2001):

Se há uma comunidade moral, os patifes e os párias também fazem parte dela. E se eles não reconhecem o valor dos outros indivíduos, isso não nos autoriza a negar-lhes este mesmo valor. O máximo que podemos fazer é puni-los, respeitando suas dignidades, isso é um direito do homem e está cima de todos [...] ¹⁵

Consoante a mesma linha de raciocínio, Dallari (2004) expõe:

É comum no Brasil a prática de tortura contra presos. A tortura é imoral e constitui crime. A prática de tortura é hoje um tipo de crime, definido em convenção internacional e acolhida pela legislação brasileira. Assembleia geral da ONU aprovou em 10 de dezembro de 1984 a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes. O Brasil aderiu a essa convenção, que foi introduzida no direito positivo brasileiro, depois de cumpridas as formalidades legais, pelo decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991 ¹⁶.

Por último, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em recente mutirão carcerário na Paraíba, está apurando denúncias de tortura, assim como também foram postos em liberdade presidiários que permaneciam cumprindo pena após o tempo previsto em sentença judicial, a matéria foi publicada no portal de notícias Sertão Informado (2009), conforme relato a seguir:

A Paraíba é o Estado brasileiro com o maior número de presos com penas vencidas, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nessa situação, encontravam-se 42 pessoas em prisões paraibanas. Entre os casos emblemáticos, estão o de um presidiário que ficou em unidade prisional por quatro anos a mais que o tempo previsto e o de um preso que foi absolvido por decisão judicial, mas liberado só recentemente, durante o mutirão do CNJ, quase um ano depois da sentença. O mutirão carcerário realizado pelo CNJ na Paraíba, em parceria com o

¹⁴PORTAL O NORTE. Disponível em: <www.onorte.com.br>. Acesso em: 29 ago. 2009.

¹⁵RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

¹⁶Ibidem. Nota 01.

Tribunal de Justiça daquele Estado, terminou hoje (15) com a concessão de liberdade para 770 presos. Foram expedidos 451 alvarás de soltura para condenados e 319 para presos provisórios. No total, foram concedidos benefícios para mais de 30% dos presos detidos. Além da análise de processos, uma equipe do CNJ que participou do mutirão visitou nove presídios - cinco unidades de João Pessoa, um presídio de Campina Grande e outros três no município de Patos. "O conselho recebeu denúncias de tortura, que estão em fase de apuração." O CNJ também pediu providências ao governo estadual para a melhoria dos presídios, a fim de adequá-los à Lei de Execução Penal, que prevê projetos de ressocialização, separação dos presos em função do regime de cumprimento da pena e entre os detentos provisórios e os condenados. Presente à cerimônia de encerramento do mutirão, o presidente do CNJ, ministro Gilmar Mendes, reiterou a disposição do órgão em promover a modernização da Justiça criminal no país para que situações de desrespeito aos direitos humanos, como as encontradas na Paraíba e em outros Estados, deixem de existir. "Ao nos preocuparmos com isso, estamos nos preocupando também com a defesa dos direitos humanos e com a segurança pública do Brasil como um todo", salientou¹⁷.

O Brasil é parte na convenção que deu origem ao Tratado Internacional Contra Tortura e ou Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), comprometendo-se a combater a tortura e apurar denúncias oriundas das vítimas, de seus familiares ou de qualquer pessoa que afirme saber de tais crimes. Na parte I, em seu Art. 1º, temos que:

Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram¹⁸.

No âmbito internacional, o Brasil está classificado como violador dos Direitos Humanos. Notavelmente, esse conceito é fundamentado por demasiadas denúncias de desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Nas unidades prisionais da Paraíba ficou comprovado, através de inspeção do CNJ,

¹⁷PORTAL SERTÃO INFORMADO. Disponível em: <<http://www.sertaoinformado.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2009.

¹⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional Contra Tortura e ou tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 16 de set. 2009.

que não se tem ambiente favorável à reintegração social do apenado. O CNJ, mediante observação *in loco*, relata as péssimas condições de higiene e infraestrutura das unidades prisionais, o que vem a ferir, dentre outros, o princípio da dignidade humana. Por fim, os presos relataram ao CNJ denúncias de tortura praticadas pelos agentes penitenciários.

Não será fácil encontrar a solução para os problemas ocasionados pela violência aos Direitos Humanos. Para isso, se faz necessário uma reformulação no atual modelo social, econômico e político.

5 Considerações Finais

As causas e, principalmente, as formas da violência policial merecem um estudo mais aprofundado. No entanto, sob a oportunidade apresentada sucintamente, foi delineado um panorama que se presta a ajudar a compreender melhor a formação desse tipo de violência, através dos casos recentemente ocorridos no Estado da Paraíba.

Como fator preponderante, pode-se mencionar a herança social deixado pelo regime da ditadura militar, implementado pelo golpe de 1964, onde as autoridades policiais funcionavam, na prática, como um quarto poder estatal que estava acima do judiciário e do legislativo. Obedecendo apenas às ordens políticas do poder executivo, composto por militares ou dirigentes biônicos, à disposição daqueles.

Hodiernamente, entretanto, outros fatores, são mais importantes para o sentimento de revolta, no âmbito das polícias militares, principalmente dentre eles, os salários baixos e a precária estrutura dos equipamentos, impedem que os policiais desempenhem suas funções com a competência e eficácia que a profissão requer, repassando essa pressão para a população civil em forma de violência.

A interferência político-partidária nas atividades policiais, situação que é muito comum na região Nordeste, incluindo o Estado da Paraíba, decorre da subordinação das polícias ao poder executivo, que é um poder político, muitas vezes, em virtude da impunidade, facilmente desvirtuado para a “política-calha”, ferindo, assim, a imparcialidade que as polícias deveriam ter para com os cidadãos na defesa dos seus direitos e garantias fundamentais.

Outro problema decorrente da já mencionada subordinação da polícia ao poder executivo é o tráfico de influência de pessoas ligadas aos políticos, herança do coronelismo nordestino, que impõe o famoso jargão à autoridade policial: “Você sabe com quem está falando?” Muitas vezes, o policial no cumprimento estrito do seu dever para coibir atos dos transgressores influentes se depara com sua transferência injusta para outra cidade, longe de seus entes familiares.

Ocorrem casos em que os policiais são obrigados a trabalhar nos seus dias de folga, que, na maioria das vezes, não passa de prestação de serviço de segurança particular para políticos e empresários. Sendo convocados até mesmo para festas particulares de quem exerce algum tráfego de influência nas autoridades do primeiro escalão do poder executivo.

Alguns estudiosos apontam que para coibir ou diminuir a influência política nas polícias, estas deveriam ser administradas pelo poder judiciário, já que a forma de ingresso nesse poder, exceto nos tribunais superiores, é a meritocracia (concursos público), o que contribui para uma isenção nas ações policiais.

A carga excessiva de trabalho, causa de stress emocional, é também um dos fatores que dá cabo, na maioria das vezes, a violência institucionalizada.

Atualmente, tramita no congresso nacional um projeto de emenda constitucional, que equipara o salário dos policiais militares aos policiais do Distrito Federal, o que pode, de imediato, ser o primeiro passo para resolver a situação da baixa remuneração e promover uma melhor qualidade de vida aos profissionais das polícias estaduais.

Outro importante incentivo seria o fornecimento de capacitação através de cursos na área de segurança pública e direitos humanos. Assim como o incentivo para que os policiais concluam sua formação acadêmica em instituições de ensino superior.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 11°. Disciplina o uso das algemas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 16 set. 2009.
- BRAUN, Helenice de Aparecida Dambrós. *O Brasil e os direitos humanos: a incorporação dos tratados em questão*. Injuí, 2001.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, 2009. Disponível em: <<http://www.cptpe.org.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos*. 1969.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home>>. Acesso em: 30 ago. 2009.
- LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC. Disponível em: <<http://www.pfdc.pgr.mpf.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção Internacional Contra Tortura e ou Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)*. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 16 de set. 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PORTAL CORREIO. Disponível em: <<http://www.portalcorreio.com.br>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

PORTAL GLOBO. Disponível em: <<http://www.globo.com.br>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

PORTAL O NORTE. Disponível em: <www.onorte.com.br>. Acesso em: 29 ago. 2009.

PORTAL PARAIBA.COM. Disponível em: <<http://www.paraiba.com.br>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

PORTAL PB AGORA. Disponível em <<http://www.pbagora.com.br>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

PORTAL SERTÃO INFORMADO. Disponível em:
<<http://www.sertaoinformado.com.br>>. Acesso em: 16 set. 2009.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RÁDIO AGÊNCIA NP. Trad. Wanderley Barbosa de Araújo. Disponível em:
<<http://www.radioagencianp.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

BULLYING ESCOLAR E A VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA

Alley Borges Escorel

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Soraya Soares da Nóbrega Escorel

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

O Ministério Público, com o passar dos anos, vem assumindo funções mais amplas perante a sociedade, exigindo cada vez mais dos seus membros um conhecimento interdisciplinar sobre problemas que afligem a sociedade. Sem que notemos, o Ministério Público passou a exercer forte influência no meio social e a ser ente responsável por grandes modificações, atuando como verdadeiro transformador social.

Segundo Ferreira¹:

É certo [...] que o *Promotor de Justiça* teve sua atuação remodelada para abranger áreas conexas que não eram especificamente próprias de sua atuação. [...] a atual Constituição Federal (1988) apresenta o Ministério Público com um novo perfil institucional, como guardião dos direitos fundamentais assegurados ao homem, defensor dos ideais democráticos e dos interesses sociais. A dimensão social do direito, que via de regra se realiza por meio de políticas públicas, encontrou respaldo na atuação institucional do Ministério Público, que acabou por adquirir destaque no Estado Social e Democrático de Direito, contemplado pela nova ordem constitucional. Este novo perfil institucional do Ministério Público é muito mais amplo e carregado de novas atribuições [...] não se limitando [...] às questões jurídicas e processuais, sobretudo voltadas à área criminal, que era sua vocação original. A atuação do Promotor de Justiça passou a contemplar questões relativas à educação e uma efetiva proteção aos direitos fundamentais, com especial atenção às crianças e aos adolescentes [...]. (Grifo do autor).

A partir da Constituição Federal do Brasil de 1988, muita coisa tem mudado, inclusive, quanto à necessidade de aperfeiçoamento e transformação de concepções dos próprios membros e representantes do Ministério Público. Compreendemos que este é também um trabalho de caráter educativo, ancora-

¹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação*. São Paulo: Cortez, 2008. p.12.

do, mormente, no pressuposto de que o Promotor de Justiça não precisa ter apenas conhecimentos legais e jurídicos sobre os temas e matérias correlatas à sua esfera de atuação, mas precisa ter consciência de expandir conceitos e aprofundar conhecimentos sobre áreas ou disciplinas até bem pouco tempo restritas à área de ciências humanas e sociais. O membro do Ministério Público precisa compreender que o diálogo com disciplinas afins, no tocante à defesa da sociedade e dos direitos difusos, não é algo apenas necessário para o exercício do seu mister, mas imperioso para a construção deste novo formato de Ministério Público Social. Eis o grande desafio. A transformação dos conceitos e paradigmas institucionais passa, indispensavelmente, pela consciência da necessidade de modificação da própria visão dos membros do Ministério Público. O desafio de enfrentar situações novas que demandem estudos e ações propositivas de enfrentamento está intrinsecamente relacionado com a relevante missão que o Órgão Ministerial exerce perante a sociedade.

Bullying é uma das temáticas que exige conhecimento aprofundado, posto que é uma das formas silenciosas de *violência* que vem acarretando grandes malefícios/danos a crianças e adolescentes na sociedade. Fante e Pedra (2008, p. 33), à luz de Tatum e Herbert (1999), ressaltam que “Bullying é uma palavra de origem inglesa adotada em muitos países para definir ‘o desejo consciente e deliberado de maltratar uma outra pessoa e colocá-la sob tensão’”. Falar sobre bullying é fazer menção a “[...] todas as atitudes agressivas, intencionais e repetitivas que ocorrem sem motivação evidente, adotadas por um ou mais estudantes contra outro(s), causando dor e angústia, e executadas dentro de uma relação desigual de poder, tornando possível a intimidação da vítima” (Lopes Neto e Saavedra apud Fante e Pedra, 2008, p. 33). Fante e Pedra (2008, p. 34) nos ajudam a compreender ainda que:

Bully pode ser traduzido como valentão, tirano, brigão. Como verbo, *bully*, significa tiranizar, amedrontar, brutalizar, oprimir, e o substantivo *bullying* descreve o conjunto de atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo (*bully*) ou grupo de indivíduos com o objetivo de intimidar ou agredir outro indivíduo (ou grupo de indivíduos) incapaz de se defender. [...] O abuso de poder, a intimidação, a prepotência são algumas das estratégias que o *bully* adota para impor sua autoridade e manter suas vítimas sob domínio. [...] Os *bullies* estão em toda parte [...] nos mais diversos contextos sociais.

Outros termos são empregados para se referir ao fenômeno “bullying”. Fante e Pedra (2008, p.34-35) elucidam:

São usados, por exemplo, *mobbing*, na Suécia e na Noruega e na Dinamarca; *mobning*, na Suécia e na Finlândia; *harcèlement quotidien*, na França; *prepotenza* ou *bullismo*, na Itália; *yjitime*, no Japão; *Agressionen unter Shulern*, na Alemanha; *acoso e amenaza* entre escolares ou *intimidación*, na Espanha. Em Portugal, o termo já é utilizado de forma politicamente correta. No Brasil, tivemos dificuldade para encontrar um termo equivalente que expresse o fenômeno com a mesma amplitude do termo inglês. O termo intimidação não expressa as diversas e complexas possibilidades de ações empregadas nesta síndrome psicossocial.

Por possuir várias faces, torna-se difícil encontrar um termo, especialmente aqui no Brasil, que expresse os aspectos dessa violência.

De acordo com Middelton-Moz (2007, p. 14):

Os comportamentos incluídos no bullying são vários: ofender, humilhar, espalhar boatos, fofocar, expor ao ridículo em público, fazer de bode expiatório e acusar, isolar, designar áreas de trabalho ou tarefas ruins ou negar férias e feriados no local de trabalho, dar socos, tapas, chutes, insultar, ostracizar, sexualizar ou fazer ofensas étnicas ou de gênero.

As vítimas do bullying podem reagir de diferentes formas. Middelton-Moz (2007, p. 14) assevera:

As pessoas que se constituem como alvos do *bullying* costumam sentir vulnerabilidade, medo ou vergonha intensos e uma autoestima cada vez mais baixa, que pode aumentar a probabilidade de vitimização continuada. As vítimas podem ficar deprimidas e se sentir sem forças. Muitos dos que sofrem *bullying* por um longo período passam a manifestar tendências suicidas. Outros podem retaliar com atos de violência ou começar a exercer *bullying* contra terceiros. Infelizmente, muitas pessoas a quem as vítimas procuram em busca de apoio desconsideram seus sentimentos com atitudes como ‘isso já aconteceu a todos nós, simplesmente ignore’ ou pensam que elas provavelmente mereçam. Para muitos, o *bullying* se tornou tão normal [...] que fingem não o ver, tendo-se tornado insensíveis a seus efeitos devastadores. Outros vêem as manifestações de *bullying*, mas evitam intervir porque não se sentem capazes. Estudos indicam que dois terços dos atacantes em 37% dos tiroteios em escolas se sentiam perseguidos em função de seus longos históricos sofrendo *bullying* de seus colegas, que ser alvo de *bullying* é um fator importante no suicídio entre jovens [...]

Enquanto os profissionais de educação, saúde e operadores do direito, em função do desconhecimento sobre a matéria, continuarem a minimizar os efeitos lesivos dessa forma cruel e perniciososa de agressão, encarando-a como brincadeira de época ou chacotas típicas da infância e adolescência, um incontável número de vítimas crescerá assustadoramente em nosso contexto social.

No mundo de hoje, onde a “modernidade” impera, tem que haver a consciência por parte do profissional da área jurídica da importância do trabalho educativo, por isso mesmo, essencialmente preventivo, para evitar que crianças e adolescentes possam se tornar pessoas adultas violentas e agressivas, que só sabem resolver seus problemas à base da força e da intimidação porque foi esta a formação que receberam.

No caso do *Bullying*, as vítimas podem se tornar crianças e adolescentes com baixa autoestima e com dificuldade de se relacionar socialmente. Mas, por falta de sensibilidade dos profissionais, que não entendem a importância do trabalho educativo-preventivo, um dia essas crianças/adolescentes (vítimas) podem explodir toda a angústia que trazem consigo e chegam a agredir, suicidarem-se ou matar. Aí sim, tornam-se alvo da preocupação de todos. Ou em alguns casos, da ira de todos.

O silêncio, diga-se a omissão, expressa uma falta de preocupação com os outros, característica de um individualismo que também pode trazer consigo toques de violência. Middleton-Moz (2007, p.14) destaca:

Por meio de muitas entrevistas com pessoas que foram *bullies* durante toda a vida, até que alguém tivesse a coragem de intervir, soubemos que elas se sentem temporariamente fortalecidas e que tanto elas quanto suas vítimas são prejudicadas pela impotência, pela apatia e pelo silêncio de outros. Precisamos criar normas para o local de trabalho, para a escola [...] segundo as quais a agressão aos outros seja inaceitável, não em função de leis rígidas ou de punições severas, mas porque nos importamos uns com os outros.

Este trabalho é uma forma de não pactuar com o silêncio, expressar a nossa preocupação com os outros, neste caso, os que são vítimas de *bullying*, aliás, vítima de violência.

2 Caso verídico João Pessoa/Paraíba (2007)

O *Bullying* já vem sendo alvo de estudos e pesquisas há alguns anos em nosso país, mas somente com a ocorrência de um caso prático na cidade de

João Pessoa despertou o Ministério Público para este fenômeno, que, apesar de antigo na prática, ganhou contornos diferenciados na atualidade e grau de violência preocupante na sociedade moderna.

Passaremos a relatar agora minuciosamente o caso que chamou a atenção da sociedade local e despertou o interesse de toda a mídia nacional.

Tudo começou no dia 26 de setembro de 2007, quando a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de João Pessoa foi acionada para acompanhar de perto uma ameaça de atentado contra uma escola particular da Capital do Estado da Paraíba. Na ocasião havia pressão da sociedade para responsabilizar o “aluno terrorista” que tinha sido capaz de ameaçar toda uma comunidade escolar. De fato, ao fazer a análise jurídica do caso, fácil foi constatar a ocorrência do crime de ameaça – artigo 147, do Código Penal – as ameaças feitas por um aluno anônimo, através de emails e, posteriormente, pelo Orkut (Comunidade Mundial de Relacionamento), que se dirigia à direção da escola, exigindo da instituição de ensino a adoção de providências preventivas contra o bullying² de que era vítima.

Na época, o adolescente fez graves ameaças, virtualmente, afirmando que provocaria um atentado ao colégio onde estudava na hipótese de não serem atendidas suas exigências, atemorizando toda a unidade escolar, direção, alunos e professores.

Durante a investigação, descobriu-se que no dia 14 de junho de 2007, o adolescente encaminhou uma carta anônima à direção do colégio onde estudava, deixando-a sobre a mesa da diretora pedagógica, relatando que vinha sendo vítima de bullying naquela unidade de ensino, oportunidade em que fazia ameaças genéricas à direção, declarando que se o problema não fosse resolvido entraria no colégio com uma arma semiautomática e de lá só sairia morto. Mas esse fato ficou apenas no âmbito escolar, que deixou de comunicar o ocorrido à justiça, por entender que resolveria a questão sem precisar recorrer a essa instância.

Posteriormente, as ameaças anônimas se tornaram públicas, através da divulgação no Orkut, acompanhada de fotografia em que o aluno anônimo aparecia utilizando uma máscara na cabeça e portando uma arma apontada para seu ouvido. A partir daí, houve a intervenção da polícia e da justiça, tendo o Ministério Público passado a acompanhar o caso.

Na aludida mensagem ameaçadora e intimidatória, o estudante, a essa altura, desesperado com a falta de providência da escola, dizia que “*caso nada fosse feito dentro do prazo legal informado a eles, iria recorrer à violência*”.

²A palavra Bullying é de origem britânica, não possuindo ainda uma definição precisa no nosso vernáculo, mas tem sido empregada como toda violência física ou psíquica, repetitiva, intencional, sem nenhum motivo aparente, praticada por uma pessoa ou grupo contra outra pessoa ou grupo, com caráter intimidativo e vexatório.

O fato se tornou público e gerou um clima de insegurança e intranquilidade na escola, nos pais, nos alunos e na sociedade em geral, que temia o acontecimento de uma tragédia. Como ato extremo e de desespero, o adolescente planejou e anunciou que no dia 25 de setembro de 2007, uma terça-feira, realizaria o ato de violência mencionado. Sucede que, no dia 26 de setembro de 2007, a direção do colégio resolveu abordar um dos adolescentes suspeitos pelas mensagens intimidatórias, ocasião em que o mesmo confessou ser o autor de todas as ameaças. Nervoso e chorando muito, além de confessar sua conduta conflituosa com a lei, o adolescente afirmou que agiu sempre sozinho, fazendo um relato detalhado de todo o acontecido, bem como esclarecendo as razões que o fizeram agir dessa forma. Ouvido pelo Ministério Público, o adolescente, de forma lúcida, confessou a prática dos atos infracionais que lhes eram imputados, relatando todas as suas ações com riqueza de detalhes, tendo informado, inclusive, que fazia uso de medicação de uso restrito à prescrição médica. O Ministério Público encaminhou o adolescente e seus pais para tratamento e acompanhamento por profissionais habilitados na área da psicologia e psiquiatria, bem como ofereceu *Representação* contra o estudante, denominação essa dada à “peça acusatória”, a fim de que fosse aplicada em relação ao mesmo, medida sócio-educativa como forma de responsabilizá-lo por sua conduta antissocial e conflituosa com a lei.

Dando seguimento ao processo, o adolescente foi ouvido perante a autoridade judiciária, confessando a prática de todos os atos que lhes foi imputado, bem como aceitando a aplicação de medida sócio-educativa de prestação de serviços comunitários à entidade pública pelo período de seis meses. Paralelamente à questão jurídica, percebeu o Ministério Público a necessidade de ter uma visão multidisciplinar do caso, passando então a se reunir com profissionais de diversas áreas para entender melhor aquela nova situação que se apresentava, situação que exigia um aprofundamento e um estudo sobre o fenômeno bullying, até então totalmente desconhecido pela Promotoria e pela maioria da população e da comunidade jurídica como um todo. Foi o que se percebeu após pesquisa e estudo sobre o assunto.

Passados alguns meses do fato, eis que surgiu mais um capítulo dessa história. Saliente-se que, antes mesmo do início do cumprimento da medida sócio-educativa aplicada pela Justiça, o adolescente, já maior de idade, visto que nesse lapso temporal atingiu a maioridade, praticou nova conduta ilegal. Tudo recomeçou em fevereiro de 2008, com o surgimento de três vídeos no “Youtube” contendo ameaças e intimidações contra o adolescente que confessara, em setembro de 2007, a autoria das ameaças dirigidas à escola particular em que estudava. Os vídeos ameaçavam o estudante anônimo e o culpavam por ser um delator do suposto grupo que se intitulava de BULICIDA – *célula extremista*

suicida de combate ao bullying –, que não o perdoava por ter confessado os planos da “suposta organização”, impedindo o êxito da empreitada criminosa. Ameaçava matá-lo, decepar sua cabeça e apresentá-lo ao público como forma de retaliação e vingança ao traidor do grupo, que teria mentido ao dizer anteriormente que agia sozinho, ignorando a organização a que pertencia. Os textos continham uma mensagem raivosa por não ter se dado a devida atenção à existência do grupo e o menosprezo com que todos tratavam a questão do bullying. Desafiava as autoridades públicas a encontrar o grupo.

Nessa ocasião, o Ministério Público, já tendo estudado e pesquisado exaustivamente sobre o assunto bullying, de logo entendeu que tal atitude não passava de mais uma maneira de o estudante chamar a atenção sobre o problema.

Alguns dias após a divulgação dos vídeos com ameaças graves ao referido estudante, mais um fato chamou a atenção da sociedade e mais um capítulo da história se iniciava. O estudante foi encontrado algemado nos pés e nas mãos numa mata próxima à orla marítima de João Pessoa/PB, com um capuz na cabeça e com as roupas molhadas com substância inflamável, mais especificamente gasolina. Na ocasião, o adolescente foi socorrido por pessoas que passavam pelo local e conduzido até a delegacia mais próxima, oportunidade em que relatou o ocorrido e afirmou ter sido sequestrado pelo grupo bulicida, que ameaçava matá-lo. Versão que não convenceu o Ministério Público.

Mas o clima de insegurança e intranquilidade tomou conta de toda a sociedade novamente. Apesar de o vídeo não conter uma mensagem direta intimidatória contra nenhuma pessoa especificamente, a não ser o próprio adolescente, o teor das mensagens veiculadas gerava uma clima de dúvida e incerteza diante da possível existência de um grupo intimidador que poderia praticar atos violentos a qualquer momento.

O Ministério Público foi novamente instado para participar das investigações. Uma das coisas já chamava a atenção antes do suposto sequestro do jovem: a forma como ele havia reagido ante as ameaças dirigidas à sua pessoa através dos vídeos mencionados. Para assistir ao vídeo do Grupo Bulicida com as ameaças dirigidas ao estudante, a Promotoria teve a iniciativa de se dirigir até a sua residência.

Chamou a atenção da Promotoria a forma tranquila e serena como o adolescente assistia aos vídeos, nada lhe chocando ou atemorizando, apesar do forte teor das ameaças. Ao final da sessão, nenhum pedido de ajuda. O jovem estudante insistia em confessar que o Grupo Bulicida existia e ele havia mentido anteriormente quando disse ter agido sozinho e que agora o grupo queria pegá-lo. Entretanto, essa versão também não convenceu o Ministério Público.

Para dar veracidade à sua história, o estudante prestou ocorrência à autoridade policial se dizendo vítima de sequestro. E o Ministério Público oficialmente começava a participar das novas investigações.

Numa reunião com autoridades policiais estaduais e federais sobre o caso, o Ministério Público expôs as razões e os motivos pelos quais tinha fundadas suspeitas de que o adolescente era o autor dos vídeos veiculados na Internet e que tudo não passava de uma armação.

O que sempre gerou estranheza ao Ministério Público foi o fato de o Grupo Bulicida sempre tratar o adolescente como o principal elemento do grupo, algo estranho para alguém que seria um traidor. Os vídeos nunca mencionavam o nome do traidor. Este era, na verdade, o grande temor de Rafael: que seu nome viesse a público, pois desejava desesperadamente o anonimato, temendo represálias e marginalização da sociedade.

A história fantasiosa do estudante chegaria ao fim e o capítulo final estava para acontecer. Após um interrogatório de mais de 8 (oito) horas na delegacia, o jovem não suportou a pressão psicológica decorrente das inúmeras contradições e incoerências de algumas de suas respostas e terminou por confessar ser o autor dos vídeos veiculados no “Youtube”, bem como haver forjado o sequestro comunicado à polícia, fatos que não foram surpresa para o Ministério Público.

Na cena final dessa história, confessou o adolescente ter agido novamente sozinho, sem a ajuda de ninguém. Contou com riqueza de detalhes como elaborou o vídeo – que, segundo profissionais da imprensa, era de excelente qualidade – e planejou todas as etapas do seu plano. Justificou ter agido dessa maneira por ter entendido que todos não levaram a sério os problemas por que passam as vítimas de bullying. Disse que, após ter cessado o interesse da mídia sobre o assunto que chocou toda a sociedade, ninguém adotou providência concreta no sentido de abordar o assunto e adotar medidas que visassem à prevenção do fenômeno bullying e das consequências para agressores e vítimas após a prática dessa forma oculta de violência.

Contudo, o jovem se enganou, porque o Ministério Público, atento ao problema, resolveu intervir e saiu à frente no ataque ao bullying. O Ministério Público entendeu e muito bem o recado do jovem. Não para satisfazê-lo, mas para ir ao socorro de inúmeras crianças e adolescentes que poderiam estar passando por situações idênticas, a Promotoria da Infância e Juventude de João Pessoa mobilizou toda a sociedade em torno do assunto, trazendo à discussão o tema bullying através de um seminário realizado na capital do estado, em março de 2008, com grande repercussão e grande êxito. Estiveram presentes especialistas de todo o país, a exemplo da pioneira no estudo do bullying, Cleo Fante, do professor e psicólogo José Augusto Pedra, do Procurador da Repúbli-

ca, Guilherme Schelb, do Promotor de Justiça de Minas Gerais, Dr. Lélío Braga Calhau, da presidente da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores e Defensores da Infância e Juventude (ABMP), Dra. Laila Said Abdel Kader Schucair, e do Fórum Nacional de Promotores de Justiça Coordenadores da Infância e Juventude e Educação (FONCAIJE), Dra. Leila Machado, além de uma estudante gaúcha que sofreu bullying muitos anos e quase morreu, fechando o evento com seu testemunho, aclamado pelos presentes.

Por ocasião do evento, foi lançada também a Revista BULLYING NÃO É BRINCADEIRA, fruto do trabalho de pesquisa e estudo da Promotoria e sua Equipe.

A revista foi divulgada no país inteiro, merecendo elogios de profissionais de diversas áreas do conhecimento. Em suma, eis o caso do estudante paraibano que sofreu bullying durante muitos anos e terminou se envolvendo num trágico episódio, que lhe custou um processo na justiça.

O problema gerado pela conduta do estudante trouxe uma grande oportunidade de aprendizado e experiência relativa à abordagem de casos de bullying pelo Ministério Público.

Hoje há a consciência de que os problemas decorrentes do fenômeno bullying são bem mais sérios e frequentes do que muitos imaginam, pois geram traumas e consequências profundas na vida das pessoas que tiverem contato com esta forma abominável e silenciosa de violência.

Infelizmente, constatamos que poucos profissionais que lidam diariamente com problemas relacionados a crianças e adolescentes, quer educadores, profissionais de saúde e operadores do direito, estão preparados para abordagem desta nova problemática/temática que lhes é posta: *o bullying*. E a falta de preparo e conhecimento sobre o assunto pode gerar atendimento inadequado às vítimas e envolvidos.

Não raro, encontramos profissionais que ainda não sabem sobre o fenômeno bullying e suas consequências. Ainda pior é nos depararmos com profissionais que, além de não conhecerem sobre esta temática, relevando-a a um plano de insignificância, dando pouca ou nenhuma importância, fundamentam sua opinião equivocada sob o argumento de que tudo não passa de uma brincadeira típica da idade e a mídia está dando espaço e atenção exagerados ao assunto, pois, segundo eles, essas brincadeiras sempre existiram (“Quem um dia já não passou por isto?”) e é fraqueza não enfrentar e superar o problema. Quem pensa assim, está longe de trabalhar a prevenção do problema e longe de alcançar resultados no enfrentamento da violência no âmbito escolar, que cresce a cada dia.

Muitos não sabem que 80% dos adolescentes em conflito com a lei já foi vítimas de alguma forma de violência na infância e adolescência. O proble-

ma é que a maioria das pessoas só se preocupa com as consequências de determinadas condutas, ignorando as causas que a originaram. Se adotadas ações educativo-preventivas não somente poderão ser evitados traumas e danos a crianças e adolescentes como também se estará contribuindo para reduzir o número daqueles que podem ser, no futuro, protagonistas de atos de violência ou de condutas conflituosas com a lei.

Quando no início do texto falamos no papel de transformador social que o Ministério Público atualmente exerce na comunidade, bem como da necessidade de transformação interior de seus membros, queríamos realçar a importância que uma atuação interdisciplinar pode ter num caso concreto, levando em consideração conceitos e orientações de diversas áreas. Devemos ter consciência do nosso papel social enquanto protagonistas da defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes. Nossa atuação enquanto Promotores de Justiça pode determinar a salvação ou a tragédia de inúmeras crianças e adolescentes no Brasil inteiro.

Em face da negação dos direitos das crianças e dos adolescentes pelo Estado, *latu sensu*, concluímos que a construção da cidadania precisa passar necessariamente pelo Ministério Público. Em verdade, o Ministério Público tem o poder e a missão de influenciar na transformação da vida e do destino dos sujeitos de direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), no momento em que são implementadas ações e condutas propositivas voltadas à garantia dos mencionados direitos.

O Promotor de Justiça deve ter como compromisso precípuo a garantia efetiva dos direitos que asseguram cidadania plena para as crianças e os adolescentes. É com essa consciência que deve agir, opondo-se àqueles que aceitam pacificamente a negação desses direitos recepcionados pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Promotor de Justiça deve ter a consciência e a sensibilidade da amplitude da terminologia envolvida em seu cargo e as atribuições que lhes são conferidas. Ser Promotor de Justiça é ter como missão *promover a justiça*, e a promoção da justiça envolve a luta pelos princípios basilares que alicerçam a Constituição Federal, dentre eles, o do respeito à dignidade humana.

Na área específica da Infância e Juventude, poderíamos indagar: em que consistiria a missão ou atividade do Promotor para promover a justiça?

A criança e o adolescente deixaram de ser vistos como os seres invisíveis da época da legislação menorista (Código de Menores de 1927 e o Código de Menores de 1979) e passaram a ser reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, à luz da Constituição do Brasil de 1988, como *sujeitos de direitos*, ganhando visibilidade. Como, então, deve agir o Ministério Público Social diante dessa visibilidade descrita pelo Estatuto? Qual a atuação do Promotor preocupado em promover justiça na área da Infância e Juventude?

A resposta é simples, mas o desafio é grande. A missão do Representante do Ministério Público de promover justiça na esfera da infância e juventude não pode estar dissociada da exigência de efetivação dos princípios e preceitos constitucionais e fundamentais relativos às crianças e aos adolescentes. Deve implementar ações e condutas propositivas no sentido de efetivar o respeito à cidadania e à dignidade humana que possuem, bem como observar a primazia aos interesses infantojuvenis na adoção de políticas públicas voltadas a este segmento, não raro relegado a um patamar inferior, e, quando não, negado em sua totalidade e plenitude. Como mudar essa mentalidade conformista relativa à negação dos direitos da criança e do adolescente? É preciso, primeiramente, que o Ministério Público veja as crianças e os adolescentes não mais como objeto de direitos, mas como sujeitos e protagonistas dos direitos que lhes são assegurados pela legislação constitucional e infraconstitucional. É preciso urgentemente mudar a concepção de operadores do direito relativamente à visão que muitos ainda possuem das crianças e dos adolescentes, pois ainda os vêem como *menores*, como se fossem *seres invisíveis e inferiores*. Ainda é muito frequente a visão distorcida e assemelhada do menor como um ser inferior que não goza da plenitude de direitos à cidadania ante a *incapacidade civil* a que foram relegados. Não raro, surgem questões de alto grau de complexidade e que desafiam a atuação do Representante do Ministério Público na sua atividade de Promover a Justiça, pois inúmeros casos e situações envolvem o conhecimento de disciplinas e ramos do direito humano e social, que não lhe são conhecidos por sua própria formação legal e jurídica.

É de fundamental importância a formação de equipes interdisciplinares para atuação na área da infância e juventude, posto que esta inter-relação com profissionais de áreas afins é imperiosa para o sucesso na abordagem e implementação de ações voltadas à ressocialização e recuperação dos vínculos familiares e comunitários que se encontram fragilizados.

Constata-se a necessidade de conhecimentos aprofundados sobre a história humana, a aplicação da psicologia com crianças e adolescentes, bem como a evidência de uma base científica para termos também uma postura de educador ao exigirmos a aplicação de medidas que não podem ter apenas um significado jurídico e legal de reprimenda à conduta conflituosa com a lei, mas ser também uma “oportunidade” de ressocializar aquele ser que precisa de apoio e mão estendida para sua recuperação, reconstruindo vínculos perdidos ou fragilizados na sua entidade familiar e/ou comunitária.

3 A verdadeira história do estudante paraibano – uma vítima do bullying desde a infância

Era uma vez, um menino, uma criança tranquila, que possuía uma família composta de pais e uma irmã. Viviam bem instalados numa confortável residência. Tinha o necessário para uma vida tranquila, típica de uma família de classe média. Acontece que, aquele menino, boa compleição física e facial, inteligente, apesar de não possuir nenhuma característica física destoante, era alvo de brincadeiras e apelidos. Para muitos, a brincadeira era engraçada e prazerosa. Para ele, um tormento e um sofrimento. Aos poucos, o menino foi “perdendo” sua identidade. Era chamado todos os dias por um apelido que lhe incomodava. Não adiantava brigar nem ignorar aquela forma de identificação pejorativa que tanto o maltratava por dentro. Ninguém se importava, pois todos achavam normal, uma brincadeira típica da idade. Mas o menino não entendia e se revoltava. Afinal, como poderia ser uma brincadeira se ele não se divertia? Ele havia aprendido desde criança que brincadeira era algo extremamente prazeroso e bom. Todos gostam de brincar e de brinquedos. Só que aquela brincadeira onde ele era o brinquedo favorito de alguns o estava incomodando e o deixando cada vez mais triste. Não adiantava falar para os amigos que não gostava, pois eles não lhe davam ouvidos. Contar em casa o que estava passando e sentindo? Nem pensar, pois achava que seus pais já tinham preocupações demais para lidar com este tipo de problema.

Tudo aquilo foi se acumulando. Certo dia, a brincadeira sem graça ou típica da idade, partiu de um próprio educador da escola. E agora, se até aquele que devia educar e orientar seus amigos discriminava-o também? O que esperar dos outros e de todos? E o menino crescia, mas não aceitava a forma jocosa e discriminatória como era tratado por todos. Não aceitava que na escola, um ambiente denominado como extensão de sua casa, pudesse sofrer e ver outros tantos amigos também sofrer agressões físicas e morais. Onde estavam os educadores que não se sensibilizaram para aquela forma continuada de agressão e violência contra uma criança indefesa? Que educadores são esses que não se incomodam com as mais diversas formas de discriminação praticadas diuturnamente sem que nada seja feito para cessar tais malefícios? Que tipos de cidadãos os educadores estão formando em suas escolas? Que espécies de adultos estão sendo formados na escola moderna e contemporânea?

Certo dia surgiu a possibilidade de o menino mudar de vida. Não. Não pensem que a escola tomou providências para cessar as agressões reiteradas e imotivadas que tanto incomodavam o estudante. Os seus pais, mesmo sem saber dos problemas que atormentavam o filho, resolveram mudar a escola de

sua irmã mais velha e, com isso, ele também mudava. Era impossível esconder a expectativa que tinha com uma vida nova que surgiria. Amigos novos, educadores diferentes, ambiente desconhecido. Talvez, agora, seus problemas ficassem no passado. A ilusão durou pouco tempo. Os problemas mal resolvidos continuavam a incomodá-lo. E quando foi descoberto seu antigo apelido, toda a esperança que tinha, acabou-se. E assim, começou todo o tormento que passara no colégio anterior. Novamente, perdera sua identidade. Novamente, não era permitido ter um nome para ser chamado. Tudo aquilo foi se maximizando na sua cabeça. Não se incomodava apenas com seus problemas, mas sofria ao ver outros amigos serem agredidos, ameaçados e intimidados e nada acontecer, porque, para todos, aquilo tudo era apenas brincadeira típica da idade, não importando que crianças e adolescentes fossem os brinquedos para alguns.

O tempo passava, o sofrimento aumentava. O adolescente pensava que era preciso fazer alguma coisa para deixar de ser vítima, para deixar de ser um covarde, fingindo não sentir nada ante todo o mal que lhe faziam. Estava cansado de ser também testemunha silenciosa dos sofrimentos dos outros. Foi aí que decidiu resolver o problema ao seu modo. Começou a tomar, indiscriminadamente e sem acompanhamento, remédios que necessitavam de prescrição médica para sua aquisição. Nada resolvia. Continuava a se sentir incomodado com a sua própria inércia e fuga dos problemas que tanto o afligia. Era preciso fazer alguma coisa. Era necessário chamar a atenção de todos para o problema que sofria e que afligia inúmeras crianças e adolescentes da escola. Mas Rafael sabia que não podia se expor diretamente. E aí surgiu a ideia de expressar através de mensagens toda sua angústia, revolta e agressividade diante do bullying que sofria. Este nome estranho de origem inglesa era tão desconhecido de todos quanto a preocupação de educadores de enfrentar o problema da violência escolar, assumindo ações propositivas para prevenir as agressões, proteger as vítimas e responsabilizar os agressores.

Foi, então, que começou a se comunicar com a direção do colégio onde estudava, sempre anonimamente, usando pseudônimo, através de mensagens virtuais, relatando que vinha sendo vítima de bullying naquela unidade de ensino e fazendo ameaças genéricas à direção, declarando que se o problema não fosse resolvido entraria no colégio com uma arma semiautomática e de lá só sairia morto. O insucesso do projeto encaminhado pelo adolescente ao colégio fracassou pelo próprio desinteresse dos alunos voluntários, aumentando a revolta do estudante, que tornou pública as ameaças feitas ao colégio, através de sua divulgação no Orkut, acompanhada de fotografia em que aparecia utilizando uma máscara na cabeça e portando uma arma apontada para seu ouvido, onde dizia que “*caso nada fosse feito dentro do prazo legal*

informado à direção do colégio, iria recorrer à violência". As investigações levaram a identificação do estudante como o autor das mensagens ameaçadoras, que confessou os fatos, bem como os motivos que o levou a provocar tanto pânico no colégio e na sociedade em geral. Por sua ação, o jovem respondeu a procedimento no Juizado da Infância e Juventude da Capital Paraibana, sendo-lhe, ao final, aplicada medida sócio-educativa de prestação de serviço gratuito à entidade pública, bem como, foi orientado pela Promotoria a se submeter a tratamento psiquiátrico e psicológico, juntamente com sua família.

Infelizmente, a história ainda não tinha acabado para o jovem, pois ainda sofria ao saber que após a ampla cobertura dada ao caso pela mídia local e nacional, o assunto já não despertava mais interesse e tudo continuava como antes. A violência escolar persistia silenciosa e camuflada nas escolas públicas e privadas sob a forma de brincadeira típica da idade. O estudante se sentia excluído e marginalizado, pois, apesar de o seu nome não ter aparecido na mídia e o Promotor de Justiça ter cumprido a exigência legal no tocante à proibição da identificação do nome do adolescente em conflito com a lei, muitos sabiam de fato que ele era o responsável por todo aquele terror gerado na cidade. Inconformado, passados alguns meses, o adolescente, antes mesmo do início do cumprimento da medida sócio-educativa aplicada pela Justiça, agora já maior de idade, pois nesse lapso temporal atingiu a maioridade, praticou nova conduta ilegal. O jovem, desejando novamente chamar a atenção para o problema do bullying, produziu vídeos na internet, mais precisamente no "Youtube", onde gerava tensão em face das informações veiculadas sobre a existência de um grupo extremista que espalhava pânico ao ameaçar matar e decepar a cabeça do jovem que havia se entregado anteriormente e "estragado" o fantasioso atentado que haveria na escola particular. Na verdade, o estudante, autor do vídeo e das ameaças anteriores, "ameaçava a si próprio" para trazer novamente o problema à tona.

Para dar veracidade à sua trama fantasiosa, simulou seu próprio sequestro para também dar veracidade à existência de um grupo que só existia na sua mente. Descoberta a farsa e constatado que o aluno anônimo era novamente o responsável por tudo, houve uma grande revolta na sociedade, que exigia cadeia para o adolescente, sem se preocupar com a questão psicológica e sem querer saber de fato o que tivera acontecido na sua vida.

A população, em sua maioria, ficou revoltada com a conduta do estudante. Desejava que ele fosse preso, afastado da sociedade e alguns queriam mesmo que ele fosse agredido, pois expressavam que o adolescente merecia, na verdade, era uma bela surra. A pressão era grande para "acabar" com aquele "monstro", "terrorista" que causou tanta intranquilidade na sociedade. Na ótica de todos era preciso dar um exemplo, e o

exemplo mais correto na visão de muitos, seria mais violência, seria uma prisão por tempo indeterminado. As pessoas não queriam saber do histórico disciplinar do estudante, que não registrava nenhum incidente de violência nas escolas onde estudou, apesar de tudo que já havia sofrido. As pessoas não se interessavam pelos problemas, pelo sofrimento e pela violência que o jovem havia passado durante anos no meio escolar, desde a infância. Não se preocupavam e nem se interessavam em saber por quais sofrimentos ele havia passado. Poucos tentavam se colocar no lugar do jovem, acuado, fragilizado e “desequilibrado mental e emocionalmente”, necessitando de ajuda e socorro. É bem verdade que nem todos pensavam assim. Alguns sentiam pena do adolescente e de sua família, achando que precisava de ajuda e de tratamento. O adolescente justificava sua conduta alegando que as pessoas não levaram a sério os problemas por que passam as vítimas de bullying. Alegou também que ninguém havia adotado providência concreta no sentido de abordar o assunto e prevenir a ocorrência do fenômeno bullying e das consequências para agressores e vítimas após a prática dessa forma oculta de violência.

O jovem não passava de um menino deprimido e descontrolado emocionalmente. Sabia que as pessoas não lhe perdoariam. Tinha consciência de que sua identidade era agora do conhecimento público. Aonde fosse, por onde andasse, traria consigo a marca de sua conduta, seria marginalizado e, pior, mais estigmatizado e perseguido do que havia sido até aquela data. Não existia para ele mais sentido em viver. Sentia-se derrotado. Perdido. Fracassado. Enfim, chegara ao fundo do poço, ou quem sabe, ao fim de seu próprio caminho e de sua própria história. Por essa razão, decidiu que seria melhor morrer. Tentou o suicídio ingerindo uma grande quantidade de remédio, tendo que ser hospitalizado com urgência. Felizmente, fracassou novamente, não por sua culpa, mas porque foi encontrado por sua mãe, que, com o instinto maternal, pressentiu o perigo e socorreu seu filho em tempo hábil para o hospital.

Atualmente, o jovem é acompanhado por excelentes profissionais da área da psiquiatria e psicologia e tem demonstrado uma grande evolução. Ele vem cumprindo a medida sócio-educativa que lhe foi aplicada pela Justiça, prestando serviços gratuitos justamente na Promotoria da Infância e Juventude de João Pessoa, relativamente ao procedimento que respondeu em razão das ameaças que fez quando ainda não tinha atingido a maioridade. *Tem produzido belos vídeos na Promotoria da Infância e Juventude de João Pessoa/PB, sobre diversos assuntos, entre eles adoção, violência doméstica e abuso sexual.* Tem surpreendido a equipe da Promotoria com a realização dos trabalhos que lhes são solicitados, o que faz com grande entusiasmo e dedicação. É impressi-

onante como já parece outra pessoa. *É impossível fazer prognósticos sobre seu futuro, mas não resta dúvida de que um olhar diferenciado sobre esse caso trouxe um crescimento e uma nova visão para todos que integram a equipe da Promotoria da Infância e Juventude da Capital Paraibana.*

4 Considerações finais

Todos os atos e ações relativamente ao “Caso Paraíba” foram exaustivamente discutidos e analisados com psicólogos e educadores. Uma visão puramente legal talvez não tivesse um efeito tão importante para a ressocialização do jovem. Era preciso que ele tivesse consciência da prática de conduta conflituosa com a lei. Era necessário ter ciência, também, de que a medida “punitiva” imposta, recomendava-lhe uma reflexão profunda sobre seus atos e a consequência destes. Mas era de fundamental importância que a medida punitiva – medida sócio-educativa – visasse também a sua recuperação e tivesse de verdade um caráter ressocializador, como ordena a lei.

Registre-se, ao final, a importância do trabalho envolvendo profissionais de várias áreas afins, que propiciou um debate rico sobre diferentes focos, posto que a visão jurídico-legal foi associada à concepção psicológica e pedagógica do caso concreto.

A história do estudante paraibano, até por ser verídica, não nos permite dizer qual será o seu final. Entretanto, sem dúvida alguma, uma certeza trazemos conosco: o problema vivido e gerado pela conduta do estudante trouxe uma grande oportunidade de aprendizado e experiência para o Ministério Público relativamente à abordagem e ao conhecimento do fenômeno bullying, bem como a melhor forma para sua prevenção e enfrentamento.

E para o estudante, enquanto protagonista dessa história, ficam as lições e uma certeza: *“VALE A PENA BUSCAR AJUDA. A AJUDA DE PROFISSIONAIS SÉRIOS E COMPROMETIDOS PODE SALVAR UMA VIDA”*.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: 1988. 10. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1998.

_____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. *Bullying escolar: perguntas & respostas*. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *O Estatuto da criança e do adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação*. São Paulo: Cortez, 2008.

MIDDELTON-MOZ, Jane; ZAWADSKI, Mary Lee. *Bullying: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos*. Porto Alegre: Artmed, 2007.

DA NULIDADE RELATIVA POR DESCUMPRIMENTO DO § 7º, DO ART. 17, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Francisco Sagres Macedo Vieira
Procurador de Justiça no Estado da Paraíba

1 Introdução

Não raras vezes, na defesa da ordem econômica, política e social, e dos princípios norteadores da conduta dos administradores públicos e agentes políticos em geral, o Ministério Público, quando do manejo da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, enfrenta teses de defesa variadas, dentre elas preciosismos formais em relação ao trâmite processual específico, mais precisamente sobre a realização da notificação prévia dos processados, como requer o §7º, da Lei de Improbidade Administrativa, de nº 8.429/92.

O presente estudo pretende, então, em linhas sucintas, demonstrar que o descumprimento de tal oportunidade de defesa prévia dos réus não constitui nulidade absoluta, ao contrário, por exemplo, do que entendeu a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça da Paraíba¹, em julgamento do Recurso de Apelação Cível de fls. 1.394/1.404, processo nº 027.2001.001135-4/001, que por votação unânime, anulou, de ofício, a sentença de primeiro grau, por entender que, em não tendo sido cumprida a exigência do § 7º, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa², o julgamento incorreu em afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

¹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EX-PREFEITO MUNICIPAL – PRESTADORES DE SERVIÇOS – LIMINAR CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMATÓRIA – INDISPONIBILIDADE DE BENS E QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DO EX-ALCAIDE – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO PROMOVIDO PARA APRESENTAR DEFESA PRELIMINAR – PREVISÃO DO § 7º, DO ART. 17, DA LEI Nº 8.429/92 – DISPOSITIVO ACRESCIDO PELA MP 2088-35, PUBLICADA EM 28.12.2000 – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – CONSTATAÇÃO – NULIDADE ABSOLUTA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – COGNIÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE DE SANATÓRIA – DECLARAÇÃO DE NULIDADE.

Tendo a ação sido proposta após a vigência da MP 2088-35/00, posteriormente reeditada pela MP 2225/01, sem que tenha sido observada a necessidade de notificação prévia ao demandado, para oferecer manifestação por escrito, antes do recebimento da ação, nula a citação efetivada, devendo ser renovados os atos processuais, com decretação da nulidade do processo, a partir da citação.

Conjugadas tais disposições com a norma do art. 5º, inciso LIV, da Magna Carta, segundo o qual 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal', conclui-se que, por mais evidente que pareça a prática dos mencionados atos de improbidade, o deferimento da liminar – se for o caso – não pode prescindir daquele minimum de contraditório previsto nos dispositivos legais acima transcritos. (Grifos nossos)

² Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar.

§ 7º. Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

2 Cotejo analítico

Sabemos que quando o constituinte previu, no art. 5º, LV, da Constituição Federal, a garantia ao exercício da ampla defesa e do contraditório, sua intenção foi evitar medidas arbitrárias, sejam judiciais ou administrativas, no mais puro e amplo resguardo às Instituições de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito.

Sendo assim, mesmo perante as representações da Soberania Interna, o indivíduo, agora na qualidade de cidadão e não mais de súdito, estará em pé de igualdade sempre que discutida a possibilidade de privação de alguma das garantias que lhe são asseguradas, sobretudo constitucionalmente, como a liberdade e o patrimônio.

E esta igualdade (*par conditio*) se manifestará no poder de resposta, na apresentação de provas, de contra-argumentações às acusações imputadas ao acusado, seja no processo administrativo, seja no judicial.

Sendo assim, o devido processo legal, mostrando-se como medida protetiva tanto formal quanto material, também se configurará como cumprimento ao princípio da razoabilidade, já que atua como extirpador de possíveis arbitrariedades, irrazoabilidades ou desproporcionalidades das condutas administrativas do Poder Público.

É o que preleciona o Mestre Alexandre de Moraes³:

Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Entretanto, de uma leitura conjugada dos dispositivos constitucionais, de considerações lógicas acerca do que prevê nosso ordenamento jurídico, e do exame das vicissitudes do caso concreto, não será sempre que se terá a figura de um acusado tolhido em seu direito de defesa, como pretendemos demonstrar no esforço de interpretação acerca do dever de cumprimento do que prevê o art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Para a garantia da interpretação jurisprudencial fidedigna da legislação federal, especificamente o art. 17, § 7º, da LIA, e o art. 244, do CPC (que

³MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e Legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 361.

trata da validade dos atos processuais que alcançaram a finalidade do ato não praticado), haveremos de entender que a ausência de notificação dos réus para apresentarem defesa preliminar, como dispõe o art. 17, § 7º, da Lei de Improbidade Administrativa⁴, não afronta os princípios da ampla defesa e do contraditório (Art. 5º, LV, da Carta Política) quando os réus, depois de devidamente citados, e apresentando contestação nos autos, na qual expõem toda matéria de defesa possível, silenciam acerca dessa omissão.

Isso porque o § 7º, do art. 17, da LIA, não faz advertência alguma do tipo “sob pena de nulidade”, no caso de não ser efetivada a notificação. Assim, se por outro modo os atos subsequentes alcançarem a finalidade daquele que não se verificou, tem-se por sanada a irregularidade. Até porque a finalidade do ato de notificação é de propiciar aos réus o direito de defesa e, como sabemos, por via de regra, esta se dá através da peça de contestação, na qual se podem denunciar quaisquer pechas, inclusive a falta de cumprimento da diligência prevista na legislação específica, o que leva à compreensão de que, assim, resta plenamente exercido o mencionado direito constitucional. Destarte, de se considerar – repita-se – sanado o vício, mormente quando por esta mesma razão não se evidenciam quaisquer prejuízos à defesa dos acusados, tudo em nome do princípio da instrumentalidade das formas, pelo qual se considera atingida a finalidade do primeiro ato não praticado, com a efetivação do ato seguinte.

É a inteligência que se extrai da leitura conjunta dos arts. 244, 249, 250, do Código de Processo Civil:

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 245 - A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

⁴Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar.

§ 7º. Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justifições, dentro do prazo de quinze dias.

Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Em tese contrária, no bojo do processo 027.2001.001135-4/001, o Tribunal de Justiça da Paraíba entendeu que:

Com efeito, no despacho evidencia-se que os réus não foram notificados para apresentar manifestações prévias ao recebimento da inicial, oportunidade em que poderiam oferecer defesas, visando afastar o início da ação de improbidade administrativa.

A inobservância da norma mencionada, prevista na legislação infraconstitucional, facultando a prévia manifestação escrita dos requeridos, acaba por ferir os princípios constitucionais da ampla defesa, bem como o contraditório, podendo-se qualificar tal procedimento de ‘pré-contraditório’, conforme definiu o Rel. Min. Carlos Britto na Pet. 3067/MG.

Nesta senda, não há como sustentar a relatividade da nulidade posto que os prejuízos porventura experimentados pelo promovido não seriam sanados no decorrer do procedimento. Além disso, tenho que a afronta a princípios de ordem constitucional, como, in casu, o da ampla defesa, contraditório e devido processo legal dão azo à nulidade absoluta, logo, insanável.

Por fim, assinale-se que a afronta a princípios constitucionais é tida como matéria de ordem pública, cuja cognição independe de arguição das partes, tendo o julgador, inclusive, obrigação de conhecer e declarar a nulidade dela decorrente. Por conseguinte, despiciendo adentrar na análise das demais insurgências, ditas preliminares e meritórias, devolvidas no recurso manejado.” (grifos nossos)

Em que pesem as considerações acima expendidas, a nulidade verberada em caso de ausência de notificação dos réus, em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, consiste apenas em caso de nulidade relativa, que, portanto, não dá azo ao seu conhecimento *ex officio*, na conformidade da jurisprudência solidificada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em caso semelhante. Vejamos:

Acórdão: Agravo de Instrumento 2003.002479-4 Relator: Newton Trisotto Data da Decisão: 01/12/2003 EMENTA: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NOTIFICAÇÃO PRELIMINAR - AUSÊNCIA - LEI 8.429/92, ARTS. 16, § 1º, E 17, §§ 7º E 8º - NULIDADE RELATIVA - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO - CAUTELAR - INDISPONIBILIDADE DE BENS - PEDIDO FORMULADO NA AÇÃO PRINCIPAL - ADMISSIBILIDADE - BENS ADQUIRIDOS APÓS OS ATOS DE IMPROBIDADE - MONTANTE DO PREJUÍZO - BENS INDISPONÍVEIS 1. "As exigências legais hão de ser interpretadas por critérios presididos pela razoabilidade e não se pode perder de mente que a lei é feita com vistas a situações típicas que prevê, merecendo ser modelada, conforme o caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos" (Cândido Rangel Dinamarco). Se a formalidade processual visa assegurar a ampla defesa, v. g., a sua inobservância não constituirá causa de nulidade do processo se evidente a ausência de prejuízo ao seu exercício. 2. "A falta de notificação preliminar na hipótese de crimes funcionais é causa de nulidade relativa, que deve ser alegada no momento oportuno, ficando sanada com a preclusão. Deve ser argüida nas alegações finais e não pode ser reconhecida pelo tribunal em recurso exclusivo da acusação. Tem-se exigido, também, a prova do prejuízo" (Mirabete). Por analogia, essa regra aplica-se à notificação de que trata a Lei 8.429/92 (art. 17, § 7º). 3. "A indisponibilidade de bens na ação civil pública por ato de improbidade pode ser requerida na própria ação, independentemente de ação cautelar autônoma" (REsp n.º 469.366, Min. Eliana Calmon), e deve recair sobre bens suficientes para assegurar a reparação do dano causado ao erário e não somente sobre aqueles adquiridos posteriormente aos atos supostamente de improbidade (REsp n.º 226.863, Min. Humberto Gomes de Barros; AI n.º 2001.011395-3, Des. Newton Janke).

Isso porque os julgadores devem atentar tanto para o fato de que o ato seguinte, a saber, a citação válida, supre a ausência verificada (haja vista que os réus podem apresentar contestação, na qual exercem amplo direito de defesa), quanto para o fato da possibilidade de silêncio ou omissão quando da primeira oportunidade de manifestação oportunizada aos acusados, que enseja a preclusão sobre a discussão da matéria.

O teor do julgado acima transcrito, da Lavra do Des. Newton Trisotto, esclarece que:

O direito processual, como todo o ordenamento jurídico, rege-se por princípios. Para Nelson Nery Júnior, "os princípios são, normalmente, regras de ordem geral, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que se lhes empreste validade e eficácia" (Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos, RT, 1997, p. 109).

Com ele consoam Luiz Guilherme Marinoni e José Carlos Barbosa Moreira:

"Os princípios beneficiam-se de uma objetividade e presencialidade normativa que os dispensam estarem consagrados expressamente em qualquer preceito" (A antecipação da tutela, Malheiros, 1998, 4ª ed., p. 171).

"O ordenamento jurídico, evidentemente, não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgador na solução da quaestio juris quando afronte norma que integre o ordenamento sem constar literalmente de texto algum" (Comentários ao código de processo civil, 7ª ed., v. V, p. 129).

Interessa, in casu, perquirir sobre o princípio da instrumentalidade das formas.

1.2. Na exposição de motivos do projeto do Código de Processo Penal remetido ao Presidente da República, destacou o Ministro da Justiça Francisco Campos: "O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa".

Esse princípio, traduzido no vetusto brocardo jurídico *pas de nullité sans grief*, foi acolhido no Código de Processo Civil: "Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade" (CPC, art. 244).

A respeito do tema, da doutrina e da jurisprudência extraio as lições que seguem:

"A instrumentalidade das formas é uma regra de grande amplitude e não se limita às nulidades relativas, como insinua o art. 244 do Código de Processo Civil. Diz ele, literalmente, que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'. O grande mérito desse dispositivo é a fixação da finalidade, ou escopo, como parâmetro a partir do qual se devem aferir as nulidades. A

doutrina e os tribunais, todavia, com todo acerto, desconsideram a aparente ressalva contida nas palavras sem cominação de nulidade, entendendo que, mesmo quando absoluta a nulidade e ainda quando esteja cominada pela lei, a radicalização das exigências formais seria tão irracional e contraproducente quanto em caso de nulidade relativa [o grifo não consta no original].

Constitui também projeção da regra da instrumentalidade das formas, como reiteração do que diz o art. 244, a disposição do art. 249, § 1º do Código de Processo Civil, *segundo a qual o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte. Tal é a manifestação positivada da máxima pas de nullité sans grief e, ao impô-la assim de modo tão explícito, quis o legislador apoiar-se no binômio escopo-prejuízo, deixando bem claro que nada se anula quando o primeiro houver sido obtido e, conseqüentemente, este não existir.*

Também a disposição do art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil está ligada à grande premissa representada pela instrumentalidade das formas, porque o julgamento de mérito que o juiz ou tribunal proferir a seu favor será clara demonstração de que a inobservância das formas não lhe foi prejudicial (supra, n. 713)” (Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, Malheiros, 2002, 4ª ed., v. 2, p. 600/601).

“Alguns princípios norteiam a teoria das nulidades. Assim, os princípios da economia, da preclusão, da legalidade das formas, do interesse (*pas de nullité sans grief*), da finalidade. Razão, no entanto, assiste a Amaral Santos quando sintetiza todos eles no 'princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais', segundo o qual, aduz-se, o processo deve ser entendido como instrumento, meio e não fim, evitando-se, quanto possível, a generalizada invalidação de atos defeituosos perfeitamente sanáveis ou supríveis. Mesmo porque, conforme a difundida advertência atribuída a Chiovenda, 'a necessidade de servir-se do processo para obter justiça não deve reverter em prejuízo de quem tem razão'.

É ainda em Galeno Lacerda que se vê proclamado que o interesse público preponderante no processo reside em sua instrumentalidade, pois é ele meio de realização da justiça, 'trajetória a ser seguida na busca da verdade de direito material, o instrumento para concretização da justiça'. (...)

“A fonte das formas é a lei, cabendo ao juiz mitigar as exigências do ordenamento, toda vez que, a despeito da forma, o ato processual tiver

alcançado a sua finalidade. Assim, o vício de forma ao realizar-se a citação não assume relevo se o demandado comparece ao processo. O fim alcançado torna de somenos a postergação da forma. Isto porque, a forma, como meio ou instrumento, não deve infirmar a questão de fundo, que é a substância do ato em si. A finalidade sobrepõe-se a simples obediência das regras processuais. Essa tônica é reflexo do ‘princípio da instrumentalidade concebido no art. 244 do Código de Processo Civil, no sentido de que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram idealizados.

Desatendida a forma, por mais simples que seja, e não alcançado o fim proposto, impõe-se destituir o ato de qualquer eficácia que pretendia produzir.

Essa visão instrumental inspira uma série de regras *in procedendo* que o juiz deve observar antes de retirar a eficácia do ato processual praticado em detrimento do andamento do processo.

Em primeiro lugar, o juiz deve verificar ‘se o ato, malgrado irregular, atingiu a sua finalidade’. Em segundo lugar, ‘avaliará se a irregularidade causou prejuízo’, isto é, prejudicou a parte, como, v.g., a citação mesmo irritual cuja comunicação logrou chegar ao conhecimento do réu sem comprometer o ‘direito de defesa’, ou mesmo, se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveita a declaração de nulidade, conforme regra textual de aplicação do prejuízo (pas de nullité sans grief) – art. 249, § 2º, do CPC.

Concluindo pelo atingimento da finalidade e pela ausência de prejuízo, o processo prossegue sem sancionar-se o ato com a nulidade, aproveitando-o tal como se nada de irregular tivesse acontecido. Ao revés, atentando o juízo para a ‘ineficácia do ato, ou caso de falta’, determina a prática do ato” (Luiz Fux, Curso de direito processual civil, Forense, 2001, p. 360/362).

“O tratamento das nulidades, nesse aspecto, seguiu a tendência que se manifestou historicamente no desenvolvimento do processo, com a rejeição do formalismo rígido, com a valorização do papel das partes, as conquistas dos direitos processuais e a garantia de sua participação em igualdade de condições na formação do procedimento.

Se a finalidade do ato é cumprida e se o prejuízo inexistente, não se pode aplicar a nulidade potencialmente prevista para o ato defeituoso, que recebe o mesmo tratamento reservado para o ato regular.

Segundo estatui o C. Pr. Civil, quando os atos processuais dependem de forma determinada, mas a lei não comina nulidade para aqueles

praticados com inobservância da forma prescrita, o Juiz deve considerar válido o ato que, praticado por outro modo, lhe alcançar a finalidade (art. 244 do C. Pr. Civil). Contudo, o juiz não mandará repetir o ato ou supri-la a falta, se não houver prejuízo para a parte (art. 249, § 1º).

Finalidade e prejuízo no processo são conceitos muito próximos, que se entrelaçam.

A finalidade do ato processual é de construir o procedimento válido para que possa ser, validamente, emanado o provimento. Cada ato processual possibilita a edificação de mais uma etapa no desenvolvimento do processo. No procedimento realizado em contraditório, a finalidade do ato importa, conseqüentemente, em inexistência de prejuízo na participação das partes.

O prejuízo processual é o entrave que impossibilita a participação das partes na medida em que o modelo normativo do processo a permite (prejuízo como dano aos objetivos do contraditório).

O prejuízo impede que se alcance a finalidade do processo, que é a emanção da sentença, dada pelo juiz, como órgão do Estado, mas elaborada como ato final de um procedimento que se forma com a garantia de participação daqueles que suportarão os seus efeitos.

O prejuízo é a desfiguração da finalidade do processo, como procedimento que prepara o provimento em contraditório entre as partes” (Aroldo Plínio Gonçalves, Nulidades no processo, Aide, 1993, p. 46 e 60/62).

“1. O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas de nullité sans grief*.

Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada” (Resp n.º 532.577, Min. Luiz Fux).

“A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes, sendo certo que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza” (AgRgAI n.º 508.361, Min. Nancy Andrighi).

Nesse contexto, é oportuno evocar as advertências do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e de Cândido Rangel Dinamarco:

“O processo não é um jogo de espertezas, mas instrumento ético da

jurisprudência para a efetivação dos direitos da cidadania” (Resp n.º 65.906).

“As exigências legais não de ser interpretadas por critérios presididos pela razoabilidade e não se pode perder de mente que a lei é feita com vistas a situações típicas que prevê, merecendo ser modelada, conforme o caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos” (RJTJESP, 102/27). As formalidades processuais não devem constituir obstáculo à concretização do Direito e à punição daqueles que o afrontam, notadamente quando causam prejuízo ao erário. Se visam assegurar o direito à ampla defesa, v. g., a sua inobservância não constituirá causa de nulidade do processo quando evidente a ausência de prejuízo ao seu exercício.

1.3. As exigências do § 1º do art. 16 e dos §§ 7º e 8º do art. 17 da Lei 8.429/92 têm correspondência com aquelas inseridas no Capítulo II do Código de Processo Penal, que trata do “processo e do julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos”:

(...)

Discorrendo acerca delas, assinala Júlio Fabbrini Mirabete:

“A falta de notificação preliminar na hipótese de crimes funcionais é causa de nulidade relativa, que deve ser alegada no momento oportuno, ficando sanada com a preclusão. Deve ser argüida nas alegações finais e não pode ser reconhecida pelo tribunal em recurso exclusivo da acusação. Tem-se exigido, também, a prova do prejuízo [o destaque não consta do original]. Não se compreende que, após uma sentença condenatória só pronunciada, em tese, quando há prova do crime e da autoria, após instrução contraditória, se anule o processo ab initio apenas por não ter sido concedida a possibilidade de o acusado tentar comprovar, antes do recebimento da inicial, a inexistência de elementos para o oferecimento da denúncia ou queixa” (Código de processo penal interpretado, Atlas, 9ª ed., 2001, p. 1.316/1.317).

Por analogia, a lição de Mirabete - que admite haver controvérsia em torno do tema (op. cit., p. 1.317; RT 566/276; RT 611/323; RTJ 103/157; RT 572/412; ROHC n.º 1.503 e REsp n.º 1.769, Min. José Cândido de Carvalho Filho) - se aplica ao caso em exame. (grifos nossos)

Tão certo o entendimento pela consideração da relatividade da nulidade por ausência de cumprimento de notificação prévia, mencionada pelo §7º, do art. 17, da LIA, que, em julgamento do Recurso Especial de nossa autoria (REsp n.º 1.125.275-PB), interposto no processo 027.2001.001135-

4/001, o Superior Tribunal de Justiça acolheu na íntegra as razões declinadas no apelo especial, por corroborar com a tese nele contida, *ex vi* do teor da ementa e trechos do respectivo Acórdão:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – LEI N. 8.429/1992 – DEFESA PRELIMINAR – INEXISTÊNCIA – NULIDADE RELATIVA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO – IMPOSSIBILIDADE DO CONHECIMENTO DE OFÍCIO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Assiste razão ao recorrente quando aponta a divergência jurisprudencial. Nos termos da orientação sedimentada na Segunda Turma, a ausência de notificação prévia, exigida pelo art. 17, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa, não é vício que implica em nulidade absoluta, mas sim relativa, devendo ser alegada pela parte e demonstrado o efetivo prejuízo.

Referências

BRASIL. *Código de processo civil*: Lei nº 5.869. Brasília: Senado Federal, 1973.

_____. *Constituição Federativa do Brasil*. Brasília, Senado Federal, 1988.

_____. *Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429*. Brasília: Senado Federal, 1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Repositório jurisprudencial*.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. *Repositório jurisprudencial*.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Repositório jurisprudencial*.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 2v.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo* .[s.l.] :Aide, 1993.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 9. ed. São Paulo:Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional* . São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais* : teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 1997.

EXPLORAÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: INFÂNCIA E DIGNIDADE INVISÍVEIS

Isabelle Pereira Lopes

Advogada

*“Desconfiai do mais trivial, na
aparência singelo.
E examinai, sobretudo, o que
parece habitual.
Suplicamos expressamente:
Não aceiteis o que é de hábito
como coisa natural,
Pois em tempo de desordem
sangrenta,
De confusão organizada,
De arbitrariedade consciente,
De humanidade desumanizada,
Nada deve parecer natural,
Nada deve parecer impossível de
mudar”.*

(Bertolt Brecht)

1 Introdução

No corrente ano, o Estatuto da Criança e do Adolescente celebra seus vinte anos de criação; tal marco se traduz em um convite à reflexão acerca das mudanças e transformações que o Sistema de Garantia de Direitos supracitado conseguiu operar no seio da sociedade brasileira.

Outrossim, esse momento propicia a colação dos mais diversos questionamentos sobre quais medidas poderiam ser adotadas para maximizar o alcance e a efetividade do mencionado conjunto de normas concebidas para regulamentar importante diretriz constitucional.

Com efeito, o art. 227, *caput*, da *Lex Fundamentalis*, apregoa o amparo integral da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos e cidadãos em condição especial, ou seja, indivíduos em desenvolvimento e, por conseguinte, em situação de extrema vulnerabilidade. Cuidam-se, pois, de direitos fundamentais relacionados à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade até a defesa de toda forma de exploração, negligência, discriminação, violência etc.

A sensibilidade do legislador pátrio decorre da consciência de que, num país ainda marcado por grandes disparidades socioeconômicas, a proteção das

crianças perante quaisquer circunstâncias de risco ou degradação deve ser um compromisso constitucional prioritário, intrinsecamente relacionado com as melhorias sociais programadas para as futuras gerações.

Ademais, se negligenciarmos o quadro em que milhares de crianças economicamente ativas estão inseridas jamais conseguiremos extirpar um círculo vicioso que se perpetua no transcorrer da história. De fato, na medida em que mais crianças e adolescentes são absorvidos pelo mercado de trabalho, maior é a possibilidade de obterem um mau desempenho acadêmico ou de abandonarem a escola.

Em virtude disso, os direitos inerentes à infância assumem igual relevância no âmbito do direito comparado, uma vez que, constam de vários diplomas internacionais, a exemplo da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança (1924); da Declaração dos Direitos da Criança (1959); da Declaração dos Direitos Humanos, da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Convenções n. 138 e n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Nesse ínterim, o presente estudo traçará algumas ponderações concernentes ao entendimento abraçado tanto pela Carta Magna de 1988 quanto pela legislação infraconstitucional em relação à proteção da criança e do adolescente contra a exploração indevida de seu labor, além da imprescindibilidade de tutelarmos os direitos fundamentais da infância, inclusive aqueles que encerram em seu bojo a ideia da profissionalização e do não trabalho.

Perpassadas essas observações iniciais, esboçaremos sucintamente sobre a evolução do emprego da mão de obra infantil ao longo da história, bem como do respectivo tratamento legal conferido à temática pelo Poder Público.

2A exploração do trabalho infantil ao longo da história

Embora tenhamos constatado uma redução gradual da utilização de mão de obra infanto-juvenil, esta foi, e infelizmente continua sendo, recorrente em muitos países desde os tempos mais remotos. Isso se deve, primordialmente, à dificuldade econômica enfrentada pelas famílias dessas crianças¹, ao baixo nível educacional de seus pais ou ao abandono das mesmas à própria sorte.

Consoante Ari Cipola², há registros bíblicos³ alusivos ao trabalho infantil escravo entre os filhos de judeus, datados do século VI a. C., após o

¹Nos moldes do art. 2º do ECA, considera-se criança a pessoa até doze anos incompletos de idade e adolescente aquele entre doze e dezoito anos.

²CIPOLA, Ari. *O trabalho infantil*. São Paulo: Publifolha, 2001. p.31-32.

³“Algumas de nossas filhas já estão reduzidas à escravidão [...]” (Neemias 5, 5).

exílio na Babilônia. Na antiguidade, a necessidade de aprender uma profissão fora a justificativa para a exploração dos meninos e meninas, seja pela família ou por terceiros, geralmente sem a obtenção de qualquer pagamento.

Lembra-nos Alice Monteiro de Barros que “*no Egito, em Roma e na Grécia Antiga, os filhos de escravos trabalhavam para os amos ou senhores ou para terceiros, em benefício daqueles, sem remuneração*”⁴. Durante a Idade Média, eram nas corporações de ofício que se davam os primeiros passos profissionais, num regime onde a exploração da mão de obra do aprendiz preponderava sobre a absorção das técnicas laborais.

Com o advento da Revolução Industrial, no final do século XVIII, a quantidade de crianças trabalhando aumentou substancialmente em minas de carvão, fábricas de tecido, dentre outros ambientes igualmente inóspitos. Não obstante o local, o ambiente de trabalho se assemelhava pelas péssimas condições para a formação física, psíquica, moral e social delas.

Contemporânea desse momento histórico é a ideia de que a preguiça e a desocupação denotavam fraqueza de caráter. Sendo assim, cada criança deveria ser treinada para professar os valores e as crenças consagradas como corretas, nem que para isso fossem submetidas a extenuantes jornadas de trabalho diário por 13 ou 16 horas. Hodiernamente, aqueles que defendem o trabalho exercido por crianças e adolescentes não o concebem como problema social, mas como um modo de ocupá-las e obstaculizar seu ingresso na criminalidade.

Lamentavelmente, esse entendimento foi sedimentado nas culturas mais diversificadas, conforme se infere de ilação proferida por Simon Schwartzman:

*A sociedade brasileira aceita o trabalho infantil como um meio de as camadas menos favorecidas economicamente aprenderem uma profissão, evitando seu ingresso na marginalidade, sendo que a idade mínima é uma referência legal com limitações dada à própria realidade social que acredita ter maior mérito quem está trabalhando do que roubando*⁵.

Por outro lado, no século seguinte iniciam-se as primeiras manifestações contra o abuso desmedido do labor exercido pelas crianças e adolescentes⁶. Embora abrangessem medidas tímidas, as limitações da jornada de trabalho e a proibição do trabalho noturno na Inglaterra (Lei

⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 540.

⁵SCHWARTZMAN, Simon. *Trabalho Infantil no Brasil*. Brasília: OIT, 2001. p.3.

⁶GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000. p. 46-47.

de Peel, 1802), bem como a vedação ao trabalho de menores em minas na França, apontavam certa evolução no caminho da regulamentação da matéria pelo Estado.

No Brasil, os primeiros relatos acerca do trabalho infantojuvenil nos remetem ao período da escravatura com tarefas que exigiam esforços físicos incomensuráveis. Finda a escravidão, a mão de obra infantil continuou sendo largamente empregada, desta vez incrementada pelos filhos dos imigrantes europeus.

Nesse diapasão, Ana Lúcia Kassouf⁷ assevera que, em 1890, “*do total de empregados em estabelecimentos industriais de São Paulo, 15% era formado por crianças e adolescentes*”. Esse dado ilustra o quadro em que foi elaborado o primeiro diploma legal brasileiro sobre a temática em tela, o Decreto n. 1313, de 1891, para reger os termos em que a prestação de serviços realizada por meninos e meninas nas fábricas situadas no Distrito Federal deveria ser tomada⁸.

Seguiram-se ao decreto em comento inúmeros instrumentos protetivos, a saber: o Código de Menores (1927)⁹; Constituições Federais de 1934¹⁰ e 1937¹¹ a Consolidação das Leis do Trabalho¹²; a Magna Carta de 1946¹³; a Carta Cidadã de 1988; a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90) e a Emenda Constitucional n. 20/98¹⁴. Estes últimos serão objetos de uma análise mais detalhada nos tópicos subsequentes. Antes, porém, cumpre delinear as dimensões, no nosso país, dessa mácula social ainda persistente nos tempos hodiernos.

⁷KASSOUF, Ana Lúcia. *Trabalho infantil: causas e consequências*. Disponível em: <http://www.fadepe.com.br/restrito/conteudo_pos/dir_proctrabalho_TRABALHO%20INFANTIL%201.pdf>. Acesso em: 25 abr.2010.

⁸BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 543. Nota 5.

⁹Prevía a proibição de qualquer trabalho para menores de 12 anos e do trabalho isalubre ou perigoso aos menores de 14 anos. Impedia, também, a utilização da mão de obra do menor de 18 anos em lugares perigosos à saúde, à vida, à moralidade ou excessivamente fatigantes, ao passo em que fixava a jornada de trabalho em seis horas não consecutivas.

¹⁰Rezava no art. 121 a vedação do labor para menores de 14 anos e restringia o emprego de menores em trabalhos noturnos e insalubres.

¹¹Acreceu a proibição do trabalho para os menores de 14 anos, a vedação do trabalho noturno para menores de 16 e, nas indústrias insalubres, aos menores de 18 anos.

¹²Destinou um capítulo específico para tutelar o trabalho do menor (arts. 402 a 441).

¹³Assegurou o aumento da idade mínima para o trabalho noturno em 18 anos.

¹⁴Alterou a idade mínima para o trabalho do adolescente para 16 anos, salvo na condição de aprendiz aos 14 anos.

2.1 O trabalho infantil no Brasil: panorama atual

É através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) que nos deparamos com os dados hábeis a descrever a face e a extensão da utilização do trabalho infantojuvenil no Brasil.

Em 1992, a referida investigação governamental constatou um dos índices mais altos da história dessa espécie de exploração laboral. Eram mais de 9,6 milhões de crianças exercendo atividades laborais, ou seja, à época, 22% da população infantil era economicamente ativa.

Analisando os dados coletados nos últimos vinte anos, Raimundo Coelho de Almeida Filho, Wanderlino Nogueira Neto e Rogério Grof¹⁵ resumem os fatores que contribuem para o exercício do trabalho precoce e principais atividades desempenhadas pelos nossos trabalhadores mais jovens:

Obrigados a complementar ou, até mesmo, prover o orçamento doméstico, expulsos para as ruas pela violência doméstica, tráfico de drogas ou estimulados pela ainda existente cultura do incentivo ao trabalho precoce, meninos e meninas brasileiros, das mais diversas etnias, oriundos das regiões rurais ou dos centros urbanos trabalham, hoje, na agricultura, nas pedreiras, canaviais, fábricas de calçados, oficinas mecânicas, no tráfico de drogas, nos domicílios e “casas de famílias”, nos lixões, semáforos e esquinas.

Entrementes, pesquisas recentes divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) comprovam que o trabalho infantil vem decrescendo em nosso país, senão vejamos.

No ano de 2007, havia aproximadamente 1,2 milhão de crianças trabalhadoras compreendidas na faixa etária dos 5 aos 13 anos contra 993 mil que persistiam em igual situação no ano seguinte. Do exame desses dados, percebemos uma queda de 19,2% no emprego do trabalho infantil em um ano¹⁶.

Do mesmo modo, merece destaque o fato de que em 2008 atingimos o menor índice da década relativo à ocupação de crianças e adolescentes entre 5 e 13 anos: 3,2%. Quando ampliamos o campo amostral para crianças e jovens cujas idades estão entre os 5 e os 17 anos os dados são menos animadores, apesar de continuarem positivos.

Atualmente, no Brasil, 4,5 milhões de indivíduos entre 5 e 17 anos

¹⁵FILHO, Raimundo Coelho de Almeida; NETO, Wanderlino Nogueira; GROF, Rogério. *Guia metodológico para implementação de Planos de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil*. Brasília: OIT, 2007.

¹⁶RIBEIRO, Marcelle. *Trabalho infantil cai quase 20% em um ano*. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/especiais/pnad/ultnot/2009/09/18/ult6843u9.jhtm>>. Acesso em: 03 maio 2010.

trabalham, dos quais, 51,6% são empregados domésticos; 35,5% trabalham na zona rural e 32,3% não são remunerados. Nessa faixa etária, os registros apontaram um decréscimo de 7,6%. Contudo, 57,1% dessas crianças e jovens também são responsáveis pelos afazeres domésticos em suas casas, ou seja, submetem-se a dupla jornada de trabalho. No tocante às crianças de 5 a 9 anos, verificou-se uma diminuição de 10,7%, enquanto entre aquelas cuja idade estava compreendida entre 10 e 13 se atingiu uma queda de 20,4%¹⁷.

Os dados apresentados indicam uma resposta positiva às ações promovidas tanto pelo Poder Público quanto pelas entidades não-governamentais. Entretanto, estão longe do ideal, porquanto para muitas famílias o trabalho exercido pelos seus membros mais jovens se reveste de extrema relevância para sua sobrevivência.

3 Da tutela conferida pela Constituição Federal de 1988

De início, impende ressaltar que as atividades realizadas pelo Estado Democrático de Direito devem observar preceitos fundamentais arrolados no art. 1º, CF, com os quais as demais normas se harmonizam obrigatoriamente.

Para efeitos do presente estudo, destacamos dois dos princípios elencados no referido dispositivo constitucional, a saber: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), epicentro axiológico do nosso ordenamento jurídico, e os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, CF). Reportando-se notadamente à promoção e ao amparo de direitos fundamentais, tais princípios possuem aplicabilidade direta e imediata às situações que contemplam¹⁸.

Quando falamos em valores sociais do trabalho, buscamos destacar o papel primordial que a atividade laboral desempenha enquanto elo entre o desenvolvimento econômico e o social. O trabalho deve figurar como mecanismo essencial a uma melhor distribuição de benefícios e melhorias às condições de vida dos prestadores de serviços.

Assim, a preocupação com a prestação de trabalho indevida por crianças e adolescentes e a promoção de uma política protetiva em relação a eles se consubstancia num meio de salvaguardar a dignidade¹⁹ inerente a esses indivíduos enquanto sujeitos de direitos.

¹⁷Idem. Ibidem.

¹⁸BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.197.

¹⁹Diante do exposto, faz-se imperioso destacar notável preleção de José Afonso da Silva: “A Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. [...] Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 105.).

É indubitável não se poder falar em infância digna quando os direitos fundamentais à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, a não exploração (art. 227, *caput*, CF); a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII e art. 227, §3º, I, CF); a garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola (art. 227, §3º, III, CF), por exemplo, restem descumpridos²⁰.

Nesse contexto, urge elucidar o caráter dinâmico e a ideia de ação ininterrupta que o legislador constituinte quis empregar à regra enunciada no art. 227, da Constituição Federal, ao dispor do termo *promoção*, oriundo do vocábulo latino *promovere*, que significa impelir para frente, fazer avançar, e não uma noção estática de mero responsável ou garantidor desses direitos.

Logo, o Poder Público deve estar em constante inquietação e movimentação não só na tentativa de mitigar o desrespeito aos direitos da criança, mas realizando políticas públicas que excluam definitivamente qualquer forma de exploração e degradação da infância.

Todavia, a inobservância do art. 227, *caput*, CF, regra de caráter programático e cogente, seja pela família, pela sociedade ou pelo Estado, ao nosso sentir se caracteriza como descumprimento de preceito fundamental. Isso porque cabe às normas constitucionais pragmáticas traçarem os fins sociais a serem atingidos pela atuação concreta do Estado. Portanto, tais dispositivos legais, ao proteger valores sociais ou criarem situações jurídicas subjetivas, são dotados de eficácia jurídica imediata, direta e vinculante²¹.

Quando nos debruçamos sobre a leitura do enunciado supracitado, inferimos tratar-se de dispositivo profundamente comprometido com a melhoria e a continuidade da sociedade em que essas crianças estão inseridas. Por esse motivo, “*geram para os jurisdicionados [...] faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas [...] no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial*”²².

²⁰Nesse sentido, Ihering *apud* Antônio José de Barros Levenhagen leciona: “a pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é. E que se tenha um direito à liberdade ninguém o pode contestar, como contestar não se pode, ainda que se tenha um direito a sentimentos afetivos, a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso enfim, que, sem possuir valor de troca da economia política, nem por isso deixa de constituir em bem valioso para a humanidade inteira. São direitos que decorrem da própria personalidade humana. São emanações diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana”. (TST, 4ª Turma, RR - 1318/2005-661-09-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ: 15/02/2008).

²¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.164.

²²BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 202. Nota 19.

Em virtude das argumentações ventiladas, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) para regulamentar e conferir efetividade ao fragmento do texto constitucional sob exame, conforme veremos a seguir.

4 O papel desempenhado pelo ECA contra o uso indiscriminado da mão de obra infantojuvenil

Inspirado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, o Sistema Garantidor de Direitos sob análise foi concebido como um instrumento normativo voltado para o amparo total e prioritário dos direitos infantojuvenis.

De fato, a corrente doutrinária da proteção integral traz em seu bojo a noção de criança enquanto sujeito de direitos em condição especial. Antônio Carlos Gomes da Costa apud Wilson Donizete Liberati²³ corrobora com esse entendimento:

O valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

Desta feita, além dos direitos da personalidade, intransmissíveis e irrenunciáveis, e dos direitos relacionados ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (art. 3º, *in fine*, ECA), destacamos o direito fundamental ao não trabalho aos indivíduos com idade inferior ao mínimo previsto na legislação pátria, bem como ao direito à profissionalização para aqueles com idade entre quatorze e dezesseis anos (art. 4º, ECA).

Entendendo a importância da defesa do direito de ser criança, de brincar e receber uma educação apropriada, o referido microsistema jurídico designou um capítulo específico à questão da profissionalização e da proteção no trabalho (arts. 60 a 69, ECA).

Dentre as normas relativas à formação técnico-profissional estão: a garantia de acesso e frequência obrigatória do aprendiz ao ensino regular (art. 63, I, ECA); o exercício de uma atividade compatível com o desenvolvimento

²³LIBERATI, Wilson Donizete. *Direito da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

do adolescente (art. 63, II, ECA); cumprimento de um horário especial para o exercício das atividades (art. 63, III, ECA); seguindo o norte constitucional²⁴, o asseguramento dos direitos trabalhistas e previdenciários ao adolescente aprendiz (art. 65, ECA).

O legislador também demarcou parâmetros para o ensino profissionalizante, responsável por capacitar seus alunos para o mercado de trabalho. Desenvolvidos por entidades governamentais ou não (art. 68, ECA), esses projetos não possuem o condão de restringir aos estudantes a aferição de remuneração²⁵.

Como podemos perceber, nosso ordenamento jurídico é bastante avançado. Entrementes, nosso maior desafio é torná-lo efetivo. Para tal, o governo vem desenvolvendo inúmeros programas sociais que, por sua vez, têm produzido efeitos positivos, mas não totalmente satisfatórios.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, criado em 1992, é o órgão que, constituído por membros do governo e da sociedade civil, foi incumbido da formulação de políticas públicas e distribuição dos recursos destinados ao amparo integral da infância.

Com efeito, busca-se “*um sistema que funcione aos moldes de uma ‘rede de serviços e programas’, com suas linhas de articulação política e de integração operacional. Quer-se, hoje, um sistema firmado na ideia da ‘incompletude institucional’ [...]*”. Em outras palavras, seria o estabelecimento de uma rede em que “*a ação de um determinado órgão público é complementada pelo outro, onde a ação de um operador do sistema é complementada pela ação do outro*”²⁶.

Nessa seara, o governo federal, redesenhando sua política social, instituiu em 1996 o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) cujo objetivo maior é a extinção das atividades nomeadas como as piores formas de trabalho infantil²⁷ entre crianças e adolescentes de sete a quatorze anos.

²⁴Art. 227, § 3º, II, CF.

²⁵ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 116.

²⁶FILHO, Raimundo Coelho de Almeida; NETO, Wanderlino Nogueira; GROF, Rogério. *Op. cit.*, p. 19. Nota 17.

²⁷Segundo o art. 3º da Convenção n. 182: “[...] a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende: (a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida e servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou compulsório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; (b) utilização, procura e oferta de criança para fins de prostituição, de produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos; (c) utilização, procura e oferta de crianças para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; (d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança”.

Assim, em consonância com o art. 4º da Convenção n. 182 da OIT, o Ministério do Trabalho e Emprego arrolou na Portaria n. 20 essas atividades perigosas, penosas, degradantes ou insalubres, a exemplo daquelas exercidas em olarias, plantações de fumo, carvoarias e no corte de cana-de-açúcar.

Outra frente de combate ao uso da mão de obra infantojuvenil foi criada pela Lei n. 10.219/01: a Bolsa Escola. Esse programa nacional propunha conceder auxílio pecuniário mensal²⁸ às famílias brasileiras em troca da manutenção de suas crianças na escola.

Não obstante, com o advento da Lei n. 10.836/04 e do novo programa social desenvolvido pelo governo denominado de Bolsa Família, inúmeros projetos nacionais de assistência social de transferência direta de renda²⁹ foram unificados sob a égide deste último, inclusive o Bolsa Escola.

Nos moldes definidos pela Bolsa Família, os beneficiários assumem não apenas o compromisso de manter seus membros em idade escolar frequentando estabelecimentos de ensino³⁰, mas também se comprometem com a observância dos cuidados básicos de saúde como o calendário de vacinação e o pré-natal.

Por fim, resta inegável, como afirmamos alhures, que essa reestruturação dos programas assistencialistas patrocinados pelo governo para o enfrentamento da pobreza tem contribuído para a redução do trabalho infantil. Entretanto, há sempre muito para ser feito, transformado e fiscalizado num país de enormes dimensões e contradições como o nosso.

5 O trabalho do jovem aprendiz à luz da CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho, compreendendo a importância social de inserir e preparar os jovens para enfrentar o mercado de trabalho, traz em seu bojo capítulo especial destinado à proteção do trabalho do menor (arts.

²⁸Art. 4º, Lei n. 10.219/01: “A participação da União nos programas de que trata o caput do art. 2º compreenderá o pagamento, diretamente à família beneficiária, do valor mensal de R\$ 15,00 (quinze reais) por criança que atenda ao disposto no inciso II daquele artigo, até o limite máximo de três crianças por família”.

²⁹Art. 1º, Lei 10.836/04: “[...] do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela Lei n. 10.219, de 11 de abril de 2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, criado pela Lei n. 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto n. 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto n. 3.877, de 24 de julho de 2001”.

³⁰Trata-se de obrigatoriedade de 85% de frequência escolar das crianças e adolescentes entre de 6 a 15 anos, enquanto para aqueles cujas idades estão compreendidas entre 16 e 17 anos a frequência escolar exigida é de 75%.

402 a 414)³¹, bem como emprega um regramento diferenciado aos contratos estabelecidos com adolescentes e jovens de 14 a 24 anos. É sobre isso que discorreremos a seguir.

Reza o art. 428 da CLT que o contrato de aprendizagem se caracteriza como um contrato de trabalho especial, reduzido à forma escrita e prazo determinado, em que o empregador se “*compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico [...]*”³².

Doutra banda, leciona Giuliani Mazzoni³³ que o aprendiz também possui deveres para com o empregador. No entanto, a obrigação de fazer assumida por aquele primeiro é subordinada ao aprendizado ofertado pelo tomador de serviços, uma vez que o labor exercido prima pela formação técnica do estudante e não pela lucratividade da empresa.

Corroborando com o entendimento acima, Alice Monteiro de Barros³⁴ ressalta que a obrigação principal do empregador não exclui a obrigação secundária de pagar salário e o consequente recolhimento do FGTS sob alíquota de 2%.

O contrato de aprendizagem encerra outras peculiaridades como anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, a obrigatoriedade de matrícula e frequência escolar do aprendiz que não concluiu o ensino médio³⁵, a inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica (art. 428, § 1º); o recebimento do salário mínimo hora (art. 428, § 2º) e o prazo de até dois anos (art. 428, § 3º).

Faz-se importante elucidar que a formação técnico-profissional mencionada no art. 428, *caput*, CLT, pressupõe um conjunto de atividades teóricas e práticas sistematicamente organizadas em complexidade progressiva (art. 428, § 4º). Essa necessidade metódica verifica-se em razão do respeito ao ritmo natural da aquisição do conhecimento para que, no futuro, o aprendiz não enfrente dificuldades de assimilar novas habilidades.

³¹Valentim Carrion nos ensina que essas normas protecionistas não se limitam às relações de trabalho subordinado, abrangendo aos menores que trabalham como autônomos (CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 273).

³²No concernente ao aprendiz portador de deficiência há possibilidade de extensão do contrato além dos dois anos estipulados no § 3º do art. 428, CLT e da idade máxima prevista no *caput* do artigo em comento.

³³MAZZONI, Giuliani *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 563. Nota 5.

³⁴BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 565. Nota 5.

³⁵Excepcionalmente, segundo a inteligência do art. 429, § 7º, CLT “a contratação do aprendiz poderá ocorrer sem a frequência à escola, desde que ele já tenha concluído o ensino fundamental”.

Essa parceria com as entidades educacionais é imprescindível ao controle da exploração do labor infantil, pois, os professores e os demais profissionais de ensino são os mais aptos a identificar os casos de trabalho infantil, em virtude do baixo rendimento e até mesmo do abandono escolar por esses pequenos trabalhadores.

Com o intuito de integrar licitamente o trabalho realizado por adolescentes entre 14 e 16 anos, o art. 429 da CLT impõe a contratação de aprendizes numa ordem de 5 a 15% do número de trabalhadores profissionais das respectivas empresas. Do mesmo modo, é dever do tomador de serviços matricular esses jovens nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem ou naqueles ofertados por outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional.

6 Considerações finais

Apesar de as últimas pesquisas nacionais por amostra de domicílios terem comprovado a gradativa redução da quantidade de crianças e adolescentes trabalhadores no nosso país, a exploração da mão de obra infantojuvenil persiste entre os nossos problemas sociais mais graves, porquanto compromete a qualidade de vida das futuras gerações.

Acreditamos que a prevenção desse problema junto à sociedade, às escolas, aos órgãos públicos, notadamente aqueles voltados à proteção das crianças e adolescentes, aos organismos não governamentais, sejam empreendimentos mais positivos que uma mera política de fiscalização.

Nesse sentido, o governo tem desenvolvido e aperfeiçoado diversos programas assistencialistas de transferência direta de renda. Todavia, estes não devem passar de medidas temporárias para amenizar, ou melhor, combater os sintomas mais latentes da pobreza que levam crianças e jovens a uma rotina de trabalho precoce.

Por isso, ainda há muito a ser feito, inclusive no âmbito do judiciário, para aproximar a realidade aos parâmetros idealizados e programados pelo nosso ordenamento jurídico.

Faz-se necessário traçar uma estratégia multidimensional que abarque o atendimento direto e eficaz à criança e ao adolescente; a preparação dos profissionais que estão mais próximos da infância para diagnosticar os casos de exploração do trabalho infantil; a conscientização da sociedade e das próprias crianças para que defendam os valores humanos inerentes à infância e monitorem as ações e os resultados obtidos pela iniciativa estatal.

É igualmente relevante o preparo e a capacitação dos aplicadores do

direito, no sentido de voltarem um olhar mais atento às questões peculiares ao amparo integral dos direitos e dignidade na infância. Destarte, a produção de leis avançadas, sua interpretação e aplicação também prescindem de igual tratamento.

Ante todo o exposto, acreditamos que, através do acesso irrestrito à justiça em casos de inobservância da legislação ventilada ao longo do presente estudo, seja mediante intervenção das defensorias públicas, das varas da infância e juventude, dos tribunais e promotorias de justiça, dos conselhos tutelares, da polícia técnica ou das procuradorias e varas da Justiça do Trabalho, conseguiremos imprimir maior eficácia ao direito fundamental ao não trabalho de milhares de crianças e adolescentes.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 24 abr. 2010.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1318/2005-661-09-00, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ: 15/02/2008.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008.

CIPOLA, Ari. *O trabalho Infantil*. São Paulo: Publifolha, 2001.

FILHO, Raimundo Coelho de Almeida; NETO, Wanderlino Nogueira; GROF, Rogério. *Guia Metodológico para Implementação de Planos de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil*. Brasília: OIT, 2007.

GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KASSOUF, Ana Lúcia. *Trabalho infantil: causas e consequências*. Disponível em: <http://www.fadepe.com.br/restrito/conteudo_pos/dir_proctrabalho_TRABALHO%20INFANTIL%201.pdf>. Acesso em: 25 abr.2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e do adolescente*. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2007.

RIBEIRO, Marcelle. Trabalho infantil cai quase 20% em um ano. Disponível em: <
<http://noticias.uol.com.br/especiais/pnad/ultnot/2009/09/18/ult6843u9.jhtm>>
. Acesso em: 03 maio 2010.

SCHWARTZMAN, Simon. *Trabalho Infantil no Brasil*. Brasília: OIT, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

OIT. *Convenção n. 182*. Disponível em:
<<http://www.oit.org.br/ipec/normas/conv182.php>>. Acesso em: 01 maio 2010.

O ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UMA AMEAÇA À DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS EM JUÍZO

Danielli Christine de Oliveira Gomes Pereira

Analista Processual do Ministério Público Federal da Paraíba

1 Introdução

Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente agora sob o manto do processo coletivo, que tem peculiaridades que o distanciam da tutela destinada pelo ordenamento jurídico aos interesses meramente individuais.

Os dois grandes marcos que diferenciam a tutela jurisdicional coletiva da tutela jurisdicional individual repousam na legitimação para agir e na coisa julgada. Assim, os principais problemas residem em saber quem poderá postular em juízo a tutela jurisdicional coletiva e quem se sujeitará aos efeitos emanados da sentença prolatada, ou seja, quem estará abrangido pelos limites subjetivos impostos pela coisa julgada material.

O legislador, ciente da ausência de normas compatíveis às exigências da defesa de interesses coletivos em juízo, estipulou regras próprias para possibilitar essa defesa, dentre as quais, regras pertinentes aos limites subjetivos da coisa julgada formada ao final de um processo coletivo, tema que, desde a sua aparição na legislação pátria, tem sido foco de calorosos debates doutrinários, especialmente após a edição da Medida Provisória nº 1.570, de 26-03-1997, que alterou a redação original do art.16 da Lei nº 7.347, de 24-07-1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP) e foi, posteriormente, convertida na Lei nº 9.494, de 10-09-1997.

O referido art. 16, em sua redação original, dispunha que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

No entanto, a modificação operada pela Medida Provisória nº 1.570/1997¹ no citado dispositivo, restringiu o alcance da coisa julgada *erga omnes* aos “limites da competência territorial do órgão prolator”, gerando, a partir de então, intensa polêmica entre os juristas.

Mas até que ponto se estenderiam os limites subjetivos da coisa julgada em um processo coletivo? Quais grupos seriam abarcados e quais

¹Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997).

estariam fora do manto protetor da chamada coisa julgada coletiva? Os limites territoriais de uma Comarca ou Seção Judiciária serviriam realmente para delimitar os efeitos dessa coisa julgada? A resposta a esses questionamentos passa obrigatoriamente pelo exame dos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, defendidos em juízo mediante as denominadas ações coletivas *lato sensu*.

2 Uma breve incursão sobre os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

As ações coletivas visam resguardar direitos ou interesses transindividuais, que o legislador colocou no Código de Defesa do Consumidor como sendo difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Tais direitos ou interesses, também definidos pelo insigne jurista Barbosa Moreira como essencialmente coletivos (difusos e coletivos) e acidentalmente coletivos (individuais homogêneos)², não dizem respeito a alguém de forma particular, mas a um número de pessoas, determináveis ou não, sendo o pedido levado a juízo por um dos legitimados ativos taxativamente arrolados em alguns diplomas, a exemplo da Lei da Ação Civil Pública³ e do Código de Defesa do Consumidor⁴.

Os interesses transindividuais se situam entre o interesse público e o privado e são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um processo coletivo, que não apenas deve ser apto a evitar decisões contraditórias como ainda deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque a prestação jurisdicional coletiva é fornecida de uma só vez, em proveito de todo o grupo lesado.

Atendendo a essa realidade e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses transindividuais, o Código de Defesa do Consumidor passou a distingui-los segundo sua origem. Assim, se o que une interessados

²MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, v.61, n. 61, jan./mar. 1991, p. 187-200.

³Art. 5º da *Lei* nº 7.347/85.

⁴Art. 82 da *Lei* nº 8.078/90.

determináveis com interesses divisíveis é a origem comum da lesão, têm-se interesses individuais homogêneos. De outro lado, se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica indivisível, os interesses versados são os coletivos em sentido estrito. E por fim, se é a mesma situação de fato que une interessados indetermináveis, mas o dano é individualmente indivisível, fala-se de interesses difusos. Todos esses interesses, como já dito, merecem tutela coletiva para acesso à Justiça, não se contentando com a tutela meramente individual.

O objeto de quaisquer interesses difusos, coincidam ou não com o interesse estatal ou da coletividade, é sempre marcado pelo traço da indivisibilidade. Entenda-se por indivisível aquilo que não pode ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade, como a pretensão ao meio ambiente hígido e o produto de eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental. Nessas situações, temos que, além de ser o objeto indivisível, os lesados não podem ser individualmente determinados, estando incluídos no grupo prejudicado, não só os atuais moradores da região atingida pelo dano ambiental, como também os futuros moradores do local.

Já os interesses coletivos, em sentido estrito, são definidos pelo CDC como interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum⁵. Uma ação que visa a anular uma cláusula abusiva em contrato de adesão destina-se a proteger um interesse coletivo. Na hipótese, a sentença de procedência não vai conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável, posto que a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um. A ilegalidade será igual para todos e, portanto, indivisível.

Quanto aos interesses individuais homogêneos, o CDC dispõe que são os de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato⁶. A alegação pode ser exemplificada com a hipótese dos compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida, uma vez que o consumidor que adquiriu dois carros terá indenização dobrada em relação ao que adquiriu um só. Ao contrário, se a ação civil pública versasse interesses coletivos em sentido estrito, como na nulidade de cláusula contratual, a solução seria indivisível para todo o grupo.

⁵Art.81, parágrafo único, II do CDC.

⁶Art.81, parágrafo único, III do CDC.

A distinção entre os vários tipos de interesses transindividuais tem consequências de ordem prática. Entre outros aspectos, o CDC trata diversamente a coisa julgada, de acordo com a natureza do interesse ofendido, conforme se verá na seção seguinte.

3 Limites subjetivos da coisa julgada no processo individual e no processo coletivo

No processo civil clássico, disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1973 e de feição eminentemente individualista, a compreensão do alcance da coisa julgada não oferece maiores dificuldades ao aplicador do direito. Nos termos do art. 472 do CPC, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros (coisa julgada *inter partes*).

Diferente é o quadro quando se está diante de direitos transindividuais discutidos em juízo, visto que, por serem titularizados, no mais das vezes, por pessoas indetermináveis, a coisa julgada inevitavelmente atingirá quem não figurou como parte no processo, tornando inservível, assim, a aplicação do art. 472 do CPC.

A coisa julgada formada no processo coletivo definitivamente não respeita e nem deveria respeitar os limites subjetivos traçados naquele dispositivo, sob pena de se inviabilizar o sistema de proteção coletiva. Isso porque há, nesse tipo de processo, a possibilidade de eficácia *erga omnes*, isto é, perante *todos* que não foram parte na relação processual, tal como ocorre nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Há também a eficácia *ultra partes*, que não chega a atingir *todos* indistintamente, mas alcança *determinados* terceiros que não participaram do processo. Nos litígios que envolvem direitos coletivos, a defesa deixa de ser “atomizada” para ser “molecularizada”, nas expressões cunhadas pelo Professor Kazuo Watannabe.

Para o estudo do sistema brasileiro da coisa julgada coletiva, deve-se partir da premissa de que os principais diplomas regentes da matéria, quais sejam, a LACP e o CDC, interagem, complementando um ao outro, conforme se constata facilmente da leitura conjunta dos arts. 90 e 117 do CDC⁷.

Fixadas essas premissas, cumpre verificar a disciplina traçada pelo CDC, no que tange aos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas. Cabe registrar, inclusive, que foi o CDC quem disciplinou de forma mais

⁷Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

coerente o assunto da coisa julgada nas ações coletivas, fazendo-o de acordo com a natureza do interesse objetivado.

Dispõe o Diploma Consumerista que, nas hipóteses de direitos ou interesses difusos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá propor nova ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art.103, I). Em hipótese alguma a coisa julgada prejudicará interesses individuais diferenciados (art.103, I e parágrafo 1º), nem mesmo por motivo outro que não a falta de provas. A sentença de procedência, por sua vez, beneficiará os lesados individuais, reunidos por interesses homogêneos, no que diz respeito ao reconhecimento da existência da lesão coletiva.

Em se tratando de ação coletiva para a proteção de interesses coletivos, a coisa julgada será *ultra partes*, restrita ao grupo, categoria ou classe de pessoas, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, nos mesmos termos da hipótese anterior, podendo ser reproposta a ação por qualquer dos legitimados, desde que fundada em nova prova (art.103, II).

No tocante aos interesses individuais homogêneos, a sentença será imutável *erga omnes*, mas só em caso de procedência atingirá as vítimas e seus sucessores (art. 103, III). Note-se que, malgrado a lei se utilize da expressão latina *erga omnes*, no fundo, a imutabilidade se limitará ao grupo, classe ou categoria de lesados, caracterizando, na realidade, como uma coisa julgada *secundum eventum litis*, visto que, a depender do resultado da lide, ela aproveitará ou não aos lesados substituídos. Se a sentença for benéfica, alcançará; do contrário, não.

Eis, então, o panorama dos limites subjetivos da coisa julgada coletiva traçados com muita propriedade pelo CDC. Diante desse quadro, a defesa dos direitos metaindividuais em juízo parecia estar solidificada. Contudo, o golpe de misericórdia nesse bem estruturado sistema estaria por vir com a alteração, via Medida Provisória, do art.16 da Lei nº 7.347/85.

4 O art. 16 da Lei nº 7.347/85: os vícios apontados pela doutrina e a posição firmada pelo STJ

A Lei da Ação Civil Pública constitui um sistema perfeitamente integrado com o Código de Defesa do Consumidor. Ambos fazem parte do chamado microsistema da tutela coletiva. Contudo, na década de 90, as decisões que vinham dando fiel cumprimento às regras sobre a coisa julgada coletiva insculpidas no Diploma Consumerista, como bem observou Paulo

Valério Dal Pai Moraes, estavam restringindo constantemente as políticas governamentais do Poder Executivo Federal, especificamente no trato dos problemas salariais dos funcionários públicos e no que tange ao processo de privatizações⁸.

Por tal razão, o Chefe do Executivo teria lançando mão sobre a MP 1.570, de 26-03-1997, que alterou a redação original do art.16 da LACP⁹. A referida Medida Provisória, após cinco reedições, foi finalmente convertida na Lei nº 9.494, de 10-09-1997, que, na opinião da maioria dos doutrinadores brasileiros, não teve outro objetivo senão limitar a autoridade da coisa julgada coletiva.

A Lei nº 9.494/97 tentou empregar uma nova sistemática no trato da coisa julgada nas ações civis públicas, estatuindo, em seu art.2º, que o art. 16 da LACP passaria a ter nova redação, no sentido de que *os efeitos erga omnes da sentença restringir-se-iam à competência territorial do órgão prolator da decisão*.

De acordo com esse dispositivo, se uma sentença transita em julgado na Justiça Federal de São Paulo, estabelecendo a retirada de determinado alimento vendido em todo o país por ser comprovadamente inapto ao consumo, a eficácia de tal sentença deve se restringir apenas àquele Estado, conferindo-se, assim, proteção exclusiva à saúde dos paulistas, como se a saúde dos consumidores mineiros, gaúchos ou paraibanos também não reclamasse a mesma proteção.

A questão, que não pode ser ignorada, como parece ter feito a citada Lei, é que o cumprimento ou implementação de um direito difuso inexoravelmente aproveitará de maneira uniforme ao grupo ou à comunidade a quem esse direito seja atribuído, mesmo que não participe do processo.

Na lição de Paulo Valério Dal Pai Moraes, jamais uma regra instrumental terá o condão de dispor, por exemplo, que os efeitos de uma publicidade enganosa veiculada por televisão ou rádio não engloba interesses difusos, pois isto é uma realidade em si mesma, independentemente de qualquer ficção que tenha o objetivo de dispor em contrário. Conclui, por fim, que a extensão do julgado será comandada pelo direito material, cuja realidade em si é suficiente para o delineamento dos limites subjetivos e objetivos da *res iudicata*¹⁰.

Quando um juiz determina a interrupção de uma publicidade enganosa, da emissão de um poluente ou a recuperação de uma área histórica, a

⁸MORAES, Paulo Valério Dal Pai. A Coisa julgada Erga omnes nas Ações coletivas : defesa do consumidor e a Lei 9.494/97. *RevistaAjuris*, v. 77, n. 51, mar. 2000. p. 155-157.

⁹Eis a redação original, inspirada no art. 18 da Lei da Ação Popular: “Art.16. A sentença civil fará coisa julgada “erga omnes”, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado procedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

¹⁰MORAES, op. cit., p.162.

decisão que atender ao direito material formará uma coisa julgada que beneficiará toda a comunidade, sem que a norma processual necessariamente diga que esta coisa julgada tenha de ser *erga omnes*¹¹.

Em outras palavras, é inconcebível a limitação da eficácia de uma sentença da forma como preconiza o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei nº 9.494/97. Sua aplicação significa erguer uma barreira intransponível à plena e eficaz defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, porquanto dá ensejo à propositura de várias ações fragmentadas e com similar objeto em juízos diversos, quando, na verdade, apenas uma seria necessária e apta a empregar a celeridade, eficácia e economia almejadas pelo moderno processo civil.

Observe-se, ainda, que, tendo a Lei nº 9.494/97 determinado que os efeitos da decisão restringir-se-ão à competência territorial do órgão prolator, incorreu em grave incoerência técnica, por confundir os conceitos de competência e jurisdição. Nesse sentido, observa o mestre Hugo de Nigro Mazzilli que, na alteração procedida em 1997 ao art.16 da LACP, o legislador confundiu, lamentavelmente, limites da coisa julgada (a imutabilidade *erga omnes* da sentença – limites subjetivos, atinentes às pessoas atingidas pela imutabilidade) com competência territorial (que nada tem a ver com a imutabilidade da sentença, dentro ou fora da competência do juiz prolator, até porque, na ação civil pública, a competência sequer é territorial, e sim funcional¹².

Rodolfo de Camargo Mancuso cita o curioso exemplo em que uma ação civil pública ambiental visa à interdição do uso de mercúrio no garimpo de ouro, atividade realizada ao longo de um rio que atravessa vários Estados. Indaga como a decisão judicial que acolhe a ação poderia ser realmente eficaz, se os seus efeitos práticos ficassem circunscritos em termos dos limites territoriais do Juízo prolator da decisão. Não é por outro motivo, afirma o autor, que o art. 93 do CDC distingue entre dano nacional, regional e local¹³.

João Batista de Almeida, em precisa análise sobre o tema, discorre que a alteração objetivou fazer com que a sentença, na ação civil pública, tivesse seus efeitos limitados à área territorial da competência do juiz que a prolatou, com isso afastando a possibilidade de decisões e sentenças com abrangência regional e, principalmente, nacional. Considera, outrossim, que o governo usou seu poder de império para alterar a legislação da maneira como lhe convinha, desnaturando a principal marca da ação coletiva – a coisa julgada

¹¹LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. p.215-216.

¹²MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 476.

¹³MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. p. 399-402.

– tão logo se sentiu ameaçado com algo que não deveria incomodá-lo: a defesa coletiva de cidadãos, contribuintes, funcionários públicos etc¹⁴.

Há, ainda, quem defenda, como Nery Jr. e Nery¹⁵, que a alteração da redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 9.494/97, além de inoperante, é flagrantemente inconstitucional, já que contraria os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da razoabilidade e da proporcionalidade. Demais disso, a alteração promovida no art. 16 da LACP não observou o preceito do art. 62 da Constituição Federal, que exige, para a edição de Medidas Provisórias, o preenchimento dos requisitos de relevância e urgência da matéria a ser veiculada no instrumento. Com efeito, o dispositivo em comento se originou da conversão em lei da Medida Provisória nº 1570/97, que promoveu alterações em um sistema que já vigia desde 1985 (LACP, art.16), ou seja, há mais de uma década, sem contestação de qualquer tipo. Nesse ponto, desatendeu explicitamente ao pressuposto constitucional da urgência em matéria que deveria estar afeta ao processo legislativo ordinário e não à excepcionalidade da Medida Provisória.

Outro vício facilmente perceptível é a violação ao princípio constitucional da igualdade, visto que a efetiva aplicação da regra limitadora da coisa julgada pode conduzir titulares do mesmo direito subjetivo a soluções judiciais diversas, de acordo com a competência territorial do juiz prolator das decisões.

Além da inconstitucionalidade patente, a ineficácia prática da disposição implementada pela Lei nº 9.494/97 também salta aos olhos. O próprio legislador, no art. 93 do CDC, determina que, na hipótese do dano regional (que pode abarcar duas ou mais cidades, porém situadas em um mesmo Estado) ou nacional (que abrange a área de dois ou mais Estados), a competência será do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, deixando, assim, implícito que os efeitos da decisão alcançarão todo este território e não somente a Comarca ou a Seção Judiciária do Juiz prolator. Do contrário, que sentido haveria em se propor ação civil pública para sanar uma lesão de proporção nacional, se a sentença ao final proferida tivesse eficácia tão somente dentro da capital paraibana, no caso de uma Vara da Justiça Estadual em João Pessoa, por exemplo, tiver sido eleita para o ajuizamento da demanda? Seria mesmo necessário propor uma ação em cada uma das cidades brasileiras para que essa lesão de dimensão nacional fosse sanada? Que utilidade teria, então, a regra de competência do art. 93 do CDC acima mencionada?

Como já salientado, a alteração procedida no art.16 incidiu apenas sobre a LACP, mas não alcançou o tratamento da matéria já consolidado no

¹⁴ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controversos da Ação civil pública*. p.167.

¹⁵NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 1558.

Diploma Consumerista. Isto porque, conforme já dito, ambos os diplomas interagem de tal forma que constituem um só sistema em matéria de ações civis públicas e coletivas. É o que se vislumbra da dicção dos arts. 21 da LACP¹⁶ e 90 do CDC¹⁷. Assim, para que a norma deletéria introduzida pela Lei nº 9.494/97 tivesse eficácia, imprescindível seria que se promovessem antes alterações nas regras do CDC pertinentes à mesma matéria, o que, por sorte, não chegou a ocorrer.

Nada obstante todas as críticas lançadas pela doutrina mais abalizada, o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete dar a última palavra em matéria de interpretação da legislação federal, tem acatado sem relutância a tese da limitação geográfica da coisa julgada, o que se percebe da leitura de seus mais recentes julgados¹⁸.

Tal posição, firmada pela Corte Especial do STJ, causou um desalento em todos os juristas que ergueram uma bandeira contra a limitação territorial da coisa julgada, mas não deverá mantê-los inertes e conformados, mesmo porque a jurisprudência não é imutável, sobretudo se formada em torno de uma matéria polêmica. As decisões do STJ, que tomaram esse rumo a partir de 2008¹⁹, ameaçando sobremaneira a coisa julgada coletiva, definitivamente não puseram uma “pá de cal” sobre o assunto.

5 Conclusão

À vista de todo o exposto, conclui-se que a Lei nº 9.494/97, ao alterar a redação original do art. 16 da LACP, teve o inescandível propósito de obstar a defesa dos direitos metaindividuais em juízo. Utilizando-se de um argumento falacioso, restringiu por regra de natureza processual (competência) a realidade das coisas, como se o direito processual pudesse evitar as ocorrências do mundo material.

O fato é que não se pode reprimir, por meio de lei, a abrangência da autoridade da coisa julgada nos processos coletivos. A decisão corresponderá ao pedido, não se podendo confundir os limites subjetivos da coisa julgada com o instituto da competência.

¹⁶Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

¹⁷Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

¹⁸REsp 411529/SP, AgRg no REsp 755429/PR, AgRg no REsp 573868/RS, AgRg no REsp 167079/SP, AgRg nos EREsp 253.589/SP.

¹⁹AgRg nos EREsp 253.589/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Corte Especial, julgado em 04/06/2008.

A verdade, que tem sido ignorada por alguns poucos doutrinadores e, infelizmente, pelo próprio STJ, é que qualquer sentença proferida por órgão do Poder Judiciário pode ter eficácia para além de seu território. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo. Portanto, deve-se ter em mente que, se o magistrado que proferiu a sentença na ação coletiva, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso, em todo o território nacional, independentemente da redação ilógica e inconstitucional dada ao art. 16 da LACP.

Oportuno lembrar ainda que, por ter a Lei nº 9.494/97 alterado somente a LACP, deixando intacto o sistema de proteção do CDC, as disposições restritivas da coisa julgada coletiva não devem vingar ou, pelo menos, não deveriam. A recalitrância de algumas decisões judiciais não pode servir de alibi para a aplicação da letra fria do art. 16 da LACP que, pelo demonstrado no decorrer deste trabalho, padece de ineficácia, permite o conflito de julgados e ofende a relevantes princípios expressos na Constituição, tais como o da isonomia e da inafastabilidade da jurisdição.

Destarte, caso a tese da limitação territorial dos efeitos da coisa julgada coletiva prevaleça entre os magistrados brasileiros, incontáveis lides se multiplicarão pelo país afora, afogando ainda mais as prateleiras do Judiciário em contraposição aos princípios da razoável duração do processo e da inafastabilidade da jurisdição (sob o enfoque da adequada prestação jurisdicional). O art. 16 da Lei da Ação Civil Pública se transmudará, então, de ameaça a dano concreto, fragilizando a tão aclamada defesa dos direitos coletivos em juízo.

Referências

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1967.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada* : com aditamentos relativos ao direito brasileiro. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao Direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio Ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347 e Legislação Complementar*). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *A coisa julgada Erga omnes nas Ações coletivas* : defesa do consumidor e a Lei 9.494/97. *Revista Ajuris*, V. 77, n. 51, mar. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. *Revista de Processo*, v. 61, n. 61, jan./mar. 1991.

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Williane dos Santos Teixeira

Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba

1 Introdução

O Ministério Público, desde a sua instituição até os dias atuais, passou por sensíveis e profundas transformações. Se antes era uma instituição vinculada ao Poder Executivo – defendendo, desta forma, os interesses do Estado –, hoje é totalmente autônomo e atua na tutela de interesses muito mais abrangentes. Tanto é que poderíamos dizer que o *Parquet* consiste em órgão de defesa do valor Justiça, a quem incumbe a tutela dos direitos constitucionalmente previstos, bem como aqueles cuja essência decorre igualmente da Constituição. Se anteriormente era sinônimo de acusação na esfera penal, hoje é o grande defensor dos interesses da sociedade, seja na esfera extrajudicial, seja atuando em juízo.

Nesse diapasão, constata-se que vários são os diplomas legais que materializam a legitimidade do órgão ministerial: o Código de Processo Civil, mesmo com uma visão limitada que era imposta pelo sistema liberal; a Lei de Ação Civil Pública; a Lei Orgânica do Ministério Público; o Código de Defesa do Consumidor, e, dentre os interesses descritos no diploma consumerista, destacam-se os individuais homogêneos, definidos como aqueles que, não obstante serem individuais, têm origem comum. Estes últimos são a preocupação do presente estudo, mais especificamente, em relação à possibilidade de atuação do Ministério Público em sua defesa, pois muitos são os tribunais e os doutrinadores que não a admitem por entenderem que o *Parquet* estaria limitado à defesa de direitos indisponíveis, ou seja, à esfera daqueles direitos sobre os quais não se pode transacionar livremente. E, em linha diametralmente oposta, estão aqueles que admitem tal tutela, como um poder-dever do Ministério Público em observância aos interesses sociais cuja defesa lhe é afeta.

Coloca-se, então, o seguinte questionamento: seria a legitimação do Ministério Público uma exigência do Estado Social Democrático, que impõe o efetivo acesso à Justiça, ou seria uma intromissão indevida na autonomia da vontade do particular, agravada pela usurpação do exercício de advocacia? A questão que se coloca diz respeito à possibilidade de os direitos individuais homogêneos, como direitos disponíveis que são, serem defendidos pelo Ministério Público, tendo em vista o teor do art. 127 da Constituição Federal, que faz referência expressa à indisponibilidade dos direitos individuais sujeitos à tutela do MP.

Assim, o conhecimento judicial de matérias referentes, por exemplo,

à fixação e cobrança de mensalidades escolares, entrega de conjunto habitacional, cobrança de tributos considerados inconstitucionais, contratos de leasing (restituição de diferenças pagas a maior, em virtude de indexação pelo dólar americano), mensalidades de planos de saúde, cancelamento de informações negativas de cadastro de consumidores, ressarcimento por prejuízos ocasionados por acidentes, taxas bancárias ou ressarcimento de danos pela aquisição de produto defeituoso, é objeto de controvérsia quando ocorre o fenômeno da substituição processual, em que o substituinte, ou legitimado extraordinário é o Ministério Público.

Na jurisprudência e na doutrina, observamos a ocorrência de representantes de duas correntes: uma restritiva, defendendo que ao MP só estaria afeta a defesa de direitos indisponíveis, e outra ampliativa, atribuindo àquele órgão também a defesa dos direitos disponíveis, desde que homogêneos, cujos fundamentos explanaremos nesta ocasião.

2 A Jurisprudência

2.1 Interpretação restritiva

Os tribunais brasileiros têm divergido quanto à legitimação do Órgão Ministerial em se tratando de direitos individuais homogêneos. Os julgados que expressam a postura restritiva vão pela tese de que os arts. 127 e 129, III da Constituição Federal dispõem que ao MP só cabe a defesa dos direitos indisponíveis, mesmo quando individuais, pois a CF utiliza a expressão cumulativa “individuais e indisponíveis”. Também quando faz referência aos serviços que devem ser protegidos, acena para aqueles que tenham o caráter de relevância pública.

Assim, qualquer direito sobre o qual determinada possa optar por dele não gozar não pode ser defendido pelo *parquet*. Nessa visão limitativa de legitimidade, se o preço das mensalidades escolares de certa instituição de ensino subisse de maneira não equivalente ao melhoramento dos serviços ou da estrutura (o que, sob a óptica dos direitos individuais homogêneos, ensejaria o direito à repetição do indébito), o pai do aluno José teria a faculdade, simplesmente, de retirá-lo daquela escola e colocá-lo em outra condizente com suas condições financeiras, ou, ainda, de resolver continuar pagando a mais porque supõe estar ajudando ao dono da instituição, um seu amigo, a se estabelecer como empresário no ramo.

O Ministério Público, então, deveria se colocar fora dessa cena e não impor a todos os alunos uma solução universal. Os prolores desses julgados defendem, portanto, mesmo que não expressamente, a inconstitucionalidade

do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que coloca o MP como um dos legitimados para a defesa dos direitos individuais homogêneos, haja vista que reconhecem serem estes disponíveis¹.

Ainda corroborando o entendimento pela ilegitimidade ministerial, estão os julgados que, apesar de não verem inconstitucionalidade do dispositivo supra referido da codificação consumerista, entendem que ele só pode ser recepcionado considerando que existem dois tipos de direitos individuais homogêneos: os disponíveis e os indisponíveis, sendo destes últimos a defesa atribuída ao MP.

Como modelo dessa linha de raciocínio, mostra-se imperioso transcrever partes do voto da Des. Áurea Pimentel, datado de 08 de abril de 1999, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, exarado na ação civil coletiva manejada pelo *Parquet* na busca pela reparação das vítimas do desabamento do Edifício Palace II:

Quanto à preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da presente ação, argüida com destaque na primeira apelação, com todas as vênias do douto parecer da Dra. Procuradora de Justiça, na verdade merece ser acolhida, sem embargo do reconhecimento da utilidade da intervenção do M.P. no processo para a solução da demanda de tão grandes repercussões sociais.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor, no inciso III, do parágrafo único do artigo 81, assegura a defesa, via a ação coletiva, também daqueles interesses de direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Ocorre que, para serem tutelados pelo Ministério Público, os direitos individuais homogêneos têm de ser, também, indisponíveis ante os encêrros do artigo 127 da Constituição Federal.

Direitos indisponíveis, sabidamente, são aqueles a respeito dos quais não se pode transigir.

Dos mesmos constituem exemplos: o direito à vida, à saúde e à educação. Quando em discussão estiverem tais direitos de grande relevância social, como tais indisponíveis, a legitimação do Ministério Público para a propositura da ação estará sempre presente como adverte Hugo Nigro Mazzilli em sua obra já citada, página 117.

No caso dos autos, contudo, com todas as vênias do MP não se está, desenganadamente, diante de direitos indisponíveis, embora se reconheça que sejam os mesmos individuais, homogêneos.

¹Ação Civil Pública. Mensalidades escolares. Repasse do aumento dos professores. Ministério Público. Parte ilegítima. Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas de interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio, afasta-se a legitimidade do Ministério Público (rel. Min. GARCIA VIEIRA, RSTJ 54/306).

É que, submetidos a discussão estão direitos a respeito dos quais podem os interessados transigir, o que, aliás, já aconteceu, em relação a diversos prejudicados que, como é notório, celebram acordo com os réus para o recebimento de indenizações, em alguns casos, aliás já pagas.

Assim sendo, falecendo ao Ministério Público, à luz do estatuído nos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal, *legitimatío* para propositura da presente ação, pode e deve tal *ilegitimatío*, nesta fase processual ser reconhecida. (Grifo nosso)

Quando o argumento-mestre para exclusão do MP do polo ativo da ação ou mesmo extinção do processo sem julgamento da lide não é o fator disponibilidade, o é a ausência da relação de consumo. Insere-se em julgados, neste sentido, que os direitos individuais homogêneos não foram previstos pela Constituição Federal, mas sim pelo Código de Defesa do Consumidor, e que não são inconstitucionais por essa razão, mas, por estarem inseridos no microsistema de defesa do consumidor, só dizem respeito a situações caracterizadas por uma relação de consumo.

Dessa forma, pretensões que impliquem em obtenção de benefícios previdenciários ou o não pagamento de tributos por inconstitucionalidade da exação estariam excluídas do rol de pedidos do *parquet*. Para ilustração, trazemos à baila a ementa do seguinte aresto:

215328 – PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – ILEGITIMIDADE – AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIOS – AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO – DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DISPONÍVEL E INDISPONÍVEL – A ação civil pública nasceu como instrumento adequado para coibir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, que atendam, assim, aos interesses coletivos da sociedade. O campo de aplicação da ação civil pública foi alargado por legislações posteriores, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, para abranger quaisquer interesses coletivos e difusos, bem como os individuais homogêneos, estes últimos na proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Não obstante, tratando-se de interesses individuais, cada um de per si, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, *tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública*. Precedentes. O

benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor. Precedentes. *O vínculo jurídico entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social não induz relações de consumo. Os beneficiários não se equiparam a consumidores. Dessa forma, não há que se aplicar a hipótese do art. 81, III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; pois o mesmo trata dos direitos individuais homogêneos, sendo que a presente situação retrata direitos individuais não homogêneos. Ademais, vale acrescentar que o ramo do Direito Previdenciário, cuja característica essencial é o aspecto contributivo, guarda profunda correlação com o Direito Tributário. Sob este enfoque, o Pretório Excelso, em recente julgado, sacramentou raciocínio no sentido do Ministério Público não possuir legitimidade para propor ação civil pública objetivando a redução ou restituição de tributo, porque a relação jurídica tributária não retrata relação de consumo.* Recurso conhecido e provido². (STJ – REsp. 369.822/PR (2001/0154871-6) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 22.04.2003 – p. 254) (Grifo nosso)

Aliás, a respeito das promoções, via ação civil pública, visando expirar a exação, sob o argumento de inconstitucionalidade da cobrança de determinado tributo, a exemplo da taxa de iluminação pública, muito já se discutiu. Dentre defensores e opositores da legitimidade do Ministério Público em matéria tributária a tese confirmada pela Lei de Ação Civil Pública, no seu art. 1º, parágrafo único³ (segundo alteração operada pela MP nº 2180-35 de 24 de agosto de 2001, até então em vigor por causa do art. 2º da EC 32/2001) foi a destes últimos⁴, já que vedou a veiculação da pretensão em sede de ação civil pública, seja sob qual forma for, inclusive por declaração incidental de incons-

²STJ. REsp. 369.822/PR (2001/0154871-6) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 22.04.2003. p. 254.

³Art. 1º, caput. Omissis.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

⁴Vide também: Nega-se provimento ao agravo regimental pelo qual foi invecivada a decisão do relator que negou seguimento ao apelo, se verificada a sua manifesta improcedência, diante da jurisprudência dominante oriunda do STJ, segundo a qual o ministério público não está legitimado a agir em sede de ação civil pública, para obter a declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, visando à suspensão da cobrança pelo custeio do serviço de iluminação pública, considerando que a relação jurídico-material que vincula a administração pública e os administrados (substituídos pelo órgão ministerial) não é de natureza consumerista, mas eminentemente tributária. (TJMS – AgRg-AC 2003.009855-0/0001-00 – Jardim – 4ª T.Cív. – Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins – J. 09.12.2003).

titucionalidade, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁵, que acrescenta com a máxima de que, em se utilizando da declaração incidental de inconstitucionalidade por meio da ACP, o MP está manifestando pretensão por via inadequada, pois o correto seria uma ação declaratória de inconstitucionalidade, dirigida ao tribunal superior competente.

Não obstante a fonte respeitável da qual emana tal juízo de valor, há quem sustente uma interpretação *contra legem*, conforme exporemos no próximo item.

Por fim, entre ainda os que sustentam uma perspectiva limitativa da legitimidade do Ministério estão os entendimentos que elegem requisitos outros para a legitimação e vão além da simples exigência do interesse social. É o caso da Súmula nº 07 do Conselho Superior do Ministério de São Paulo que, mesmo não sendo fruto de órgão produtor de jurisprudência, nos moldes como hoje é por nós concebido, vinculou a atividade dos membros ministeriais naquele Estado e, por isso mesmo, ressalta-se a importância de sua citação. Assim vejamos o teor do enunciado:

Súm. Nº 07. O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como:

- a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso de crianças e adolescentes à educação;
- b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados;
- c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.

Referida Súmula nos traz a ideia de que a legitimação do MP dependerá tanto da existência do interesse social (conforme o item c), quanto de um grande número de lesados (item b), além de uma noção de imediata indisponibilidade, já que (conforme item a) qualquer discussão deverá dizer respeito diretamente aos valores constitucionais garantidos, como saúde, segurança e educação.

2.2 Interpretação ampliativa

Em contrapartida à construção jurisprudencial que delimita as hipóteses de pretensões ministeriais a serem deduzidas em juízo, estão os

⁵Demais disso, já decidiu o Egrégio STJ que “a Ação Civil Pública não se presta ao sustamento de pagamento de tributo mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade de norma que o instituiu, uma vez que, ao admitir-se tal possibilidade, estar-se-ia fazendo uso de via inadequada (Ação Civil Pública), para substituir a Ação Direta de Inconstitucionalidade” RESP 140.368/MG, Rel. Min. José Delgado. (IRP) (TJRJ – AC 10134/2001 – (2001.001.10134) – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Paulo Gustavo Horta – J. 15.01.2002) JCPC.267 JCPC.267.VI (Grifo nosso).

defensores da legitimidade plena, que entendem serem os direitos individuais homogêneos direitos disponíveis e indisponíveis⁶. Sustentam que a indisponibilidade necessária para essa legitimação poderá ser mediata, i.e, indireta. Isso porque a simples homogeneidade, ou seja, a situação concreta que manifesta um dano suportado de forma semelhante por cada um dos indivíduos, conjugada à decorrência de uma origem comum, ou seja, uma ligação fática entre os lesados, já torna os indisponíveis⁷ justamente porque, por essa mesma razão (a homogeneidade e a origem comum), foram enquadrados na categoria de direitos metaindividuais, cuja tutela, já sabemos, é indisponível.

Manifestam os julgados que a indisponibilidade também é imediata quando os temas postos sob a forma de lide estão ligados a valores constitucionalmente consagrados. Não só educação, saúde e segurança, mas também ordem social, econômica e política, ordem pública, democracia. Ou seja, tudo que represente lesão, ou mesmo ameaça de lesão a tais valores, desde que manifestados de forma homogênea e se constitua numa origem de onde todos os danos decorram, será objeto de tutela pelo *parquet*, em harmonia à tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal⁸.

Nesse sentido, existem decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre os mais variados assuntos. Dentre eles: correção monetária do valor estipulado em contrato para aquisição de imóvel, reajuste da mensalidade de plano de saúde, validade de cláusulas de contrato de arrendamento mercantil⁹.

⁶LYRA, Bruna. Os direitos metaindividuais analisados sob a ótica dos direitos fundamentais. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). Direitos metaindividuais. São Paulo: LTR, 2005, p. 30.

⁷A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações. 12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ – RESP 637332 – RR – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 13.12.2004 – p. 00242) JCF.129 JCF.129.III (grifo nosso).

⁸RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTÍ-LAS EM JUÍZO. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se a obrigação estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação. (STF – RE – 163231 – SP Relator Ministro Mauricio Corrêa) (grifo nosso).

⁹STJ – RESP 509654 – MA – 3ª T. – Relª p/o Ac. Min. Nancy Andrighi – DJU 16.11.2004 – p. 00273; Recurso Especial nº 168.859/RJ – 4ª T, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, acórdão de 06/05/99, pub. no DJU de 23/08/99, p. 129; e Recurso Especial nº 177.965/PR – 4ª T, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, acórdão de 18/05/99, pub. no DJU de 23/08/99, p. 130.

Ademais, para a tese de ampliação da legitimidade do MP, a indisponibilidade está demonstrada no fato de que a sentença resultante de sua atuação é genérica, não havendo, por isso, que se falar em imposição de solução ou intromissão na vontade do indivíduo, já que este, para se ver ressarcido, deverá manejar a respectiva ação de cumprimento, conforme por nós já explicitado no primeiro capítulo.

Neste momento é que o indivíduo manifestará seu direito de disposição sobre os efeitos da responsabilidade do réu reconhecida judicialmente: se quiser obter a pecúnia a título de ressarcimento, atenderá aos termos do edital publicado, e liquidar os valores do dano (essa iniciativa no prazo de um ano após o trânsito da sentença condenatória, como já explicitado em capítulo próprio); se não, simplesmente poderá ignorar o direito e dar-se por satisfeito com seu *status quo*. Tudo como demonstra outro trecho da ementa do primeiro Acórdão por nós transcrito, da lavra do Ministro do STJ, Luiz Fux:

A desapatrimonialização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 9. A indisponibilidade está exatamente na órbita de atingimento da decisão judicial a um grupo indeterminado de pessoas. Aliás, a ratio essendi do surgimento da ação civil pública foi exatamente a constatação que se empreendeu ao verificar-se que o cidadão isolado não teria aptidão para mover uma ação capaz de gerar decisão de tamanho espectro. 10. *Tanto é verdade que a ação não se dirige a interesses individuais, que a coisa julgada pode ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria; caso contrário, recolherá decisão desfavorável à sua própria sorte, independentemente de o resultado da ação civil pública por interesse individual homogêneo ser favorável; quer dizer, se ele individualmente recolheu uma decisão desfavorável, suspenderam o seu processo, não poderá aproveitar-se da ação civil pública, que versa interesses individuais homogêneos*¹⁰. (STJ – RESP 586307 – MT – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 30.09.2004 – p. 00223) JCF.37 JCF.129 JCF.129.III (grifo nosso).

Como pudemos observar, a presente corrente é uma visão integrada da legislação, trazendo como premissa da legitimidade do Ministério Público, não apenas o *caput* do art. 127 da Constituição, como também o inciso IX do

¹⁰STJ. RESP 586307 – MT – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 30.09.2004 – p. 00223) JCF.37 JCF.129 JCF.129.III.

art. 129, quando dispõe que ao Ministério Público cumpre “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

E, ainda, refuta fundamentadamente os argumentos da tese restritiva, quando sustenta que a corrente restritiva, ao resumir os direitos individuais homogêneos àqueles decorrentes das relações de consumo e que só estes merecem tutela pelo *parquet*, está, no mínimo, ignorando a existência¹¹ da Lei de nº 7.913/89 (ação civil pública por danos aos investidores internacionais) e da Lei nº 6.024/74 (dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras e dá outras providências), o que, certamente, anula a validade daquela argumentação. Vejamos:

Direitos individuais só devem ser considerados como de interesse social quando sua lesão tiver alcance mais amplo que o da simples soma das lesões individuais, por comprometer também valores comunitários especialmente privilegiados pelo ordenamento jurídico. A identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador ordinário - como ocorreu nas Leis 8.078, de 1990, 7.913, de 1989 e 6.024, de 1974 - como ao próprio MP, se for o caso, mediante avaliação de situações concretas não previstas expressamente em Lei¹². (MS nº 256-DF, rel. Min. PEDRO ACIOLI, Primeira Seção. DJ de 04.06.1990, pág. 5.045). (grifo nosso)

Outrossim, sustenta a ilegalidade *lato sensu* do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.437/85. Primeiro porque, ao vedar a veiculação de matéria tributária em sede de ação civil pública, está a retirar de um dos valores nacionais, a ordem tributária, mais um auxílio na tutela metaindividual, deixando-a mais vulnerável a abusos e ilegalidades por parte do Poder Público, cujos representantes, muitas vezes, estão simplesmente levados por pretensões eleitoreiras (instituindo e revogando tributos, aumentando ou minorando ora as alíquotas, ora as bases de cálculo). Segundo, está retirando do *parquet* uma das suas atribuições, peticionar a declaração incidental de inconstitucionalidade, que se trata de controle difuso de constitucionalidade, e não substitui a ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista os próprios efeitos da coisa julgada de uma e de outra, conforme registros jurisprudenciais¹³:

¹¹No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. In: Revista Jurissíntese, n. 212. Jun. 1995. p. 16.

¹²MS nº 256-DF, rel. Min. PEDRO ACIOLI, Primeira Seção. DJ de 04.06.1990. p. 5.045.

¹³No mesmo sentido: STJ – RESP 437277 – SP – 2ª T. – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 13.12.2004. p. 00280.

MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PARA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – DECLARAÇÃO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE – TAXA MUNICIPAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – SERVIÇO PÚBLICO GERAL E INDIVISÍVEL – INCONSTITUCIONALIDADE – O Ministério Público é parte legítima para a propositura de ação civil pública visando a tutela de direitos individuais homogêneos, a teor do que dispõe o art. 1º, IV e art. 21 da Lei 7.347/85, c/c art. 81, parágrafo único-III da Lei 8.078/90. *A declaração incidente de inconstitucionalidade não se mostra incompatível com a ação civil pública ante a inexistência de vedação legal à conjugação de ambas.* É inconstitucional a cobrança de taxa municipal de iluminação pública, por não estarem presentes os requisitos constitucionais da divisibilidade e especificidade do serviço, para a configuração do seu fato gerador¹⁴. (TJMG – APCV 000.288.274-4/00 – 5ª C.ív. – Rel. p/o Ac. Des. José Francisco Bueno – J. 24.03.2003).

Processual Civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação Coletiva. Taxa de Iluminação. 1 - Conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. *Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85.* 2 - *Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade.* 3 - O direito processual civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou contribuir para o aceleração da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público¹⁵. Agravo Regimental/STJ.

¹⁴TJMG – APCV 000.288.274-4/00 – 5ª C.ív. – Rel. p/o Ac. Des. José Francisco Bueno – J. 24.03.2003.

¹⁵Agravo Regimental/STJ. Relator Ministro José Delgado. (confirmando entendimento exarado no Resp Nº 49.272-6 - RS - 1ª Turma - j. 21.09.1994 - Rel. Demócrito Reinaldo - DJU 17.10.1994.

Relator Ministro José Delgado. (confirmando entendimento exarado no Resp Nº 49.272-6 - RS - 1ª Turma - j. 21.09.1994 - Rel. Demócrito Reinaldo - DJU 17.10.1994 40).(Grifos nossos)

3 A doutrina e a Legislação

Apesar de doutrinadores de renome posicionarem-se pela restrição da legitimidade do *parquet* em relação à defesa dos direitos individuais homogêneos, a doutrina tem se sedimentado em sentido contrário, sustentando uma interpretação sistemática e teleológica das fontes do Direito, comunicando-se com os dispositivos correspondentes da legislação.

Hugo Nigro Mazzilli encabeça a corrente doutrinária restritiva, ensinando que o Ministério Público, ao sair da função de procuradoria da Fazenda Pública, não assumiu o dever de defender quaisquer direitos individuais¹⁶. Esses direitos têm que se mostrar marcados, primeiramente pela indisponibilidade (haja vista o *caput* do art. 127 da Constituição Federal), ou têm que assumir grande abrangência e repercussão social. O referido doutrinador encampou, então, na íntegra, o teor da Súmula nº 07 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, por nós já transcrita, ao descrever as causas que trazem o MP ao processo¹⁷:

São três as causas: a) o zelo de interesse indisponível ligado a uma pessoa (v.g., um incapaz); b) o zelo de interesse indisponível ligado a uma relação jurídica (v.g., em ação de nulidade de casamento); c) o zelo de um interesse, ainda que não propriamente indisponível, mas de suficiente abrangência ou repercussão, que aproveite em maior ou menor medida a toda a coletividade (v.g., em ação para defesa de interesses individuais homogêneos, de larga abrangência social).

Ele aduz que, em se tratando de matéria que diga respeito a direitos individuais, raramente presenciaremos causa para legitimação do *parquet*, pois a atuação desse órgão está vinculada aos interesses da coletividade, ora pela característica da indisponibilidade, ora pela enorme repercussão social da questão. Tais requisitos também são os eleitos por Daniel Salgado para o reconhecimento da legitimidade¹⁸.

¹⁶MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 22 e 49-50.

¹⁷Idem. Ibidem, p. 23. Nota 11.

¹⁸SALGADO, Daniel de Resende. Legitimidade do Ministério Público para Defesa de Interesses Individuais Homogêneos; Disponível em: www.procon.goias.gov.br/artigodoutinario/artigo_dout_35.htm; Acesso em: 12 de maio de 2005.

Na mesma linha de raciocínio, Kazuo Watanabe¹⁹, considerando que a Constituição Federal, no *caput* de seu art. 127, fala sobre a legitimidade do MP apenas na defesa de direitos indisponíveis quando se tratarem de direitos individuais e, considerando também o inciso III do art. 129 da Norma Maior que, quando dispõe sobre as demais situações de permitida defesa refere-se a outros direitos difusos e coletivos e jamais a direitos disponíveis, conclui que somente a relevância social, manifestada através de enorme dispersão de lesados, autorizará a iniciativa ministerial.

Esse autor chega mesmo a ser agressivo na exposição de sua opinião quando justifica a restrição diante de possível vedetismo de qualquer membro do MP, ao utilizar as ações coletivas como “instrumento de proveito egoístico”, “de sua projeção pessoal”, “em vez de fazê-las cumprir os objetivos sociais a que se vocacionam”²⁰.

Por sua vez, Rogério Lauria Tucci²¹ adverte que, caso fosse dada ao MP a atribuição de defesa dos direitos individuais disponíveis, estar-se-ia legalizando uma usurpação das atividades da advocacia, em desrespeito aos artigos 1º, I e 3º da Lei nº 8.906/94, bem como aos artigos 36 e 37 do CPC. Transformar-se-ia o *parquet* numa espécie de curador e *custos legis* universal, o que não se pode admitir.

Também quanto à vedação de tutela de matéria referente a tributos, por meio de ação civil pública, colocam-se diversos autores, seja em consonância ao teor do art. 1º, parágrafo único da LACP, trazido por intermédio da Medida Provisória, até hoje em vigor, de nº 2.180-35/01, seja em posição completamente contrária.

Contrários à legitimação são Osmar Tognolo²² e Célio Armando Janczeski²³. Aduzem que em matéria tributária não há qualquer relação de consumo, restando, por isso, incongruente qualquer ação que vise discuti-la. Ademais, segundo entendem, é a matéria referente a direitos individuais disponíveis e que o MP, nela intervindo, estaria obrigando o contribuinte a

¹⁹WATANABE, Kazuo. In: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 758.

²⁰Idem. Ibidem, p. 755-756. Nota 14.

²¹TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: Abusiva Utilização pelo Ministério Público e Distorção pelo Poder Judiciário. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 18, Jul./ago.2002. p. 5.

²²Para ele “a simples descrição legal da hipótese de incidência, único dado comum a alcançar todos os contribuintes, não impõe qualquer prestação pecuniária, que somente passará a existir quando verifi cada sua concretização, vale dizer, quando a hipótese se transformar em fato imponible.” (TOGNOLO, Osmar. Ação Civil Pública em Matéria Tributária. In: Revista de Estudos Tributários n. 10, nov./dez.1999. p. 155.).

²³JANCZESKI, Célio Armando. A Legitimidade ativa para Ação Civil Pública em Matéria Tributária. In: Juris Síntese, n. 34, mar./abr. 2002.

participar de lide que não deseja, seja por qualquer motivo, cujo conhecimento não deveria interessar ao *parquet*.

Noutro norte, embasados num sentimento de libertação do sistema individualista que informou nossas codificações, estão os doutrinadores que acreditam na ampla legitimidade do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos, quando verificado, de alguma forma, um interesse social justificador, que consiste naquele interesse “cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender a suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento”²⁴ e tal interesse é manifestado pela própria dimensão comunitária dos danos causados²⁵.

Acreditam na concentração da defesa dos direitos de pessoas hipossuficientes, atingidas de maneira semelhante no seu patrimônio e por um mesmo fator agente, cuja defesa, se não efetivada, afrontaria muito mais que aqueles patrimônios, ou seja, violaria a própria ordem jurídica, frustraria a expectativa de obtenção da justiça. Quando a inércia ou a omissão do Ministério Público significaria pleno consentimento com o estado de desordem, à falta de legalidade e de moralidade.

A tutela desses direitos, apresentados como individuais homogêneos, mostra-se, então, indisponível, não obstante poderem ser disponíveis os interesses envolvidos, conforme por nós exemplificado no início do presente capítulo. Sobredita defesa é a própria manifestação do princípio constitucional da igualdade, do direito de acesso à Justiça, ao exercício da democracia e da cidadania. A sua atribuição ao MP constitui-se como corolário do próprio Estado Social, como fruto de uma percepção tridimensional do Direito, já que seus operadores, para tanto, não se colocam como marionetes da lei, mas como seus intérpretes, nunca desconsiderando os valores e transformações sociais do mundo ao seu redor, num verdadeiro exercício de dialética²⁶.

Nesse sentido, refutando a própria construção legislativa e recomendando, assim, um posicionamento *contra legem*, no que se refere à vedação ao manejo de ações civis públicas quanto à matéria tributária, seguindo a mesma linha de raciocínio da jurisprudência transcrita no subtítulo anterior, acostam-se Antônio Souza Prudente e Ângela Teresa Gondim Carneiro.

O primeiro autor²⁷, utilizando-se de premissa dada pelo STJ, ressalta a própria utilidade da tutela coletiva, qual seja o aceleração da entrega da

²⁴ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos. In: Revista de Informação Legislativa, 30 (117): 173-86. Brasília, jan./mar. 1993.

²⁵GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 801.

²⁶GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “Ondas” de acesso á Justiça. In: Direitos metaindividuais. Carlos Henrique Bezerra Leite (coord.). São Paulo: LTR, 2005. p. 71.

²⁷PRUDENTE, Antônio Souza. Ação Civil Pública em Matéria Tributária: Legitimação Constitucional do MP. In: Revista de Estudos Tributários, n. 10. nov./dez.1999. p.152.

prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público²⁸. E, assim, demonstra como os contribuintes, reconhecida a natureza de seus interesses (individuais homogêneos), estariam mais bem protegidos dos abusos do Poder exator que, muitas vezes, aproveita-se da dubiedade da lei, da ignorância dos cidadãos, para obrigá-los a suportar tributo inconstitucional ou ilegal. Corroborando o raciocínio, cabe transcrever aqui a crítica que Ângela Gondim²⁹ tece acerca da edição da referida Medida Provisória:

Não podemos deixar de registrar nossa crítica, que é a mesma feita por juristas de peso, no que toca à inconstitucionalidade do uso arbitrário e desregrado de Medidas Provisórias, que alteram textos de leis promulgadas de forma legítima, submetidas um processo legislativo que lhes confere invidiosa legitimidade.

Sustentam que é o art. 5º, II, *a* da Lei Complementar nº 75/93, que atribui ao MP à fiscalização do cumprimento das limitações do poder de tributar, e o art. 6º, VII, *a e d*, XII, que ordena a defesa dos direitos individuais homogêneos – como o são os direitos dos contribuintes – por meio da ação civil pública, pelo que soa como incongruente a vedação inserida no texto da Lei de Ação Civil Pública. E aqui se fala em ação civil pública, porque a ação coletiva estaria afeta aos direitos individuais homogêneos em matéria consumerista. E a medida necessária seria um pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade no bojo da ACP.

Também combatem a restrição da intervenção do Ministério Público em matéria desse jaez porque, no caso, os direitos não são simplesmente individuais homogêneos, mas são também indisponíveis, haja vista que não está na órbita volitiva do contribuinte a faculdade de não pagar o tributo³⁰. Nessa matéria específica, as palavras de Américo Bedê Freire Júnior confirmam a amplitude na legitimidade ministerial:

Deve-se ainda lembrar que o pagamento de tributos não é uma disponibilidade do contribuinte ficando ao seu critério o pagamento da obrigação, pois, de acordo com o Código Tributário Nacional um dos caracteres do

²⁸AG-REsp 98.286 - Primeira Turma/STJ - DJU de 23.03.1998. p. 17.

²⁹CARNEIRO, Ângela Teresa Gondim. A Legitimidade do Ministério Público na Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos. A Tendência Jurisprudencial e A Recente Medida Provisória no. 2.180-34. Disponível em: <www.conamp.org.br/eventos/teses/tese038.htm#autor>. Acesso em: 23 fev.2006.

³⁰FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A Legitimidade do Ministério Público como Forma de Garantir o Acesso à Justiça. In: *Jornal Síntese*, n. 48, fev.2001. p. 7.

Tributo é a sua compulsoriedade, logo impossível falar de disponibilidade, pois o não-pagamento traz inúmeras conseqüências como multa de mora e juros.

Os defensores da atuação molecular do *parquet* interpretam a legislação pertinente, qual seja, art. 127, *caput* e art. 129, incisos II e III da CF; artigos 5º e 21 da LACP; artigos 82, inc. I e 91 do CDC; art. 25, inc. IV, alínea *a* da Lei nº 8.625/93; e art. 6º, inc. VII, alíneas *c* e *d*, e inc. XII da Lei Complementar nº 75/93, de forma que extraem a conclusão de que direitos individuais homogêneos é gênero do qual podem resultar direitos disponíveis e indisponíveis. E o dispositivo mais expressivo que confirma essa interpretação é o art. 6º, VII, “d”, e XII, da LC nº 75/93, pois manifesta que direitos individuais homogêneos não são necessariamente direitos indisponíveis:

Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

XII - propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos; (grifo nosso)

Consideram, ademais, que os direitos disponíveis, a legitimar a iniciativa ministerial, se mostram mediatamente ligados à defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, e só. Ordem jurídica revelada, por exemplo, no dever de ressarcimento em virtude de apropriação indébita efetuada por alguma empresa contra os consumidores e o interesse social, por sua vez, na celeridade da composição das lides, em vez de se manejarem infundáveis ações individuais. Não há, pois, qualquer vinculação exclusiva à indisponibilidade.

Ada Pellegrini Grinover³¹ comunga dessa opinião quando disserta que a disponibilidade deixou de ser a pedra de toque para delimitação da legitimidade do Ministério Público porque não há importância na dicotomia público x privado, antiga base de nosso sistema jurídico. Agora, segundo ela, é o interesse social que o faz e esse interesse, no caso dos direitos individuais homogêneos, é verificado com a simples dimensão metaindividual com que são tratados.

A autora continua dizendo que não há falar-se em inconstitucionalidade dos dispositivos do código consumerista que previram, pela primeira vez, a

³¹GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 800-802.

espécie em matéria consumerista, justamente pelo aspecto temporal que distancia a codificação da CF. Outrossim, não há qualquer imposição ao particular, já que a sentença proferida em processo coletivo é genérica, ou seja, só os realmente interessados a executam, restando imaculada, portanto, a autonomia da vontade dos lesados. Assim, leiamos uma de suas sustentações:

Nem se pode argumentar com o fato de a titularidade à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos impor aos beneficiários da sentença condenatória um direito que talvez não queiram eles exercer. A sentença condenatória, na técnica brasileira, apenas reconhece a existência de dano genérico e o dever de indenizar. Caberá à iniciativa de cada beneficiário habilitar-se à liquidação da sentença, incumbindo-lhe provar, ainda, a existência do dano pessoal, seu nexó etiológico com o dano geral reconhecido pela sentença, e quantificar o montante da indenização.

As atribuições, então, do órgão ministerial, previstas, tanto na CF quanto na legislação infraconstitucional não são *numerus clausus*, apenas devendo guardar compatibilidade com a finalidade da Instituição³². Portanto, segundo essa corrente doutrinária, o que não pode é o MP agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual³³. Em contrapartida, em sendo homogêneo e em se pretendendo sua defesa coletiva – é claro, desde que evidenciado o interesse social, não por uma fórmula estanque, mas pelas vicissitudes do caso concreto, sobre as quais se debruçará o membro do *parquet*, em busca do discernimento, recorrendo, para tanto, às suas convicções intelectuais –, estará o MP legitimado a agir.

4 Considerações Finais

Os direitos metaindividuais foram reconhecidos como expressão do princípio da solidariedade, uma vez que o ser humano passa a se preocupar com o meio em que vive, saindo de uma posição de comodismo e conscientizando seu semelhante acerca da necessidade de proteção desse meio. Paralelamente, instituiu-se uma nova espécie de tutela jurídica, corolário do princípio da inafastabilidade do Judiciário, visando transpor os conceitos apegados ao individualismo, informadores da nossa cultura jurídica liberal, para implementação da defesa coletiva.

³²OLÍMPIO, Elisandra de Oliveira. O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). Direitos metaindividuais. São Paulo: LTR, 2005. p. 109.

³³Idem. Ibidem, p. 115. Nota 27.

Tais direitos se classificam em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os primeiros se caracterizam pela pulverização dos interessados, os segundos pela relação jurídica que os liga, e os últimos pela relação fática que une seus titulares, a exemplo da aquisição de um mesmo tipo de veículo de determinada marca, sobre o qual o dano se exteriorizou de forma semelhante para cada um dos indivíduos.

Não obstante a ausência da transindividualidade dos direitos individuais homogêneos, a sua natureza homogênea justifica a tutela coletiva, principalmente através da ação civil pública e da ação coletiva, esta resguardada àqueles direitos individuais homogêneos em matéria consumerista. Estes últimos direitos podem ser indisponíveis ou disponíveis e, em ambos os casos, o Ministério Público estará legitimado extraordinariamente para manejar o instrumento cabível à espécie, não obstante existir corrente jurisprudencial e doutrinária que negue mencionada legitimidade.

Isso porque, tanto a legislação expressa que os direitos individuais não precisam ser necessariamente indisponíveis quanto a sua defesa está contida dentre as finalidades institucionais do *parquet*, quais sejam, defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos princípios constitucionalmente consagrados, como moralidade e legalidade, bem como dos interesses sociais. Até porque se verifica que, quando da violação dos direitos individuais de forma homogênea e decorrente de uma origem comum, sempre estão presentes condutas abusivas de agente infrator, lastreadas na má-fé, no engodo e no aproveitamento da hipossuficiência alheia, o que de *per si* justifica a pretensão ministerial.

Ademais, a atuação do Ministério Público concentra-se na obtenção de um posicionamento genérico por parte do Judiciário, reconhecendo a responsabilidade do infrator. A partir daí, para que os indivíduos sejam ressarcidos, deverão eles mesmos propor a execução do julgado (*lato sensu*), constituindo advogado para tanto. Assim, não há intromissão indevida na autonomia da vontade.

Dessarte, assim como os direitos individuais homogêneos são direitos individuais, mas merecem a tutela metaindividual, podem ser os mesmos disponíveis, mas a sua tutela sempre será indisponível, desde que, é claro, se apresentem de forma homogênea e ligados direta ou indiretamente aos interesses sociais previstos constitucionalmente. E tal perspectiva significa, portanto, a libertação de um sistema individualista para um sistema democrático e igualitário de acesso à Justiça.

Referências

CARNEIRO, Ângela Teresa Gondim. *A Legitimidade do Ministério Público na Tutela dos Direitos Individuais Homogêneos*. A Tendência Jurisprudencial e A Recente Medida Provisória no. 2.180-34. Disponível em: www.conamp.org.br/eventos/teses/tese038.htm#autor. Acesso em: 23 de fevereiro de 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Civil Pública – Direitos Individuais Homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. *In Revista Síntese de Direito Civil e Processual n° 12* – jul/ago/2001, p. 5.
FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A Legitimidade do Ministério Público como Forma de Garantir o Acesso à Justiça. *In Jornal Síntese n° 48*. fev/2001, p. 7.

GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses individuais homogêneos na perspectiva das “Ondas” de acesso à Justiça. *In LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *A Legitimidade do Ministério Público para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto799.htm; Acesso em: 12 de maio de 2005.

GRINBERG, Rosana. O Ministério Público e a Defesa do Consumidor Individualmente Considerado. *In Revista de Direito do Consumidor*. v. 22. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 801.

JANCZESKI, Célio Armando. A Legitimidade ativa para Ação Civil Pública em Matéria Tributária. *In Juris Síntese n° 34* – mar/abr, 2002.

LYRA, Bruna. Os direitos metaindividuais analisados sob a ótica dos direitos fundamentais. *In LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005, p. 30.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. Conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Meio Ambiente, Consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 10. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

OLÍMPIO, Elisandra de Oliveira. O Ministério Público e a defesa dos interesses individuais homogêneos. In *LEITE, Carlos Henrique Bezerra (coord.). Direitos metaindividuais*. São Paulo: LTR, 2005.

PRUDENTE, Antônio Souza. Ação Civil Pública em Matéria Tributária: Legitimação Constitucional do MP. In *Revista de Estudos Tributários nº 10*. nov-dez/1999, pág. 152.

SALGADO, Daniel de Resende. *Legitimidade do Ministério Público para Defesa de Interesses Individuais Homogêneos*; Disponível em: www.procon.goias.gov.br/artigodoutinario/artigo_dout_35.htm; Acesso em: 12 de maio de 2005.

TOGNOLO, Osmar. Ação Civil Pública em Matéria Tributária. In *Revista de Estudos Tributários nº 10* - nov-dez/1999, pág. 155.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: Abusiva Utilização pelo Ministério Público e Distorção pelo Poder Judiciário. In *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 18*. Jul-ago/2002 p. 5.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos. In *Revista de Informação Legislativa*, 30 (117): 173-86. Brasília, jan./mar. de 1993.

O PAPEL PRÓ-ATIVO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA COMO MEDIADOR NA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

Lêda Lourdes Rambo
Advogada

1 Introdução

O presente artigo tem o objetivo de identificar os meios utilizados para pacificação de conflitos, além da jurisdição estatal, no intuito de garantir maior celeridade nos resultados e comprometimento dos envolvidos. Com o surgimento de direitos que atingem a sociedade como um todo, mais especificamente os direitos do consumidor, há a necessidade de definir a quem cabe a defesa desses direitos.

Tem-se reconhecido que o Ministério Público dispõe de prerrogativas, atribuições e instrumentos capazes de efetivar o exercício pleno desses direitos. Assim, em razão dessa consciência institucional, o Ministério Público objetiva, em conjunto com a sociedade, discutir e otimizar a proteção aos direitos do consumidor, garantidos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. A mediação é um método que pode ser utilizado pelo Ministério Público na busca de agilidade nos resultados, bem como na prevenção de danos.

Devido à grande diversidade e quantidade de atribuições definidas ao Ministério Público, a legislação conferiu alguns instrumentos, judiciais ou extrajudiciais, visando propiciar maior agilidade e efetividade no desempenho de suas atividades, tais como a audiência pública, a recomendação, o termo de ajustamento de conduta e os procedimentos investigatórios que auxiliam o *Parquet* na persecução de seus objetivos.

A escolha do tema acha justificativa no fato de que o Ministério Público possui legitimidade para defender os direitos do consumidor, em juízo ou fora dele, podendo utilizar nesta defesa também os chamados meios alternativos de solução de conflitos para que a sociedade como um todo tome consciência de suas responsabilidades na busca da paz social.

2 O Ministério Público e suas atribuições

A origem do Ministério Público, segundo a teoria mais aceita e difundida, ocorreu na França, a partir da Ordenança instituída pelo rei Felipe IV, o Belo¹, o qual estabeleceu juramento igual ao dos juizes para os procuradores do rei, incumbindo a estes intervir em tudo que fosse considerado de

¹AXT, Gunter. *O Ministério Público no Rio Grande do Sul: evolução histórica*. 2. ed. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça. Memorial do Ministério Público, 2006. p. 24.

interesse público. No Brasil colonial havia a figura do Procurador da Coroa, Procurador da Fazenda e, posteriormente, do Promotor de Justiça, cujas atribuições eram ínfimas se comparadas às atuais, cabendo-lhes fiscalizar o fisco, intervir nos processos que envolviam interesses do rei, realizar acusações dos presos e visitar as cadeias a fim de agilizar solturas².

O Ministério Público como instituição surgiu apenas em 1890, com o advento do Decreto-lei nº 848 do Governo Provisório, que estabeleceu as bases da organização judiciária da União, o qual instituiu o cargo do Procurador-Geral da República junto ao Supremo e dos procuradores seccionais em cada seção da Justiça Federal³. Com a Constituição de 1934, o Ministério Público é desvinculado do Poder Judiciário, é regulamentada a organização em nível nacional e estadual, fica estabelecido o concurso público para o ingresso na carreira, bem como a estabilidade para os membros do Ministério Público Federal⁴. Na Constituição de 1937 ocorre um retrocesso, fazendo breves referências ao Ministério Público. No entanto, a contrassenso, o Código de Processo Civil, em 1939, e o Código de Processo Penal, em 1941, atribuem várias funções ao *Parquet*, acarretando, com isso, um crescimento Institucional consolidado⁵. Entre as atribuições concedidas estão a titularidade na promoção da ação penal, o poder de requisitar o inquérito e atuação nos processos civis como fiscal da lei⁶.

A Constituição de 1946 volta a conceder *status* constitucional ao *Parquet*, dando-lhe tratamento autônomo, desvinculado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e designa o instituto da inamovibilidade aos membros. No período ditatorial, o Ministério Público perde a independência institucional e volta a ser subordinado, ora ao Poder Judiciário⁷, ora ao Poder Executivo. As demais prerrogativas concedidas nas Constituições anteriores são mantidas.

Em 1981 é promulgada a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar nº 40, causando um progresso significativo para a Instituição, criando garantias e atribuindo vedações aos membros do *Parquet*. Mas foi com a Lei nº 7.347/85, (Lei da Ação Civil Pública) que a área de atuação da Instituição ampliou consideravelmente, conferindo-lhe titulari-

²Idem, p. 35.

³Idem, p. 93.

⁴SILVA, Octacílio Paula. *Ministério Público: estudo pragmático da instituição: legislação, doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981. p. 09.

⁵LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 37-38.

⁶SILVA, Octacílio Paula, op. cit., p. 33.

⁷Idem, p. 09.

dade na defesa dos interesses difusos relativos ao meio ambiente, ao consumidor, a ordem urbanística e outros.

A Constituição de 1988 reconheceu o Ministério Público como instituição permanente, autônoma, independente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

3 Meios de solução de conflitos

3.1 A jurisdição

O Brasil adotou o sistema da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal): Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao poder judiciário cabe a função jurisdicional, que consiste na busca da pacificação das partes em conflito por meio da intervenção (provocada) de um terceiro imparcial (representante do Estado), o qual aplicará coercitivamente a solução, de acordo com a lei, pondo fim ao conflito. A jurisdição é meio institucional de resolução de conflitos, sendo monopólio do Estado, que possui como principal finalidade a pacificação social.

A jurisdição pode ser entendida como um poder, uma função e uma atividade do Estado. Como poder, é a manifestação do poder estatal, é a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que tem os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos, mediante a realização do direito justo e através do processo. Como atividade, ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete⁸. O processo surgiu como instrumento para que o Estado pudesse solucionar os conflitos de uma forma justa e regrada.

O Judiciário, único com poder suficiente para solucionar todos os tipos de conflitos que ocorrem na sociedade, vem sofrendo inúmeras críticas, principalmente com relação à demora na solução definitiva dos conflitos e a onerosidade para a obtenção da tutela jurisdicional estatal.

A demora na prestação jurisdicional, que muitas vezes significa falta de justiça, não ocorre por motivo único, mas pelo sistema como um todo, pois muitos são os recursos cabíveis em um processo, a deficiência de equipamentos e instalações do judiciário é visível, há defasagem de pessoal, além do aumento significativo de demandas.

⁸CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Tangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 145.

As soluções aos obstáculos do acesso à justiça surgiram em sequência cronológica, numa espécie de ondas⁹, quais sejam: a primeira onda é a assistência judiciária para os pobres, a segunda é a representação dos interesses difusos e a terceira trata do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

Quanto à primeira onda, é preciso que a Defensoria Pública esteja instalada em todas as Comarcas do país e tenha condições de funcionar adequadamente, pois, apesar da assistência judiciária ter sido criada no Brasil na década de 50 (Lei nº 1.060/50), ainda há locais em que o órgão de prestação de serviços de advocacia gratuita não está instalado.

Quanto à segunda, Cappelletti e Gart dizem que seu principal foco foi a preocupação com os interesses difusos, já que a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para sua proteção, tendo em vista ser destinado à solução de controvérsias interindividuais¹⁰. Como marcos da segunda onda podemos citar a Constituição Federal de 1988, a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), a Lei das Pequenas Causas (7.244/84), atualmente Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099/95), o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), que propiciaram um maior acesso à justiça e garantiram importantes direitos aos cidadãos, bem como sua defesa.

A terceira onda é aquela que vivemos atualmente, que busca ampliar o enfoque do acesso à justiça sob o ponto de vista dos usuários do sistema processual. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar ou prevenir disputas nas sociedades modernas. Faz parte deste contexto a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios, com a utilização de pessoas leigas ou paraprofissionais que busquem preservar os relacionamentos¹¹. Os chamados meios alternativos à jurisdição estatal como a negociação, conciliação, arbitragem e mediação desempenham um importante papel na busca da pacificação e de uma solução mais ágil dos conflitos, procurando manter, na medida do possível, a continuidade das relações.

3.2 A Negociação

É o meio de solução de conflitos em que as pessoas conversam e formulam um acordo sem a necessidade da participação de um terceiro, por meio de

⁹A classificação em ondas é feita por Mauro Cappelletti e Bryant Gart na obra *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfl eet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31-73.

¹⁰CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant (colab.). *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfl eet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49.

¹¹Idem. *Ibidem*. p. 67-73.

seus representantes ou, ainda, com o auxílio de um negociador que tem o papel de aliviar as tensões e desencontro das partes. Colaiácovo define a negociação como sendo um processo pelo qual duas ou mais partes interagem em uma situação de conflito/transação/desenvolvimento de ideias, segundo regras estabelecidas com ou sem a participação de intervenientes, objetivando o acordo entre as partes ou em busca de um consenso que satisfaça interesses recíprocos. O processo de negociação utiliza diferentes mecanismos de comunicação, persuasão e poder, através dos quais são canalizadas, no âmbito de estratégias e táticas negociadoras, informações sob a forma de propostas e argumentos¹².

A transação/negociação, segundo entendimento de Fiúza, para ser válida e produzir efeitos normais deve possuir quatro elementos essenciais: o consenso, a extinção ou prevenção de litígio, a reciprocidade de concessões e a indivisibilidade¹³. Apesar de a negociação ser tradicionalmente uma atividade quase exclusiva de diplomatas, líderes políticos e sindicais, ou seja, institucionalizada, é desejável que passe a ser considerada uma prioridade social, sendo utilizada por membros de toda a comunidade, em qualquer camada social, na busca da solução rápida dos litígios e, principalmente, evitando o surgimento de novos conflitos.

3.3 A Conciliação

É o meio de solução de conflitos em que os indivíduos buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, que pode ser um juiz ou um conciliador. O terceiro interfere no caso analisando a situação e sugerindo soluções para o conflito, entretanto, cabe aos envolvidos aceitar ou não tais soluções. Cappelletti e Garth esclarecem que existem vantagens tanto para as partes quanto para o sistema judiciário se o litígio é resolvido antes de chegar aos tribunais ou, chegando, for resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga existente nos tribunais e as altas despesas com os litígios podem tornar as soluções rápidas e mediadas especialmente benéficas para as partes¹⁴.

A conciliação pode se instalar no curso de um processo, estando dentro da noção jurisdicional, ou ser pré-processual e, neste caso, apresentar-se como mecanismo extrajudicial de composição de conflitos.

A conciliação endoprocessual é celebrada entre autor e réu, perante a autoridade judicial, no intuito de evitar que a lide se prolongue. No Brasil a

¹²COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, Mediação e Arbitragem: teoria e prática*. Tradução do original por Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 33.

¹³FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 46-47.

¹⁴*Ibidem*. p. 83. Nota 10.

conciliação processual é obrigatória nas ações que dispõe sobre alimentos, dissolução de sociedade conjugal e nas ações que tramitam no Juizado Especial. A experiência demonstra que a conciliação endoprocessual evita ilegalidades e abusos nos acordos firmados, tendo em vista que os mesmos são submetidos ao crivo jurisdicional, há ampla publicidade dos mesmos e, ainda, busca-se a igualdade das partes, pois caso uma delas compareça assistida por advogado, há obrigatoriedade de assistência jurídica à outra.

Já a conciliação extrajudicial ocorre entre os envolvidos no conflito, com a finalidade de evitar que a divergência de interesses seja levada ao judiciário, mesmo que se necessite levar o acordo para homologação posterior pelo juiz. A convenção pode ser realizada com a ajuda de pessoas ou instituições devidamente credenciadas, que atuarão como conciliadores extrajudiciais.

A conciliação dispensa formas e procedimentos específicos, bastando estabelecer-se um método que ajude a superar a crise afrontada e que resulte em uma decisão consensual.

3.4 Arbitragem

Este instituto, que teve seu uso evidenciado desde a Antiguidade e assumiu um importante papel na resolução de conflitos, mantém-se até a atualidade. Caracteriza-se pela forma de solução de conflitos na qual os litigantes escolhem um terceiro de sua confiança, denominado árbitro, neutro à querela, para decidi-la, mediante o compromisso mútuo de acatamento da decisão expedida.

Segundo entendimento de Carlos Alberto Carmona, a arbitragem pode ser conceituada como *uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial*¹⁵.

A arbitragem no Brasil tem seus fundamentos legais insculpidos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. O artigo 1º desta Lei limita sua utilização pelas pessoas capazes de contratar, podendo ser dirimidos os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O procedimento arbitral imita em muito a justiça comum, pois o árbitro controla o processo examinando as evidências, podendo colher o depoimento das partes, ouvir testemunhas, realizar perícias etc., e “julga” a disputa, cuja decisão deve ser acatada pelas partes. A arbitragem, frente à justiça comum, tem como principais vantagens o custo reduzido e o menor tempo gasto para a decisão da lide.

¹⁵CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p.19.

3.5 A mediação

É um instituto que busca solucionar conflitos existentes em diversas áreas¹⁶ (relações familiares, comerciais, escolares, trabalhistas, direito de vizinhança, questões possessórias, ambientais, internacionais, direito do consumidor), através da atuação de um terceiro desinteressado (mediador), que proporciona um acordo pelo diálogo. As principais características da mediação, segundo Bolzan de Moraes, são: (a) a privacidade; (b) a economia financeira e de tempo; (c) a oralidade; (d) a reaproximação das partes; (e) a autonomia das decisões; (f) o equilíbrio das relações entre as partes¹⁷. Luís Alberto Warat considera que as práticas sociais da mediação se configuram em um instrumento de realização da autonomia, da democracia e da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito¹⁸.

A mediação enfatiza o diálogo como forma de aguçar a criatividade e o poder de decisão ao invés da discussão e da competição dos envolvidos, gerando assim soluções satisfatórias que transformam as relações entre as pessoas. No entender de Adolfo Braga Neto, mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas etc.) recorrem a um especialista neutro e capacitado, que, através da realização de reuniões, estimula-as a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas¹⁹.

A mediação, a conciliação, a implantação dos Juizados Especiais Cíveis, as Comissões de Conciliação Prévia da Justiça do Trabalho e a Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), são mostras inquestionáveis da tendência à modernização e do abandono no mito do monopólio da jurisdição estatal, demonstrando que as necessidades atuais dos jurisdicionados carecem de dispositivos especializados e que os novos tempos exigem novas mentalidades.

¹⁶O Art. 1º, § 3º do projeto de lei da mediação diz que é lícita a mediação em toda a matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

¹⁷MORAIS, José Luis Bolzan de, com a colaboração de Anarita Araújo da Silveira e Adriano Luís de Araújo. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.147- 151.

¹⁸WARAT, Luís Alberto (org.). *Ecologia, psicanálise e mediação*. In: *Em nome do acordo: a mediação no direito*, 2. ed. Argentina: ALMED. p. 5 – 59.

¹⁹BRAGA NETO, Adolfo. Os Advogados, os conflitos e a mediação. In: *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. Ângela Oliveira, (Coord.). São Paulo: LTr, 1999. p. 93.

4 O papel pró-ativo do Promotor de Justiça como mediador na pacificação de conflitos de direito do consumidor

4.1 Legitimidade do Ministério Público

Conforme mencionado, o Ministério Público ampliou gradativamente sua atuação, passando de um simples titular da ação penal para um agente defensor da cidadania, estando entre suas atribuições a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. A Constituição Federal encarregou o Ministério Público de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis e ainda ampliou o emprego do inquérito civil e da ação civil pública para outras áreas, além das elencadas na Lei da Ação Civil Pública. Analisando-se os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, o Ministério Público possui legitimidade para promover qualquer ação judicial com vistas à defesa dos interesses coletivos “*lato sensu*” (difusos, coletivos “*stricto sensu*” e individuais homogêneos).

Num sentido *lato*, portanto, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, cujo zelo é cometido ao Ministério Público; a defesa do interesse coletivo (que reúne uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos) pode convir à coletividade como um todo. Com propriedade, Hugo Nigro Mazzilli sustenta que o Ministério Público deve zelar pelo interesse social ou o interesse de toda sociedade²⁰.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o qual distinguiu os direitos transindividuais²¹, foram introduzidos aos já conhecidos interesses difusos e interesses coletivos os interesses individuais homogêneos, estendendo ainda mais a atuação dos legitimados, entre eles o *Parquet*. Essa lei inseriu na Lei nº 7.347/85 o artigo 21, entre outros artigos, o qual pronuncia que “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.” A lei estendeu os benefícios processuais inseridos no título III do CDC a todos os interesses transindividuais, independente da matéria. Dessa forma, cabe a atuação do Ministério Público nos moldes do CDC a todos os fatos, independente de ser ou não relação de consumo. Cumpre lembrar que a atuação do Ministério Público não

²⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21.

²¹Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

fica restrita à ação civil pública, mas qualquer ação que seja capaz de efetivar a tutela almejada, conforme previsão do artigo 83 do CDC²².

4.2 O Promotor de Justiça como mediador

Considerando a importância do papel que o Promotor de Justiça exerce na defesa das questões dos direitos difusos e coletivos, bem como as características e relevância dos direitos defendidos, é cabível que o mesmo atue não só como autor em ações civis públicas, mas também como mediador nestas questões. A atuação como mediador produz efeitos mais rápidos, evitando longas demandas judiciais.

As técnicas de mediação podem ser fortes aliadas aos mecanismos já existentes no âmbito do Ministério Público, quais sejam o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta e a ação civil pública, além da audiência pública, da recomendação e dos procedimentos investigatórios que também auxiliam o *Parquet* na persecução de seus objetivos.

Os Promotores de Justiça já possuem forte atuação na defesa dos consumidores, sendo prática usual a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta em assuntos que tratam da qualidade dos alimentos e sua comercialização; distribuição, preços e qualidade dos combustíveis; eficiência e regularidade do serviço de energia elétrica/água/ saneamento, bem como os valores cobrados; golpes de pesquisa de opinião pública; comercialização, estoque, distribuição e falta de registro de medicamentos; falsificação e pirataria de produtos; planos de saúde; publicidade enganosa e abusiva, entre outros casos de lesão à coletividade de consumidores. Os Termos de Ajustamento assinados são fruto de mediações em que o Ministério Público, através do Promotor de Justiça, atua com a preocupação de evitar a ocorrência de futuros danos.

Nesse sentido é a atuação do Ministério Público/RS de Faxinal do Soturno²³ que, desde maio de 2007, promove debates sobre relações de consumo e segurança alimentar com a comunidade, pois, a partir da realização de reuniões e palestras com profissionais da área, é possível conscientizar e divulgar medidas que podem ser adotadas objetivando a geração de empregos, a concorrência leal e a melhoria da qualidade alimentar e, por consequência, garantir a saúde pública.

Importante destacar que grande parte das ações do Ministério Público desenvolve-se no plano extraprocessual em ações conjuntas com o Poder

²²Art. 83 Para defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

²³Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticiasconsumidor>. Acesso em: 25 set.2009.

Executivo e outras entidades, visando à implantação de políticas públicas que propiciem a defesa dos direitos do consumidor. O Ministério Público do Rio Grande do Sul firmou convênios²⁴ com algumas entidades na busca de proteção e repressão das lesões aos consumidores, mais especificamente com relação a combustíveis, GLP e leite.

Insta dizer que as ações do Ministério Público em defesa dos direitos do consumidor têm se caracterizado pela eficiência de ação e resultado, devendo-se isto não somente ao preparo dos agentes da instituição, como também ao interesse e zelo nestas questões.

5 Conclusão

A defesa do consumidor é direito fundamental, previsto na Constituição Federal como dever do Estado (art. 5º, XXXII). O Ministério Público é instituição responsável pela defesa coletiva do consumidor, que poderá instaurar inquérito civil, ajuizar ações coletivas, firmar compromisso de ajustamento e tomar medidas legais necessárias para prevenir ou reparar o dano.

A mediação é um instituto já utilizado desde a antiguidade e está ressurgindo, em nosso meio, onde a morosidade da justiça é muito debatida, fazendo com que as pessoas busquem solucionar seus conflitos de forma mais rápida, criando novos conceitos e assumindo suas próprias decisões. A mediação deve ser entendida e internalizada pelas pessoas como um meio de não deixar a responsabilidade das decisões de seus problemas nas mãos de um terceiro, seja um juiz ou um árbitro.

Ao final de um processo de mediação não há um ganhador e um perdedor, mas dois ou mais ganhadores, já que o objetivo maior da mediação é promover a harmonia entre as pessoas, criando um clima de cooperação, respeito mútuo e justiça de consenso entre os envolvidos.

O Ministério Público já está atuando como mediador em diversas áreas, assinando termos de cooperação, emitindo recomendações e firmando convênios com diversas entidades, no intuito maior de garantir direitos, prevenir danos futuros e buscar soluções para o desenvolvimento e a paz social.

²⁴Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/consumidor/convênios>. Acesso em: 25 set. 2009.

Referências

- AXT, Gunter. *O Ministério Público no Rio Grande do Sul: evolução histórica*. 2. ed. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça. Memorial do Ministério Público, 2006.
- BRAGA NETO, Adolfo. Os Advogados, os conflitos e a mediação. In: *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. Ângela Oliveira (Coord.). São Paulo: LTr, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Nortfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Tangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COLAIÁCOVO, Juan Luis, COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Tradução do original por Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do processo civil*. Campinas: Copola, 1999.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Octacílio Paula. *Ministério Público: estudo pragmático da instituição: legislação, doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 1v.

WARAT, Luís Alberto (Org.). Ecologia, psicanálise em mediação. In: *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. 2. ed. Argentina: ALMED.

WARAT, Luís Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. 1v.

PROBIDADE ADMINISTRATIVA, DANO MORAL COLETIVO E LEI 8.429/92: UMA INTERSEÇÃO OBRIGATÓRIA SOB O OLHAR DE UMA FÁBULA

Adrio Nobre Leite

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1 Paralelo alegórico e demarcação inicial da área temática

A fábula *Os três porquinhos*, difundida pelo folclorista australiano Joseph Jacobs, é de todos bem conhecida. Cada um dos três bácoros deixa o teto e a teta materna para ganhar o mundo. Desdenhando da figura arquetípica do lobo *devorador*, dois deles constroem casas de palha e madeira. Apenas um bacorinho parece enxergar mais de um palmo à frente do focinho. Edifica uma casa de tijolos. A esta, apenas, o sopro do lobo não consegue superar.

A utilização dessa escora simbólica não guarda leviandade. Tempera o argumento com o elo perdido da infância. De acordo com as palavras de Chevalier e Gheerbrant, “*Hoje em dia, os símbolos gozam de nova aceitação. A imaginação já não é mais desprezada com a louca da casa. Está reabilitada, considerada gêmea da razão, inspiradora das descobertas e do progresso*”¹.

A narrativa alegórica infantil provoca o início do tema.

Era uma vez a República Federativa do Brasil. Seus contornos consolidados na Constituição Federal de 1988 e, em seu âmago, o Estado Democrático de Direito (artigo 1^o²). Ligado às tetas e sob o teto da pátria-mãe, o poder político condicionado de forma intestina, com a tripartição das funções estatais, a cargo do Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 2^o³).

Como núcleos organizacionais internos do poder estatal, lançam-se à reconstrução da cidadania, sinônimo atual e imperativo de efetivação dos direitos fundamentais. Essa roupagem do Estado brasileiro justifica a íntima ligação das funções estatais ao respectivo direcionamento para a concretização dos valores essenciais da coletividade.

Cada estrutura funcional organizada – Legislativo, Judiciário e Executivo – vai erguendo uma *casa*, a seu modo e jeito. A sociedade acompanha os movimentos de consolidação dos vetores axiológicos estampados na Constituição Federal.

¹CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. Dicionário de símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009. p.12.

²Verbis: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”.

³Verbis: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O *lobo* da fábula é um arquétipo multifacetado. Ronda a atuação do Estado.

O contexto específico da realidade do momento precisa ser timbrado. É período ímpar e histórico de redemocratização no país. A superação do estrangulamento da cidadania se exige. A Constituição Federal de 1988 é a ruptura do quadro de então, constituindo-se em

[...] uma resposta à situação da sociedade brasileira, marcada profundamente pelas consequências políticas, sociais e econômicas do regime ditatorial implantado no Brasil, até hoje não apagadas da alma brasileira. Surge na esteira do processo de redemocratização política brasileira que implicou na retomada de governos civis em 1982 (nos Estados) e 1985 (na União).

Sob o ponto de vista político, encontrou uma sociedade civil, cuja cidadania foi crescentemente solapada por anos de impossibilidade de participação ampla, livre e efetiva no processo político do país; uma sociedade marcada pelas ofensas cotidianas do Estado que, justificando sua atuação na defesa da segurança nacional e contra a subversão política e social, promoveu certamente os episódios mais sangrentos de tortura contra o seu povo, de censura contra a liberdade de pensamento e de expressão, na luta concertada e ideologizada pela manutenção do poder; uma sociedade cujo processo político seguiu a bipolaridade partidária consentida, atemorizada por não encontrar canais institucionais efetivos para afirmar as necessidades do corpo social, cuja emancipação política e social era antiética ao duro regime de censura e ostracismo político então vigente⁴.

Para tanto, em um refundado pacto de cidadania, alcançava-se com solidez a constatação de fragilidade do aparelho punitivo estatal. Também o pensamento de aprimorar a luta contra a corrupção, descrita, em abordagem ampla de Schilling, como “*um conjunto variável de práticas que implica em trocas entre quem detém poder decisório na política e na administração e quem detém poder econômico, visando a obtenção de vantagens – ilícitas, ilegais ou ilegítimas [...]*”⁵.

⁴OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 58.

⁵SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 15.

Em se tratando de corrupção, o *lobo* se avulta. Travestido, desta feita, em impunidade. As formas de responsabilização jurídica, portanto, precisam de incremento. A Lei nº. 8.429/92 (Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa – LGIA⁶) é nascedouro e depositária desta intenção inovadora de aperfeiçoamento do sistema. Sem exclusividade de outros mecanismos já existentes. Integra um microssistema de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa⁷.

Derivando diretamente de inserção constitucional do §4º, do artigo 37⁸, da Carta Magna, a Lei nº. 8.429/92 tem missão espinhosa: auxiliar o resgate da efetividade punitiva nas condutas lesivas aos parâmetros axiológicos da atividade estatal.

Por este viés, a Lei nº. 8.429/92 emerge no sistema jurídico brasileiro como mais uma medida de reforço, no campo extrapenal, para aliviar as dores da corrupção, fenômeno tão endêmico no seio da estrutura administrativa do país que, conforme acentua mais uma vez Schilling, [...] *irrompe num continuum que parece não ter fim, invadindo o cotidiano sob holofotes que emolduram atores e lugares que se sucedem rapidamente, desvendando tramas que, logo em seguida, recaem na escuridão dos bastidores*⁹.

Esta realidade irradia para uma enorme expectativa da sociedade brasileira. Desejo maior de concretude da normatização constitucional e, por derivação, de proteção à probidade administrativa como elemento antecedente necessário. Aí se insere, portanto, a importância da Lei nº. 8.429/92.

O tema surge, desse modo, dentro de uma análise dogmática não exaustiva.

Busca-se pinçar, assim, pelo paralelo fabular, a constatação panorâmica de relativa fragilização estrutural da norma em comento: uma *casa de*

⁶Como referência à Lei nº. 8.429/92 será utilizada a abreviatura LGIA ou a expressão Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa, aproveitando-se de escolha feita por OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão: corrupção: ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

⁷Ao lado da ação por improbidade administrativa surgida a partir do artigo 37, §4º, da CF, o ordenamento jurídico prevê a ação popular, o mandado de segurança e a ação civil pública. A esse respeito, decisão do Superior Tribunal de Justiça, trecho in verbis: "(...) 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1085218 / RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 15.10.2009, public. DJ 06.11.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 27 jun 2010.

⁸Verbis: "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: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

⁹SCHILLING, op. cit., p. 35.

madeira. No mesmo tom, são citados, em simples garimpagem exemplificativa e emblemática, proposituras legislativas e posicionamentos hermenêuticos que reforçam uma perspectiva ainda maior de fragilização: a transformação da *casa de madeira* em *casa de palha*. Em argumentação derradeira e nuclear, extrai-se a questão da obrigatoriedade da identificação do dano moral ou extrapatrimonial coletivo nos comportamentos que estão postos na Lei nº. 8.429/92 como mecanismo de contribuição a um fortalecimento da tutela à probidade administrativa: um caminho para incitar a metamorfose da *casa de madeira* à *casa de tijolos*.

O *lobo* insiste em um desfecho que lhe seja favorável. Continua seu sopro insistente. A probidade administrativa deve ser protegida com melhor armadura. *Madeira, palha* ou *tijolo*? A ideia provocativa de atizar o pensamento pela simbologia do universo da fábula infantil guarda sua relevância. Decerto, um apelo roubado ao estilo do Nobel português José Saramago: “*Deixa-te levar pela criança que foste*”¹⁰.

2 Constatação panorâmica sobre perspectivas de fragilização da Lei geral de combate à improbidade administrativa (Lgia): de *casa de madeira* à *casa de palha*?

Questionada em sua solidez, a Lei nº. 8.429/92 parece prestes a ruir diante do sopro renitente do *lobo*. As fendas na estrutura da *casa de madeira* são insistentemente abertas. A transformação em *casa de palha* facilita o trabalho de demolição.

Apesar do caráter inovador, as imperfeições normativas originárias da LGIA são exaltadas, não obstante asseverar Carvalho Filho que “*Foi a Lei 8.429, de 02.06.92, o diploma que, com todos os seus equívocos, mais minuciosamente tratou da improbidade no direito pátrio[...]*”¹¹.

Em outro tom, a crítica contundente de Pazzaglini Filho, Rosa e Fázio Júnior:

O diploma em questão é uma autêntica babel jurídica, reunindo normas de direito administrativo, de direito civil, de direito processual civil, de direito penal e de direito processual penal, nem sempre alocadas racionalmente. Intentando atualizar as duas leis que revogou, peca pela

¹⁰Frase inaugural extraída, de modo ficcional do Livro dos Conselhos, cf. SARAMAGO, José. As pequenas memórias, São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 08.

¹¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa. In: Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal. CHAVES, Cristiano, ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 469-490.

falta de sistematização, reitera lacunas procedimentais existentes naquelas, não disciplina um procedimento cautelar específico e exterioriza flagrantes confusões decorrentes da transposição apressada de enunciados da Lei Bilac Pinto [...] ¹².

Esse contexto de insegurança na aplicação da LGIA se apresenta de modo ininterrupto ao longo de sua sobrevivência de quase duas décadas. E os argumentos são vários e diversificados. *A casa de madeira* vem paulatinamente se metamorfoseando em *casa de palha*. *O lobo* está em franca vantagem. A constatação vem nas palavras de Alves:

Numa rápida retrospectiva histórica, é possível perceber, contudo, que os mais de quinze anos de trajetória da LIA não foram nada fáceis. Desde a inicial perplexidade causada pela inauguração de um novo modo de ser do sistema de direito sancionatório brasileiro, pouco ou nada afeiçãoado a punições de natureza extrapenal aplicadas pelo Poder Judiciário, até os difíceis tempos atuais. Em que a sua incidência a todos os agentes públicos se vê contestada, a plena eficácia da referida Lei é ainda um sonho acalentado por aqueles que almejam uma sociedade mais justa e solidária e uma verdadeira República. Sem perder de vista tal realidade, é forçoso reconhecer que a deficiência de sua disciplina processual também contribui para esse desalentado panorama ¹³.

As tentativas de modificação legislativa para agravar o quadro de inefetividade sancionatória da Lei nº. 8.429/92 são insistentes. Intencionam cingir séria deformidade que emperre a respectiva efetivação normativa. De modo pontual e em simples referência ilustrativa, as situações concretas mais emblemáticas podem ser enfatizadas.

Por arquitetura montada pelo Executivo, a edição da Medida Provisória nº 2225-45, em 2001, inseriu modificações procedimentais ao artigo 17 ¹⁴, da Lei nº. 8.429/92, criando uma fase preliminar de defesa, em momento anterior

¹²PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 1999. p. 38.

¹³ALVES, Rogério Pacheco. Por uma nova disciplina processual da improbidade administrativa: Propostas aos Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 491-507.

¹⁴Verbis: “Art. 17, §7º. Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias”.

à contestação. Trouxe, com isso, não só alargamento procedimental inusitado, mas intencional aumento no tempo de tramitação da ação por improbidade administrativa.

Além disso, no final de 2002, por aprovação do Legislativo, introduziu-se a Lei nº 10.628/02. Foi a ressurreição do foro especial para ex-agentes públicos e, por via oblíqua, sua extensão para as ações por improbidade administrativa. Tal iniciativa foi fulminada, após 03(três) anos de prejuízos de tramitação a incontáveis ações, por decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁵.

As investidas sobre a Lei nº 8.429/92 persistem. O *cheiro* de impunidade tenta arrebatar a sua efetividade. O Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, chegou a acolher a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos¹⁶, limitando o alcance deste diploma legal e segregando tal mecanismo de responsabilização apenas às demais categorias de agentes públicos.

No âmbito do Judiciário, oscilam as interpretações quanto à incidência da LGIA. Até mesmo a ausência de dano ao erário tem servido para afastar a identificação da improbidade administrativa¹⁷.

Este quadro exemplificativo demonstra que há necessidade de melhor visualização da tutela à probidade administrativa. Em sua perspectiva de atos que se inserem na Lei nº 8.429/92. Como postura de atendimento às expectativas depositadas na Constituição Federal.

3 Reconhecimento compulsório do dano moral ou extrapatrimonial coletivo em face das condutas previstas na Lei nº. 8.429/92: erguendo a casa de tijolos!

Impulsionada a confirmação de conduta passível de incursão nas iras da LGIA, um horizonte se descortina: a identificação do dano moral ou extrapatrimonial coletivo¹⁸.

Incansável, o *lobo* continua à espreita. Toda medida de reforço das estruturas da Lei nº. 8.429/92 é válida para manter a *chama acesa* de preserva-

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797, 2005, public. DJ 19.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 27 jun. 2010.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2138. Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 13.06.2007, public. em 18.04.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 27 jun. 2010.

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº. 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., j. 17.08.99; STJ, Resp. Nº 269.683-SC, Rel. Min. Laurita Vaz., r. P acórdão Paulo Medina, 2ª T., j.06.08.2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2010.

¹⁸As decisões do Superior Tribunal de Justiça ainda vacilam. A esse respeito: Resp. 10.57274/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01.10.2009, public. DJ 26.02.2010; Resp. 821891/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008, public. DJ 12.05.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2010.

ção da probidade administrativa. *A casa de tijolos* é um anteparo. É a inversão da metamorfose em andamento.

Para tal mister, fundamental esquadriñar os seguintes pontos: a probidade administrativa como direito fundamental, de natureza difusa e bem juridicamente tutelado constitucionalmente; o reconhecimento do dano moral ou extrapatrimonial coletivo em face de desatenção aos direitos fundamentais; e, por fim, a identificação obrigatória do dano moral ou extrapatrimonial coletivo nas condutas identificadas como atos de improbidade administrativa na Lei nº. 8.429/92.

3.1 A probidade administrativa como direito fundamental difuso e bem juridicamente tutelado

Dentro da visão de Sarlet¹⁹, os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano e guardam positividade e reconhecimento na ordem constitucional, inclusive em sua projeção coletiva ou difusa. Integram os chamados direitos fundamentais de *terceira dimensão*, inserindo-se dentre os direitos de fraternidade ou de solidariedade.

Já reconhecida no direito positivo, conforme artigo 81, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/1990²⁰, a percepção de transindividualidade e indivisibilidade se realça diante dos direitos difusos. Como aponta Lenza, “*perpassa a órbita individual, adquirindo natureza coletiva ampla, sem se restringir a qualquer grupo, categoria ou classe de pessoas*”²¹. Há, neste sentir, uma indeterminabilidade subjetiva, porquanto não há como efetivar a cisão entre os sujeitos para fins de identificá-los, já que diz respeito a toda uma sociedade.

Demais disso, essa transindividualidade acarreta uma indeterminabilidade objetiva. Não se tem como dividir o bem juridicamente protegido. Nos interesses difusos, Appio afirma que “[...] *o objeto é único e indivisível*”²², *na medida em que se reportam a bens que fazem parte de um patrimônio social, ou seja, bens essenciais à manutenção de uma determinada sociedade e, que, portanto, são de natureza indisponível.*”

¹⁹SARLET, INGO WOLFGANG. *A efi cácia dos direitos fundamentais*. 4. ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 35.

²⁰Verbis: “Art. 81, parágrafo único, inciso I. *interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.*”

²¹LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 71.

²²APPIO, Eduardo. *Ação civil pública no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 57.

Tal raciocínio leva à conclusão de que a probidade administrativa é categorizada como direito fundamental, de natureza difusa. Conforme Garcia e Alves:

[...] todos os membros da coletividade têm o direito de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas²³.

O assento constitucional do §4º do artigo 37 consolida o grau de relevância dado ao tema dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro. A supremacia da Constituição revela o *status* que se trouxe dentro da ordem jurídica doméstica para a questão da probidade administrativa. Sua proteção se reveste de *normatividade constitucional*. Sem prejuízo de outros dispositivos espalhados no texto constitucional, está bem confirmada essa realçada *dignidade normativa*. É elemento valorativo pinçado para a ordem jurídica, de modo especial. Eleito pela Constituição, é vetor axiológico que encerra a vontade da sociedade.

Repercute até mesmo na observância do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF²⁴), mesmo porque, como adverte Piovesan,

[...] infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro²⁵.

Por conseguinte, a probidade administrativa é diretriz da ordem constitucional. Mais ainda. É bem jurídico tutelado constitucionalmente, conforme correta ponderação de Oliveira, ao deixar claro que

²³ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 434.

²⁴ Verbis: “Art 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana”.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 10. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 32.

É indubitável que a probidade na Administração Pública é bem jurídico meta-individual defendido como tal no artigo 37, §4º da Constituição Federal. A realização concreta deste valor ultrapassa qualquer situação individual. Está diretamente voltada à sociedade como um todo e, logo, indiretamente, a cada membro da comunidade. A plena efetividade e integral respeito do bem jurídico é, em linha fundamental, imprescindível à vida social²⁶.

3.2 O reconhecimento do dano moral ou extrapatrimonial coletivo em face de desatenção aos direitos fundamentais

No âmbito do sistema de responsabilização jurídica, a responsabilidade civil acolhe, como um de seus pressupostos, o dano. Ele se apresenta como o ponto de partida para a obrigação de ressarcimento. Sem dano, não há obrigação de reparar. Para Diniz, o “*dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral*”²⁷.

Havendo agressão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, dar-se-á um dano. Esse dano pode recair sobre a esfera patrimonial ou extrapatrimonial, de modo cumulativo ou não. Nesse sentido, indiscutível a existência e a autonomia do dano moral, a teor dos artigos 5º, incisos V e X da Constituição Federal²⁸. Com igual sentido, o artigo 186²⁹, do Código Civil. Essa repercussão danosa no campo moral alcança inclusive, de forma indistinta, as pessoas jurídicas³⁰.

Em abordagem conceitual, nas palavras de Cahali, insere-se o dano moral em “*Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado [...]*”³¹.

²⁶OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 247.

²⁷DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64. 7v.

²⁸Verbis: “Artigo 5º (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁹Verbis: “Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³⁰Súmula 227, do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diário da Justiça da União, em 08.10.1999. p. 126.

³¹CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25.

Por este quadro evolutivo, chega-se ao dano moral coletivo. Decorre de lesão à província moral ou extrapatrimonial da coletividade. Repercute negativamente, lanhando valores sociais fundamentais guindados pela sociedade. Pode resultar, portanto, de nódoa lesiva aos interesses difusos ou coletivos, exigindo-se reparação pelos prejuízos causados.

Maculados os direitos fundamentais difusos, o dano moral ou extrapatrimonial coletivo surgirá. A obrigação de ressarcimento é derivação lógica. O foco da lesão extrapola o campo individual para atingir, na lição de Medeiros Neto, “*toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade de seus membros*”³².

3.3 A identificação obrigatória do dano moral ou extrapatrimonial coletivo nas condutas identificadas como atos de improbidade administrativa na Lei nº. 8.429/92.

Sem adentrar em discussão conceitual, há que se partir da configuração da improbidade administrativa nos limites da previsão normativa da Lei nº. 8.429/92.

Dentro da tipologia dos atos de improbidade administrativa previstos na Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa, a partir da dicção dos artigos 9º, 10º e 11, houve nítida organização em três grupos de condutas: as que causam enriquecimento ilícito; as que causam prejuízo material ao erário público; e, por fim, as que violam os princípios norteadores da Administração Pública.

Para os blocos de condutas organizados e descritos, de forma ilustrativa, pela LGIA, inseriu-se uma gradação punitiva que guarda certa uniformidade nas medidas de castigo. Afetam a esfera jurídica pessoal, atingindo direitos políticos e a seara patrimonial daqueles que incursionam em sua zona sancionadora.

Pela gravidade do nível de reprovação da improbidade, cuida-se de conduta com acentuada afronta ao ordenamento jurídico.

No corpo da Lei nº 8.429/92, o dano vem ancorado na cláusula genérica do artigo 5º, ao estabelecer que “*Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente público ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano*”³³.

³²MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004. p.136.

³³BRASIL. *Lei nº. 8.429/92*. Legislação administrativa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Além disso, quando da previsão específica das sanções em face da inclusão de condutas nos tipos previstos na aludida norma (artigos 9º, 10º e 11), o artigo 12, por seus incisos I, II e III, faz referência ao “*ressarcimento integral do dano*”³⁴.

Por fim, no artigo 21, I, admite o mesmo diploma legal a aplicação das sanções previstas, independentemente “*da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público*”³⁵.

Há evidente entrelaçamento do dano na previsão do rol das sanções do artigo 12, da Lei nº 8429/92. No entanto, ele não ostenta a natureza de medida punitiva. O ressarcimento do dano não é castigo ao agente ímprobo. Cuida-se de mecanismo de reparação de prejuízos em face da lesividade da conduta. Traz ínsita a ideia de reequilíbrio, apenas. É pura busca de recomposição do *status quo ante*.

Quando o artigo 21, I da Lei nº. 8.429/92 permite a incidência punitiva da carga sancionadora, independentemente do dano, o intuito é também demonstrar, de modo textual, a nítida dissociação do dano em relação à configuração da improbidade. Por excesso de precaução, inclusive, estabeleceu-se o registro normativo expresso da desnecessidade de confirmação de um dano material como elemento integrante dos tipos da Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa. Jamais informa, portanto, a exclusão do dano moral ou extrapatrimonial.

Por esta trilha, em quaisquer das condutas e a partir da respectiva configuração dentro do espectro tipológico normatizado pela LGIA, haverá dano moral ou extrapatrimonial coletivo, passível de indenização. O prejuízo extrapatrimonial à sociedade se posiciona em paralelo e por derivação do reconhecimento da improbidade administrativa. Até mesmo de forma autônoma às consequências materiais e punitivas previstas na Lei nº. 8.429/92. Mais ainda, em linha de compatibilidade cumulativa, perfeitamente.

Dessa maneira, em razão da incursão pela LGIA, há plena permissibilidade de reconhecimento obrigatório de indenização em face de mácula ao direito fundamental difuso à probidade administrativa.

O caráter compulsório de reconhecimento do dano em hipóteses tais transcende a repercussão negativa no conceito da pessoa jurídica afetada e relacionada no artigo 1º, da Lei nº 8.429/92. O ponto nodal é de repercussão na legitimidade do poder e, portanto, no sentimento da coletividade de credibilidade nas instituições estatais e na democracia. A improbidade afeta o sistema

³⁴Idem. Ibidem.

³⁵Idem. Ibidem.

político-jurídico. Demonstrando a gravidade da lesão causada pela improbidade administrativa, Vhoss enfatiza que:

[...] se o respeito aos princípios que regem a Administração é reclamado na própria Constituição Federal, a violação de tais princípios, configurada com a improbidade administrativa, ocasiona desrespeito ao ordenamento positivo nacional até seu nível mais elevado, que é o constitucional. Ou seja, a improbidade administrativa abala a legitimidade estatal mesmo sob uma ótica estrita de que tal legitimidade seja decorrente apenas de um regramento racional.

[...] o desrespeito ao regramento positivo estabelecido pelo Estado, quando havido no seio da própria Administração e protagonizado por seus agentes, é observado, pelo administrado, com revolta que torna cada vez mais diminuído, dentro de cada cidadão, o escrúpulo oriundo dos sentimentos de cidadania, estes que são o principal refreio às intenções de burlar normas administrativas editadas para tutelar a harmoniosa convivência entre as pessoas e entidades³⁶.

O impacto na sociedade a cada prática de uma das condutas ímprobadas trazidas pela Lei nº. 8.429/92 é indiscutível. O grau de reprovabilidade é evidente. A desatenção à legitimidade do poder político justifica a lesividade dos comportamentos, pois

[...] se relaciona com o modo de comunicação entre o governo e a sociedade. Se o direito não encontra seu fundamento de validade numa base religiosa ou puramente moral, e como não pode manter-se por via da força, então a única alternativa restante é o *consenso* dos cidadãos. Esse consenso, na democracia, é obtido por meio do respeito a procedimentos.

Mas esse consenso pressupõe, primeiramente, a possibilidade de cada indivíduo ser tratado como igual, como titular de direitos insuprimíveis. Não há consenso entre indivíduos que se qualificam como desiguais. Portanto, é indispensável o reconhecimento dos direitos fundamentais para haver o consenso.

Depois, o reconhecimento da igualdade de todos os cidadãos conduz ao direito de participação igualitário. [...] ³⁷

³⁶VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 64.

³⁷JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

É justamente a quebra do consenso, assegurado constitucionalmente, de respeito aos direitos fundamentais que semeia a lesividade ao ordenamento jurídico a partir da tipificação da improbidade administrativa. Na síntese lançada por Osório, “[...] a confiança pública dos governados nos governantes ou administradores é uma das chaves do sistema democrático contemporâneo”³⁸.

Tal identificação, por qualquer comportamento subsumido à Lei nº. 8.429/92, agride a ideia de legitimidade do poder estatal. Esta agressão traz obrigatório desequilíbrio na relação de confiança entre Estado e sociedade. O dano é suportado pela coletividade. Há incontornável e acentuada lesividade ao direito difuso à probidade administrativa.

O sentimento de autoridade é lanhado pelo agente público ímprobo. A sociedade é traída com a desatenção aos parâmetros axiológicos do texto constitucional pelos governantes ou detentores, de uma forma ou de outra, do exercício da parcela de poder estatal. O prejuízo é evidente. A lesividade da conduta ímproba inconteste.

Na verdade, é a agressão à concretude do princípio constitucional de democracia que se tem com a prática dos atos ímprobos. Lesão inafastável a um bem juridicamente tutelado pela ordem constitucional: a probidade administrativa. Proteção que se justifica como garantia primária de persecução pelo Estado Democrático de Direito de seus objetivos (artigo 3º, da CF/88³⁹).

A Constituição *cidadã* e dirigente de 1988 estabeleceu metas fundamentais muito claras. A prática da improbidade administrativa corrói esta dimensão teleológica. Espanca a efetividade constitucional. Abre sulcos violentos na concretização da transformação da sociedade brasileira, como adverte Sarmiento:

É uma Constituição, por isso mesmo, pródiga na consagração de valores substantivos. Ela não se contenta em traçar as regras do jogo democrático, nem se limita a estabelecer as condições materiais necessárias para tornar a democracia possível - embora também o faça. Ela não é, definitivamente, uma Constituição do tipo procedimental, já que acolhe

³⁸OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 24.

³⁹Verbis: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do Estado e da sociedade. Ao dar forma jurídica a estes valores, convertendo-os em princípios expressos em linguagem vaga e abstrata, mas não obstante dotados de plena normatividade, a Constituição prepara o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico⁴⁰.

A questão não é colocar a repercussão lesiva da conduta como aspecto preponderante para a configuração da improbidade administrativa. O dano extrapatrimonial é medida decorrente do reconhecimento da conduta ímproba. E de constatação compulsória. Haverá a presença do dano moral ou extrapatrimonial coletivo sempre que ocorrer a prática do comportamento ímprobo e, portanto, a obrigação de ressarcimento. Isso independentemente de quaisquer das tipologias da Lei nº. 8.429/92, conforme Oliveira:

A título de responsabilidade civil (art. 186 CC), entende-se que o artigo 5º e 18 da Lei nº. 8.429/92 autoriza, se houver pedido autônomo, a cumulação de ressarcimento de dano moral, decorrente da improbidade administrativa, uma vez configurada sua existência jurídica nas circunstâncias do caso concreto. No primeiro caso, o fundamento é a ofensa ao bem jurídico probidade, que encarna o zelo na gestão do erário. No segundo caso, o fundamento é a ofensa à imagem da pessoa jurídica lesada pelo ato ímprobo, também tutelada pela ordenação constitucional (art. 5º, X c/c 23, I CF). Daí que o pedido de indenização de dano moral em decorrência do ato ímprobo, independe da categoria típica em que o mesmo se subsume⁴¹.

Superando a discussão acerca da possibilidade de dano moral em face da nódoa ao conceito da pessoa jurídica lesada, muito bem posta a ponderação quanto à plena viabilidade de identificação de um dano extrapatrimonial de natureza subjetiva, voltando-se à verificação do sofrimento causado à coletividade, em posição lúcida de Garcia e Alves:

A reparabilidade do dano moral coletivo, no entanto, suscitará algumas dificuldades. A primeira delas é constatada pelo fato de a Lei nº. 8.429/1992 somente abordar os danos causados ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas em seu art. 1º, o que poderia não incluir o dano moral causado à coletividade.

⁴⁰SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178-179.

⁴¹OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 310.

Para contornar tal obstáculo, deve-se observar que o patrimônio público, de natureza moral ou patrimonial, em verdade, pertence à própria coletividade, o que, ipso facto, demonstra que qualquer dano causado àquele erige-se como dano causado a esta. Assim, ao se falar em dano à coletividade, não se está instituindo uma dicotomia entre os sujeitos passivos do ilícito, mas unicamente individualizando uma parcela do dano experimentado pelo verdadeiro titular do bem jurídico, o povo. Em verdade, o dano moral ora estudado será experimentado pelo próprio patrimônio público, concebido este como o conjunto de direitos e deveres pertencentes, em última ratio, à coletividade⁴².

É este o prisma de responsabilização do agente ímprobo que densifica o espectro de responsabilização jurídica. Acopla-se, com este prisma, um instrumento reparador. Demais disso, leva a uma abstenção na prática de atos de improbidade administrativa. Impede ou retarda o impulso volitivo desvirtuado e tendente à violação do direito fundamental à probidade.

A perspectiva de indenização lógica e decorrente por dano moral coletivo diante das condutas da Lei nº 8.429/92 fortalece o microssistema de tutela do patrimônio público. Garante mais uma província jurídica de enrijecimento no combate à improbidade administrativa.

4 Considerações finais

De todo o esforço da exposição, a conclusão derradeira se volta, em primeiro momento, para demonstrar a clara compatibilidade do dano moral ou extrapatrimonial coletivo com a Lei nº 8.429/92. Além disso, sua obrigatoriedade incidência quando se depara com as condutas ímprobadas descritas na norma mencionada. O argumento central é a violação grave e acentuada ao direito fundamental difuso da probidade administrativa, desestruturando negativamente o Estado Democrático de Direito.

É uma alternativa de certeza de mais um gravame ou ônus ao agente que comete atos de improbidade administrativa. Coloca em diminuto espartilho o desejo de desbordar para a prática de condutas inseridas na Lei nº 8.429/92. Traz maior eficiência ao sistema de responsabilização jurídica para os que agem em nome do Estado brasileiro. Enfim, é ferramenta de colaboração à construção de uma *casa de tijolos*. Para manter a uma distância aceitável o *lobo* da corrupção e da impunidade.

⁴²GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 434.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco. Por uma nova disciplina processual da improbidade administrativa: propostas aos Anteprojatos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Legislação administrativa. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Lei nº. 8.078/90*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

_____. *Lei nº 8.429/92*. Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa: legislação Administrativa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Lei Federal nº. 10.406 de 10.01.2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa. In: *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. CHAVES, Cristiano, ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. 7v.

GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

para inspiração, nutre-se a ideia de uma Doutrina Ministerial. Lançamos aqui um desafio e ao mesmo tempo uma sugestão: que o próximo número de nossa Revista possa focar numa temática, a temática estreita sobre a unidade institucional, o trabalho do MP no segundo grau, conflitos de atribuições e tantos outros que se colocam na linha de frente do pensamento atual do parquet. Chegamos a uma sentença: precisamos debater, refletir e, acima de tudo, escrever mais.

Ficamos por aqui, mas sem antes registrar que este trabalho não teria sido possível sem as valorosas contribuições de Alcides Jansen - um dínamo incansável, Vasti Cléa - base sólida de nosso Ceaf, Doriel Veloso - puro entusiasta e Kátia Rejane - sentido reto do trabalho. A todos vocês e ao corpo de funcionários, os nossos sinceros parabéns. Adiante!

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Procurador-Geral de Justiça





STO DE 1891